

Qual é o seu nome ? (Pode ser individual, coletivo ou grupo de pesquisa) *

Gabriela Pereira Rezende

Meio de contato preferencial

WhatsApp: (31) 983226808

Cidade/Estado

Belo Horizonte / Minas Gerais

Titulação em direito

- Estudante
- Graduado
- Especialista (Pós-graduação lato sensu)
- Mestre em Direito
- Doutor em Direito
- Outras graduações/formação acadêmica

Atuação jurídica

- Estudante
- Advocacia
- Docência/Pesquisa
- Servidor Público do Sistema de Justiça (Poder Judiciário, Ministério Público ou Defensoria Pública)
- Servidor Público dos quadros da administração (exceto universidades federais)
- Outro:

Sua contribuição se refere a qual área do Código Civil *

- Parte Geral
- Obrigações
- Reais
- Família
- Sucessões
- Empresa
- Outro:

Qual é a sua proposta? (Você pode indicar supressão, modificação ou acréscimo de dispositivos normativos do Código Civil ou explicar a natureza da modificação a ser realizada, sem indicar, de modo preciso, como ficaria a nova redação do texto legal) *

Sugiro modificação no artigo 331 da parte de Obrigações para que seja explicitado também que a pagabilidade também é imediata.

.....

Justifique sua proposição *

Faz-se necessário incluir de forma explícita a pagabilidade no art. 331, uma vez que facilita o entendimento de pessoas que não são especialistas no tema, como estudantes de graduação e pessoas que, por ventura, precisarem consultar o código.

Uso de dados digitais *

Autorizo o uso e processamento dos dados para fins acadêmicos condizentes com a finalidade desse evento nos termos da LGPD

Este conteúdo não foi criado nem aprovado pelo Google.

Google Formulários

Qual é o seu nome ? (Pode ser individual, coletivo ou grupo de pesquisa) *

Marina Teixeira Campos

Meio de contato preferencial

WhatsApp

Cidade/Estado

Belo Horizonte

Titulação em direito

- Estudante
- Graduado
- Especialista (Pós-graduação lato sensu)
- Mestre em Direito
- Doutor em Direito
- Outras graduações/formação acadêmica

Atuação jurídica

- Estudante
- Advocacia
- Docência/Pesquisa
- Servidor Público do Sistema de Justiça (Poder Judiciário, Ministério Público ou Defensoria Pública)
- Servidor Público dos quadros da administração (exceto universidades federais)
- Outro: Estagiária no TJMG

Sua contribuição se refere a qual área do Código Civil *

- Parte Geral
- Obrigações
- Reais
- Família
- Sucessões
- Empresa
- Outro: _____

Qual é a sua proposta? (Você pode indicar supressão, modificação ou acréscimo de dispositivos normativos do Código Civil ou explicar a natureza da modificação a ser realizada, sem indicar, de modo preciso, como ficaria a nova redação do texto legal) *

Modificação do artigo 595 e inclusão de nova parte

Justifique sua proposição *

Minha proposta advém do contato diário com diversos casos no TJMG, em que a previsão trazida no artigo 595 do Código Civil vem sendo trazida como respaldo para validar a realização de negócios, majoritariamente, com os analfabetos, aposentados e idosos, que como se sabe compõem, quase que em sua maioria, uma população hipervulnerabilizada e hipossuficiente, a luz da definição listada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Apesar de estar ciente do Tema 1.116 que, atualmente, tramita no Superior Tribunal de Justiça e trata, especificamente, da "Validade (ou não) da contratação de empréstimo consignado por pessoa analfabeta, mediante instrumento particular assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas", entendo e acredito que a resposta a ser dada para essa questão deve partir do legislativo e não do judiciário.

Isso porque, apesar de a pacificação social estar entre os escopos e as finalidades do processo brasileiro, percebe-se que para a questão em desate apenas a definição de um tema não será suficiente para suprir as carências latentes que são experimentadas na vida real, tendo em linha de consideração o objeto que fora por ele delimitado (trata somente de empréstimo consignado), o que sem sombras de dúvidas dará lugar para que pretensos credores futuros utilizem dessa margem para realizar o distinguishing (ou distinção), o que de modo algum resolverá os vícios que o modelo atual de contratação de serviço para pessoas analfabetas já guarda.

Vícios esses que nascem da falta de comprovação da vontade real do analfabeto, levando em conta que a simples assinatura de pessoas, que na praxis dos contratos, não são nem conhecidas da parte, nem muito menos assistiram a negociação ou por vezes são funcionárias do prestador de serviços não é de longe suficiente para validar a vontade real do contratante incapaz.

Nesse sentido, já apontava a lição de Humberto Theodoro Júnior, in "Comentários ao novo Código Civil", volume 3, t. 2: Dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, páginas 551-552):

"...O analfabeto, como não sabe grafar o próprio nome, não pode se obrigar por instrumento particular, a não ser mediante representação por procurador. A chamada 'assinatura a rogo', isto é, assinatura de terceiro dada a pedido do analfabeto, não tem eficácia alguma, a não ser nos casos em que a lei excepcionalmente autoriza o mandato verbal (para negócios jurídicos em que não se exige forma escrita, o mandato pode ser verbal, conforme dispõe o art. 657, 'a contrario sensu'). De igual forma, não vale como assinatura a aposição de impressão digital em escritura privada, nas circunstâncias em que a lei exige a assinatura autógrafa.

Como o analfabeto (ou qualquer pessoa que esteja impossibilitada de assinar) somente poderá participar do instrumento particular mediante procurador, o mandato que a esse outorgar terá de ser lavrado por escritura pública, pois é esta a única forma de praticar declaração negocial válida sem a assinatura autógrafa da pessoa interessada."

É importante considerar a realidade social que permeia as pessoas que são analfabetas nesse país, qual seja: aposentados pobres, que devido à condição pregressa, também não possuem grande capacidade técnica para a compreensão de termos contratuais, sendo esse público notoriamente mais propenso, por exemplo, aos assédios bancários, nas mais diversas modalidades de créditos e produtos, dentre outros pretensos credores.

Por essas razões, apoio e compactuo com a ideia defendida pelo professor Humberto Theodoro Júnior

para que a validade dos contratos firmados por pessoas analfabetas somente seja aferida a partir da assinatura do seu procurador, legalmente, constituído em instrumento público lavrado em cartório, de modo que se faz necessário a modificação do procedimento adotado no artigo 595 do Código Civil para a verificação da validade.

Tal mudança está em total consonância com o que preceitua nossa carta magna, principalmente, quanto à proteção que deve ser dada ao público idoso que segundo o IBGE (Link do acesso: < <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18317-educacao.html>>) compõem a maior parte dos analfabetos no Brasil.

Essa medida legal também será uma importante no combate à litigiosidade, pois resolverá de forma definitiva a discussão acerca da validade de contratos firmados com essa população, fornecendo a necessária proteção, sem impor ônus desmedidos a nenhuma dessas partes, e sem sombra de dúvidas resolvendo diversas futuras lides que surgiriam a partir desse ponto.

Por fim, sobre esse aspecto acredito também ser necessário à inclusão de permissivo legal de gratuidade do instrumento público, para os fins acima elencados, já justificando que não entendo ser dispendiosa tal isenção fornecida pelo poder público e por ele custeado, levando em conta os fins sociais a que se presta o estado brasileiro.

Uso de dados digitais *

Autorizo o uso e processamento dos dados para fins acadêmicos condizentes com a finalidade desse evento nos termos da LGPD

Este conteúdo não foi criado nem aprovado pelo Google.

Google Formulários

Qual é o seu nome ? (Pode ser individual, coletivo ou grupo de pesquisa) *

Marcelo de Mello Vieira

Meio de contato preferencial

E-mail

Cidade/Estado

Belo Horizonte-MG

Titulação em direito

- Estudante
- Graduado
- Especialista (Pós-graduação lato sensu)
- Mestre em Direito
- Doutor em Direito
- Outras graduações/formação acadêmica

Atuação jurídica

- Estudante
- Advocacia
- Docência/Pesquisa
- Servidor Público do Sistema de Justiça (Poder Judiciário, Ministério Público ou Defensoria Pública)
- Servidor Público dos quadros da administração (exceto universidades federais)
- Outro:

Sua contribuição se refere a qual área do Código Civil *

- Parte Geral
- Obrigações
- Reais
- Família
- Sucessões
- Empresa
- Outro:

Qual é a sua proposta? (Você pode indicar supressão, modificação ou acréscimo de dispositivos normativos do Código Civil ou explicar a natureza da modificação a ser realizada, sem indicar, de modo preciso, como ficaria a nova redação do texto legal) *

Estabelecimento claro na lei sobre critérios para as indenizações por dano extrapatrimonial

Justifique sua proposição *

A estruturação atual das normas de responsabilidade civil não atentam para parâmetros sobre o dano extrapatrimonial

Uso de dados digitais *

Autorizo o uso e processamento dos dados para fins acadêmicos condizentes com a finalidade desse evento nos termos da LGPD

Este conteúdo não foi criado nem aprovado pelo Google.

Google Formulários

Qual é o seu nome ? (Pode ser individual, coletivo ou grupo de pesquisa) *

Marcello Silva Nunes Leite

Meio de contato preferencial

email: marcello.nunesleite@gmail.com

Cidade/Estado

Belo Horizonte, Minas Gerais

Titulação em direito

- Estudante
- Graduado
- Especialista (Pós-graduação lato sensu)
- Mestre em Direito
- Doutor em Direito
- Outras graduações/formação acadêmica

Atuação jurídica

- Estudante
- Advocacia
- Docência/Pesquisa
- Servidor Público do Sistema de Justiça (Poder Judiciário, Ministério Público ou Defensoria Pública)
- Servidor Público dos quadros da administração (exceto universidades federais)
- Outro:

Sua contribuição se refere a qual área do Código Civil *

- Parte Geral
- Obrigações
- Reais
- Família
- Sucessões
- Empresa
- Outro:

Qual é a sua proposta? (Você pode indicar supressão, modificação ou acréscimo de dispositivos normativos do Código Civil ou explicar a natureza da modificação a ser realizada, sem indicar, de modo preciso, como ficaria a nova redação do texto legal) *

Alteração do Capítulo I do Título IX para "Da Obrigação de Reparar o Dano"

Acréscimo de parágrafo ao art. 927:

"A reparação do dano se dará pela restauração do bem ou direito do ofendido, pela indenização ou pela compensação.

Alteração do Capítulo II para "Dos meios de reparação do dano".

Acréscimo de dois parágrafos ao art. 944,

"Nas hipóteses em que, pela natureza interesse ofendido, não for possível nem aferição exata de valor pecuniário, nem a integral restauração do bem ou direito, será arbitrada compensação considerando a natureza e a extensão do dano, bem como restauração ou retratação possível".

"O juiz levará em consideração medida já realizada pelo ofensor para a reparação do dano, e fixará indenização ou compensação considerando o dano remanescente".

Justifique sua proposição *

A proposta corrige uma indistinção, no código, atualizando-o para a terminologia da doutrina mais recente luso-brasileira, que distingue a indenização da compensação e da reparação in natura. Ainda, coloca em evidência o objetivo que, já na redação atual, é o perseguido (a reparação do dano) ao invés de um meio possível.

Quanto à alteração do art. 927, para além disso, a alteração coloca a reparação in natura em evidência, embora não se tenha avançado (diferentemente do que é a norma em Portugal, por exemplo) de criar um sistema de preferências entre os meios de reparação do dano, dado o requisito de significativo consenso para a sugestão, e o relativo silêncio da doutrina pátria sobre a preferência.

A proposta de alteração do art. 944, por sua vez, reflete a realidade prática de litígios envolvendo interesses existenciais da pessoa (vida, integridade física, honra), nos quais a condenação em valor é, por necessidade, arbitrada. Ainda, abre margem para a combinação de meios de reparação, quando apenas um não puder restaurar substancialmente a vítima a um estado comparável ao anterior.

Um exemplo da situação o dano à integridade física, atualmente reparável por cirurgias, indenização pelo dano moral e, pela Sum. 387 STJ, uma indenização apartada para o dano estético, enquanto que as alterações propostas assegurarão à vítima eventual cirurgia reparadora, prótese, órtese e, para o dano remanescente, compensação adequada.

Uso de dados digitais *



Autorizo o uso e processamento dos dados para fins acadêmicos condizentes com a finalidade desse evento nos termos da LGPD

Qual é o seu nome ? (Pode ser individual, coletivo ou grupo de pesquisa) *

Thaís Fernanda Tenório Sêco

Meio de contato preferencial

thaisftseco@gmail.com

Cidade/Estado

Lavras/MG

Titulação em direito

- Estudante
- Graduado
- Especialista (Pós-graduação lato sensu)
- Mestre em Direito
- Doutor em Direito
- Outras graduações/formação acadêmica

Atuação jurídica

- Estudante
- Advocacia
- Docência/Pesquisa
- Servidor Público do Sistema de Justiça (Poder Judiciário, Ministério Público ou Defensoria Pública)
- Servidor Público dos quadros da administração (exceto universidades federais)
- Outro:

Sua contribuição se refere a qual área do Código Civil *

- Parte Geral
- Obrigações
- Reais
- Família
- Sucessões
- Empresa
- Outro:

Qual é a sua proposta? (Você pode indicar supressão, modificação ou acréscimo de dispositivos normativos do Código Civil ou explicar a natureza da modificação a ser realizada, sem indicar, de modo preciso, como ficaria a nova redação do texto legal) *

Modificação do Artigo 261: "Recebida a coisa indivisa por um só dos credores, o domínio sobre ela será regulado pelas normas relativas ao condomínio (artigos 1.314 e ss.)."

.....

Justifique sua proposição *

É assistemática a solução dada pelo código atual. No condomínio, há o poder postestativo de um dos condôminos de desfazerem o condomínio a qualquer tempo, para o que estavelece regras próprias. No artigo 261, como está, a dissolução do condomínio parece operar de pleno direito com o pagamento. Não há porquê uma regulação própria nesta parte. Após o pagamento, o domínio sobre a coisa deve ser regulado pelo livro de direitos reais.

Uso de dados digitais *



Autorizo o uso e processamento dos dados para fins acadêmicos condizentes com a finalidade desse evento nos termos da LGPD

Este conteúdo não foi criado nem aprovado pelo Google.

Google Formulários

Qual é o seu nome ? (Pode ser individual, coletivo ou grupo de pesquisa) *

CRYZTHIANE ANDRADE LINHARES (ESCOLA SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DE MINAS GERAIS)

Meio de contato preferencial

cryzthiane.linhares@defensoria.mg.def.br

Cidade/Estado

Belo Horizonte-MG

Titulação em direito

- Estudante
- Graduado
- Especialista (Pós-graduação lato sensu)
- Mestre em Direito
- Doutor em Direito
- Outras graduações/formação acadêmica

Atuação jurídica

- Estudante
- Advocacia
- Docência/Pesquisa
- Servidor Público do Sistema de Justiça (Poder Judiciário, Ministério Público ou Defensoria Pública)
- Servidor Público dos quadros da administração (exceto universidades federais)
- Outro:

Sua contribuição se refere a qual área do Código Civil *

- Parte Geral
- Obrigações
- Reais
- Família
- Sucessões
- Empresa
- Outro:

Qual é a sua proposta? (Você pode indicar supressão, modificação ou acréscimo de dispositivos normativos do Código Civil ou explicar a natureza da modificação a ser realizada, sem indicar, de modo preciso, como ficaria a nova redação do texto legal) *

Art. 551. Salvo declaração em contrário, a doação em comum a mais de uma pessoa entende-se distribuída entre elas por igual.

Parágrafo único. Se os donatários, em tal caso, forem cônjuges, subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivente.

.....

Justifique sua proposição *

A proposta está em consonância com outras propostas enviadas para adequar a linguagem do código civil a diversidade das relações familiares que podem ser constituídas legalmente.

Uso de dados digitais *



Autorizo o uso e processamento dos dados para fins acadêmicos condizentes com a finalidade desse evento nos termos da LGPD

Este conteúdo não foi criado nem aprovado pelo Google.

Google Formulários

Qual é o seu nome ? (Pode ser individual, coletivo ou grupo de pesquisa) *

René Vial

Meio de contato preferencial

rene.direito@gmail.com

Cidade/Estado

Belo Horizonte - MG

Titulação em direito

- Estudante
- Graduado
- Especialista (Pós-graduação lato sensu)
- Mestre em Direito
- Doutor em Direito
- Outras graduações/formação acadêmica

Atuação jurídica

- Estudante
- Advocacia
- Docência/Pesquisa
- Servidor Público do Sistema de Justiça (Poder Judiciário, Ministério Público ou Defensoria Pública)
- Servidor Público dos quadros da administração (exceto universidades federais)
- Outro:

Sua contribuição se refere a qual área do Código Civil *

- Parte Geral
- Obrigações
- Reais
- Família
- Sucessões
- Empresa
- Outro:

Qual é a sua proposta? (Você pode indicar supressão, modificação ou acréscimo de dispositivos normativos do Código Civil ou explicar a natureza da modificação a ser realizada, sem indicar, de modo preciso, como ficaria a nova redação do texto legal) *

Obrigação Indivisível (Alteração do Artigo 263, § 2º)

Proposta: Se for de um só a culpa, todos respondem, de maneira divisível, pelo equivalente e só o culpado, responde pelas perdas e danos.

.....

Justifique sua proposição *

Justificativa: Como esta atualmente posto, o dispositivo gera dúvidas sobre os efeitos da perda do objeto da obrigação indivisível sobre os devedores que não lhe deram causa. Acompanhando a logicidade do sistema obrigacional, na linha do que prevê o Enunciado 540 da VI Jornada de Direito Civil, entendo que não há isenção da responsabilidade dos devedores que não deram causa à perda da indivisibilidade, devendo esses, portanto, responder pelo equivalente, ficando a responsabilidade do culpado, acrescida pelas perdas danos.

Uso de dados digitais *



Autorizo o uso e processamento dos dados para fins acadêmicos condizentes com a finalidade desse evento nos termos da LGPD

Este conteúdo não foi criado nem aprovado pelo Google.

Google Formulários

Qual é o seu nome ? (Pode ser individual, coletivo ou grupo de pesquisa) *

René Vial

Meio de contato preferencial

rene.direito@gmail.com

Cidade/Estado

Belo Horizonte - MG

Titulação em direito

- Estudante
- Graduado
- Especialista (Pós-graduação lato sensu)
- Mestre em Direito
- Doutor em Direito
- Outras graduações/formação acadêmica

Atuação jurídica

- Estudante
- Advocacia
- Docência/Pesquisa
- Servidor Público do Sistema de Justiça (Poder Judiciário, Ministério Público ou Defensoria Pública)
- Servidor Público dos quadros da administração (exceto universidades federais)
- Outro:

Sua contribuição se refere a qual área do Código Civil *

- Parte Geral
- Obrigações
- Reais
- Família
- Sucessões
- Empresa
- Outro:

Qual é a sua proposta? (Você pode indicar supressão, modificação ou acréscimo de dispositivos normativos do Código Civil ou explicar a natureza da modificação a ser realizada, sem indicar, de modo preciso, como ficaria a nova redação do texto legal) *

Revisão Judicial (Alteração do Artigo 317)

Proposta: § 1º As hipóteses de motivos imprevisíveis abarcam tanto causas de desproporção não previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis. § 2º A revisão do valor da prestação pelo juiz não se limita à incidência de correção monetária.

.....

Justifique sua proposição *

Justificativa: A revisão contratual da prestação pelo juiz se fundamenta na equivalência material, dada à quebra do sinalagma funcional diante da ocorrência de motivos imprevisíveis. Para que se alcance a finalidade da norma, entre as quais se destaca a preservação do vínculo obrigacional, sugere-se que o dispositivo seja mais claro quanto a sua abrangência. Por um lado, que ele traga a definição de “motivos imprevisíveis”, por outro, que não se restrinja à correção monetária por inflação superveniente (“o valor real da prestação”). Formalmente, considerando a boa técnica legislativa, sugere-se que a questão seja tratada com a criação de dois parágrafos a serem inseridos no Artigo 317.

Uso de dados digitais *

- Autorizo o uso e processamento dos dados para fins acadêmicos condizentes com a finalidade desse evento nos termos da LGPD

Este conteúdo não foi criado nem aprovado pelo Google.

Google Formulários

Qual é o seu nome ? (Pode ser individual, coletivo ou grupo de pesquisa) *

René Vial

Meio de contato preferencial

rene.direito@gmail.com

Cidade/Estado

Belo Horizonte - MG

Titulação em direito

- Estudante
- Graduado
- Especialista (Pós-graduação lato sensu)
- Mestre em Direito
- Doutor em Direito
- Outras graduações/formação acadêmica

Atuação jurídica

- Estudante
- Advocacia
- Docência/Pesquisa
- Servidor Público do Sistema de Justiça (Poder Judiciário, Ministério Público ou Defensoria Pública)
- Servidor Público dos quadros da administração (exceto universidades federais)
- Outro:

Sua contribuição se refere a qual área do Código Civil *

- Parte Geral
- Obrigações
- Reais
- Família
- Sucessões
- Empresa
- Outro:

Qual é a sua proposta? (Você pode indicar supressão, modificação ou acréscimo de dispositivos normativos do Código Civil ou explicar a natureza da modificação a ser realizada, sem indicar, de modo preciso, como ficaria a nova redação do texto legal) *

Cláusula Penal (Alteração do Artigo 409)

Proposta: Par. Único A cláusula penal estipulada em contratos comutativos se aplica às partes, ainda que tenha sido estipulada apenas em favor de uma delas.

.....

Justifique sua proposição *

Justificativa: Considerando a incidência de princípios contratuais como a boa-fé objetiva e a equivalência material, entende-se que mesmo quando a cláusula penal tenha sido redigida em benefício de uma das partes, ela deva ser estendida a todos os contraentes.

Uso de dados digitais *

Autorizo o uso e processamento dos dados para fins acadêmicos condizentes com a finalidade desse evento nos termos da LGPD

Este conteúdo não foi criado nem aprovado pelo Google.

Google Formulários

Qual é o seu nome ? (Pode ser individual, coletivo ou grupo de pesquisa) *

René Vial

Meio de contato preferencial

rene.direito@gmail.com

Cidade/Estado

Belo Horizonte - MG

Titulação em direito

- Estudante
- Graduado
- Especialista (Pós-graduação lato sensu)
- Mestre em Direito
- Doutor em Direito
- Outras graduações/formação acadêmica

Atuação jurídica

- Estudante
- Advocacia
- Docência/Pesquisa
- Servidor Público do Sistema de Justiça (Poder Judiciário, Ministério Público ou Defensoria Pública)
- Servidor Público dos quadros da administração (exceto universidades federais)
- Outro:

Sua contribuição se refere a qual área do Código Civil *

- Parte Geral
- Obrigações
- Reais
- Família
- Sucessões
- Empresa
- Outro:

Qual é a sua proposta? (Você pode indicar supressão, modificação ou acréscimo de dispositivos normativos do Código Civil ou explicar a natureza da modificação a ser realizada, sem indicar, de modo preciso, como ficaria a nova redação do texto legal) *

Formação do Contrato Eletrônico (Alteração do Artigo 434)

Proposta: Par. Único Nos contratos eletrônicos cuja comunicação entre as partes não seja simultânea, a formação se completa com a recepção da aceitação pelo proponente.

.....

Justifique sua proposição *

Justificativa: Entre os contratos eletrônicos, há espécies como os interpessoais e os interativos que se equiparam ao conceito tradicional de contratos entre ausentes. Diante da crescente utilização desses modelos pelo mercado, sugere-se a inclusão de norma que indique o momento da celebração, na linha do que entendeu a doutrina no Enunciado 173 da III Jornada de Direito Civil.

Uso de dados digitais *

Autorizo o uso e processamento dos dados para fins acadêmicos condizentes com a finalidade desse evento nos termos da LGPD

Este conteúdo não foi criado nem aprovado pelo Google.

Google Formulários

Qual é o seu nome ? (Pode ser individual, coletivo ou grupo de pesquisa) *

René Vial

Meio de contato preferencial

rene.direito@gmail.com

Cidade/Estado

Belo Horizonte - MG

Titulação em direito

- Estudante
- Graduado
- Especialista (Pós-graduação lato sensu)
- Mestre em Direito
- Doutor em Direito
- Outras graduações/formação acadêmica

Atuação jurídica

- Estudante
- Advocacia
- Docência/Pesquisa
- Servidor Público do Sistema de Justiça (Poder Judiciário, Ministério Público ou Defensoria Pública)
- Servidor Público dos quadros da administração (exceto universidades federais)
- Outro:

Sua contribuição se refere a qual área do Código Civil *

- Parte Geral
- Obrigações
- Reais
- Família
- Sucessões
- Empresa
- Outro:

Qual é a sua proposta? (Você pode indicar supressão, modificação ou acréscimo de dispositivos normativos do Código Civil ou explicar a natureza da modificação a ser realizada, sem indicar, de modo preciso, como ficaria a nova redação do texto legal) *

Alcance da boa-fé (Alteração do Artigo 422)

Proposta: A boa-fé objetiva deve ser observada desde as negociações preliminares, passando pela conclusão e execução do contrato, e mesmo após o seu exaurimento, quando tal exigência decorrer da relação jurídica.

.....

Justifique sua proposição *

Justificativa: O Art. 422 enfatiza a importância da boa-fé objetiva. No entanto, é comum encontrar na doutrina o entendimento de que a referida norma falha ao não fixar que essa cláusula geral das relações contratuais se aplica de maneira cogente também antes da conclusão do contrato e após o esgotamento da sua execução. Assim, acolhe-se como sugestão, na integralidade, o Enunciado 170 da III Jornada de Direito Civil.

Uso de dados digitais *



Autorizo o uso e processamento dos dados para fins acadêmicos condizentes com a finalidade desse evento nos termos da LGPD

Este conteúdo não foi criado nem aprovado pelo Google.

Google Formulários

Qual é o seu nome ? (Pode ser individual, coletivo ou grupo de pesquisa) *

ARNAUD MARIE PIE BELLOIR

Meio de contato preferencial

arnaud.belloir@ufop.edu.br

Cidade/Estado

Belo Horizonte

Titulação em direito

- Estudante
- Graduado
- Especialista (Pós-graduação lato sensu)
- Mestre em Direito
- Doutor em Direito
- Outras graduações/formação acadêmica

Atuação jurídica

- Estudante
- Advocacia
- Docência/Pesquisa
- Servidor Público do Sistema de Justiça (Poder Judiciário, Ministério Público ou Defensoria Pública)
- Servidor Público dos quadros da administração (exceto universidades federais)
- Outro:

Sua contribuição se refere a qual área do Código Civil *

- Parte Geral
- Obrigações
- Reais
- Família
- Sucessões
- Empresa
- Outro:

Qual é a sua proposta? (Você pode indicar supressão, modificação ou acréscimo de dispositivos normativos do Código Civil ou explicar a natureza da modificação a ser realizada, sem indicar, de modo preciso, como ficaria a nova redação do texto legal) *

- 1) Reformulação/Supressão da classificação das obrigações de dar, fazer e não-fazer, cujo conteúdo (riscos, responsabilidade contratual, melhoramentos ou acessórios, frutos, entre outros) está regulado em outras partes do Código civil, principalmente nos contratos em espécie. A sua inutilidade é patente, e não reflete a riqueza da realidade obrigacional.
- 2) Reescrever o artigo 320 parágrafo único de forma a deixar claro a sua relação com os artigos 442 a 445 do CPC. A prova do pagamento tem de ser tratada de forma integrada.
- 3) Incluir o adimplemento substancial;
- 4) Reescrever o artigo 475, de forma a deixar claro que a opção de preferir "exigir o cumprimento" não é caso de mora;
- 5) Excluir o requisito da extraordinariedade do artigo 478;
- 6) Incluir o direito de renegociar o contrato em caso de circunstâncias imprevisíveis e supervenientes tornando o contrato excessivamente oneroso; Incluir a cláusula de hardship.
- 7) Supressão do artigo 376 por inutilidade.
- 8) Incluir as negociações contratuais na parte da formação do contrato.
- 9) Reescrever o artigo 422, suprimindo "probidade", incluindo a fase pré-contratual e pós-contratual.
- 10) Incluir o Leasing, o Factoring e o Sponsoring, entre outros, como contratos em espécie.
- 11) Reescrever o artigo 350, incluindo todas as formas convencionais de sub-rogação.
- 12) Incluir a delegação, suprimindo o artigo 363.
- 13) Supressão do inciso III do artigo 421-A por inutilidade.
- 14) Incluir os contratos firmados e executados no ambiente digital.
- 15) A função social deve ser tratada separadamente, sem estabelecer de relação formal com a liberdade contratual.
- 16) Supressão da categoria dos contratos "reais", sendo o comodato, mútuo e depósito contratos que existem desde o acordo de vontades das partes (consensuais).

Justifique sua proposição *

ver supra.

Uso de dados digitais *



Autorizo o uso e processamento dos dados para fins acadêmicos condizentes com a finalidade desse evento nos termos da LGPD

Este conteúdo não foi criado nem aprovado pelo Google.

Google Formulários

Qual é o seu nome ? (Pode ser individual, coletivo ou grupo de pesquisa) *

Flávio Henrique Silva Ferreira

Meio de contato preferencial

flaviohsf@hotmail.com

Cidade/Estado

Juiz de Fora/Minas Gerais

Titulação em direito

- Estudante
- Graduado
- Especialista (Pós-graduação lato sensu)
- Mestre em Direito
- Doutor em Direito
- Outras graduações/formação acadêmica

Atuação jurídica

- Estudante
- Advocacia
- Docência/Pesquisa
- Servidor Público do Sistema de Justiça (Poder Judiciário, Ministério Público ou Defensoria Pública)
- Servidor Público dos quadros da administração (exceto universidades federais)
- Outro:

Sua contribuição se refere a qual área do Código Civil *

- Parte Geral
- Obrigações
- Reais
- Família
- Sucessões
- Empresa
- Outro:

Qual é a sua proposta? (Você pode indicar supressão, modificação ou acréscimo de dispositivos normativos do Código Civil ou explicar a natureza da modificação a ser realizada, sem indicar, de modo preciso, como ficaria a nova redação do texto legal) *

Contratos em favor de terceiros

Conceito do contrato e características do terceiro

(1) Um determinado contrato assume a forma de um contrato em favor de terceiros quando as partes contratantes conferem um direito subjetivo a alguém que não é parte desse contrato. O terceiro não precisa ser imediatamente identificado e nem precisa existir no momento da celebração do contrato, mas deve ser identificável por algum critério seguro.

Intenção de atribuir direitos ao terceiro

(2) As partes podem, por meio de cláusulas contratuais expressas, deixar clara a sua intenção de atribuir ou não direitos subjetivos ao terceiro. Na ausência de tais cláusulas, a intenção das partes também pode ser inferida a partir dos objetivos por elas buscados no contrato à luz das circunstâncias circundantes e da sua racionalidade econômica.

Tipos de direitos subjetivos

(3) A natureza e o conteúdo dos direitos subjetivos atribuídos ao terceiro são determinados pelo contrato e estão sujeitos às condições e limitações nele existentes. Na hipótese de o direito subjetivo envolver a realização de uma prestação, o terceiro poderá exigir o seu cumprimento específico e, na hipótese de inadimplemento do devedor, poderá empregar os remédios apropriados nas circunstâncias do caso.

Momento da aquisição dos direitos e renúncia à sua aquisição

(4) Na hipótese de inexistência de condições específicas estipuladas para a sua aquisição, o terceiro adquire os direitos subjetivos derivados do contrato, ainda que de forma precária, imediatamente após a sua celebração. Entretanto, o terceiro tem a faculdade de renunciar à sua aquisição por meio de declaração endereçada a qualquer uma das partes. A renúncia possui efeitos retroativos, como se os direitos subjetivos nunca tivessem sido incorporados ao patrimônio do terceiro.

Preferência dada aos interesses do credor estipulante

(5) Na hipótese de inadimplemento do contrato por parte do devedor, tanto o credor estipulante quanto o terceiro poderão exercer simultaneamente remédios contra o devedor para protegerem os seus respectivos interesses, desde que tais remédios não sejam incompatíveis entre si. Por outro lado, existindo um conflito entre o credor estipulante e o terceiro quanto aos tipos de remédios a serem exercidos contra o devedor, devido ao fato de tais remédios serem incompatíveis entre si, será dada preferência à satisfação dos interesses do credor estipulante em detrimento dos interesses do terceiro. Os remédios queridos pelo credor estipulante prevalecerão sobre os remédios queridos pelo terceiro mesmo nos casos em que os direitos subjetivos do terceiro já tenham deixado de ser precários, não mais podendo ser alterados ou extintos por acordo das partes.

Modificação ou extinção dos direitos do terceiro

(6) Os direitos subjetivos atribuídos ao terceiro poderão ser livremente alterados ou extintos pelas partes contratantes:

- (a) antes que o terceiro tenha declarado, para qualquer uma das partes, o seu interesse em usufruir os direitos que lhe haviam sido atribuídos por elas; ou
- (b) antes que o terceiro tenha tomado alguma providência, por ter confiado no gozo de tais direitos, que o deixou vulnerável.

Cláusula de reserva e precariedade dos direitos do terceiro

(7) Entretanto, nem a declaração feita pelo terceiro e nem a tomada da providência anteriormente mencionadas irão tornar os direitos subjetivos do terceiro completamente sólidos caso as partes contratantes tenham reservado a ambas ou a uma delas, por meio de cláusula contratual expressa, a faculdade de modificar os direitos subjetivos atribuídos ao terceiro. Tal cláusula de reserva poderá ser redigida com diferentes graus de abstração, de forma a cobrir um maior ou menor número de eventos e tipos de alteração do conteúdo dos direitos do terceiro. Após a ocorrência da declaração de consentimento do terceiro ou da tomada da providência, as partes contratantes somente poderão alterar ou extinguir os direitos subjetivos do terceiro de acordo com as hipóteses expressamente previstas na cláusula de reserva.

Limite temporal máximo para a modificação ou extinção dos direitos do terceiro

(8) Em qualquer caso, mesmo que dentro das hipóteses de alteração ou extinção cobertas pela cláusula de reserva, os direitos subjetivos do terceiro deixarão de ser precários, tornando-se completamente sólidos, a partir do momento em que tal terceiro vier a receber uma prestação, especialmente nos casos em que a possibilidade de devolução da prestação já recebida, em espécie ou pelo seu valor monetário, puder gerar grande insegurança jurídica e desproteger as legítimas expectativas do terceiro.

Defesas cabíveis ao devedor

(9) O devedor poderá opor ao terceiro quaisquer defesas, oriundas da relação contratual, que ele poderia opor contra o seu parceiro contratual.

Justifique sua proposição *

As normas do código civil a respeito dos contratos em favor de terceiro possuem uma péssima redação. O art. 437 pressupõe uma situação em que o direito do terceiro já deixou de ser precário, por isso a proibição da sua modificação (extinção) por meio da exoneração do devedor. O dispositivo não alerta o intérprete a respeito dessa questão.

Por sua vez, o art. 438 prevê apenas um exemplo de cláusula de reserva, sem esclarecer de forma contundente a sua função, que é fazer com que o direito do terceiro permaneça precário em relação ao tipo de alteração ali prevista, apesar da sua declaração de interesse em receber a prestação. Tal declaração do terceiro é prevista de forma obscura no art. 436 ("anuência"), sem uma explicação clara da sua função, a quem tal declaração deve ser dirigida, ou a maneira como deve ser feita.

Uso de dados digitais *

Autorizo o uso e processamento dos dados para fins acadêmicos condizentes com a finalidade desse evento nos termos da LGPD

Este conteúdo não foi criado nem aprovado pelo Google.

Google Formulários

Cessão de Crédito

Seção 1: Disposições Gerais

Artigo 101: Objeto do Capítulo

- (1) O presente capítulo rege a cessão convencional de créditos (originariamente) devidos em um contrato, cessão de créditos decorrentes do descumprimento de um contrato, e cessão de créditos decorrentes de outras fontes obrigacionais, sejam tais créditos atuais ou futuros.
- (2) O presente capítulo, no que violar os dispositivos que regem a matéria, não se aplica:
- (a) à transferência de um título de crédito, de um valor mobiliário ou de um outro título negociável, nos casos em que, em virtude do direito aplicável, tal transferência deva ser feita através de inscrição em um registro mantido pelo ou para o benefício do emitente; ou
 - (b) à transferência de um título de crédito, de um valor mobiliário ou de um outro título negociável nos casos em que, em virtude do direito aplicável, tal transferência deva ser feita através da tradição (e endosso, se necessário) do título.
- (3) Este capítulo regula apenas de forma incidental os direitos de terceiros sobre o crédito cedido.

Notas

Não há dispositivo expresso no código civil brasileiro que seja correspondente ao **Artigo 101**. Não obstante, o estipulado neste artigo corresponde, em linhas gerais, ao direito brasileiro.

Cessão de créditos (originariamente) devidos em um contrato, cessão de créditos decorrentes do descumprimento de um contrato, e cessão de créditos decorrentes de outras fontes obrigacionais. A regra acima exposta corresponde ao direito brasileiro, que não faz restrições quanto às fontes obrigacionais dos créditos cedíveis. De fato, o crédito cedido pode ser decorrente de um ato ilícito (direito de pedir indenização pelos danos causados), do enriquecimento sem causa (direito de pedir a restituição do benefício indevidamente auferido pela outra parte), de um negócio unilateral (direito a obter a recompensa prometida), ou, até mesmo, decorrente do descumprimento da obrigação originária do contrato (direito de pedir indenização pelos danos causados ao credor em virtude do descumprimento do contrato). Embora o código brasileiro não seja explícito, parece razoável supor que, quando o crédito cedido for o crédito (originalmente) devido em virtude do contrato (e.g., em uma compra e venda, o direito a obter a coisa vendida ou o direito a obter o preço), o cessionário não poderá cobrar do devedor uma indenização por prejuízos extraordinários que o cessionário porventura venha a sofrer caso o devedor (devidamente cientificado da cessão) não o pague. Isto é, o cessionário teria o direito de cobrar do devedor tão somente o próprio crédito, acrescido dos juros cabíveis e despesas razoáveis de cobrança. Motivo: caso o devedor tivesse de pagar uma indenização integral ao cessionário pelo descumprimento da obrigação, tal devedor estaria submetido a um risco que ele não concordou em correr quando concluiu o contrato com o seu credor originário (o cedente). Qual risco? O risco dos prejuízos sofridos pelo cessionário em

virtude do descumprimento da obrigação virem a ser muito mais elevados do que os prejuízos que o seu credor originário (o cedente) poderia vir a sofrer.

Cessão de créditos atuais e futuros (ainda inexistentes): devemos presumir que a cessão de créditos futuros é permitida pelo direito brasileiro, desde que isto seja razoável (ver as notas ao **Artigo 102**). O regime jurídico do contrato de compra e venda permite a venda de coisas futuras (CC, art. 483. A compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura. Neste caso, ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório). Não é claro o que pode ser subsumido sob o conceito de “coisa”. Isto é, poderia o crédito ser considerado uma coisa? Ainda que não fosse considerado uma coisa, não resta dúvidas de que o regime jurídico da compra e venda aplica-se, por analogia, ao regime jurídico da cessão de crédito (e.g., CC, art. 497, § único). Ademais, o crédito pode ser cedido por diferentes motivos: por uma compra e venda, doação, dação em pagamento (e.g., CC, art. 358), em virtude de testamento, para servir como garantia do cumprimento de uma outra obrigação (e.g., CC, arts. 1451 a 1460), etc. É possível a aplicação de regras pertencentes a tais regimes jurídicos especiais, juntamente com as regras gerais do regime jurídico da cessão de crédito, dependendo do motivo que ensejou a cessão do crédito.

Não é regulada, a não ser no que for compatível, a cessão de créditos incorporados em (ou representados por) títulos de crédito, valores mobiliários e outros tipos de instrumentos negociáveis. A presente regra parece corresponder ao direito brasileiro. O regime jurídico geral da cessão de crédito (CC, arts. 286 a 298) não regula tais matérias. A cessão daqueles créditos especiais é regulada em outras partes do código civil, dentro do regime jurídico dedicado aos títulos de crédito (CC, arts. 887 a 926), ou em leis especiais. O regime jurídico geral da cessão de crédito regula tais cessões de forma subsidiária, no que não for incompatível. Em determinados casos, o próprio regime jurídico especial determina a aplicação do regime geral em seu lugar (e.g., CC, art. 919. A aquisição de título à ordem, por meio diverso do endosso, tem efeito de cessão civil).

A regulamentação (dentro do regime jurídico da cessão de crédito) dos direitos de terceiros sobre o crédito cedido não é exaustiva. O código brasileiro regula os conflitos entre terceiros (credores do cedente) e cessionário de forma fragmentária e não muito clara no art. 288. As demais regras que visam solucionar tal conflito devem ser buscadas, principalmente, em outras partes do código civil, no código de processo civil, e na legislação falimentar (ver as notas ao **Artigo 501**). A regulamentação do conflito dos credores do cedente entre si não é feita no capítulo destinado à cessão de crédito (e nem deveria ser !!!). Entretanto, ainda que a regulamentação das minúcias não coubesse ao regime jurídico da cessão de crédito, o código brasileiro poderia ter aclarado a matéria, bastaria fazer uma remissão aos dispositivos pertinentes. Por isto, o “Restatement” que produzi realiza as devidas remissões no **Artigo 501 (4)**.

Artigo 102: Créditos existentes e Créditos futuros

(1) Salvo o disposto no Artigo 201, a pessoa pode ceder os créditos que ela já possua, vencidos ou ainda não vencidos.

(2) Salvo o disposto no Artigo 201, os créditos futuros podem ser cedidos caso, no momento em que vierem a existir, ou em algum outro momento em que as partes convencionarem, possam ser identificados como os créditos aos quais a cessão se refere.

(3) Não obstante o estipulado no inciso anterior, é proibida a cessão de créditos futuros quando a mesma for feita, por um período de tempo longo ou indeterminado, sobre uma parcela significativa do futuro patrimônio do cedente.

Notas

Embora não haja um dispositivo expresso no código civil brasileiro, o estipulado no **Artigo 102**, incisos (1) e (2) corresponde, em linhas gerais, ao direito brasileiro (ver as notas ao **Artigo 101**). Entretanto, pode ser que haja abuso na cessão de créditos futuros. Por isto é necessário proibir a cessão quando ela for provavelmente abusiva, de forma a privar o cedente dos seus futuros meios de subsistência sem que o mesmo seja adequadamente compensado para correr tal risco. Alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros consideram que a cessão é abusiva quando o cedente realiza uma cessão global do seu patrimônio. Embora o ordenamento brasileiro não se pronuncie expressamente sobre esta questão, a regra estipulada no **Artigo 102**, inciso (3) poderia ser facilmente extraída da regra da boa-fé objetiva (CC, art. 422) e das regras que tornam ineficazes as cláusulas contratuais abusivas.

Artigo 103: Cessão Parcial

Um crédito divisível pode ser parcialmente cedido, mas o cedente responde perante o devedor por quaisquer despesas adicionais que o devedor eventualmente tenha de incorrer.

Notas

Este dispositivo não encontra correspondente no código civil brasileiro. Entretanto, a solução é inteiramente razoável e justa. Por um lado, o cedente e os cessionários não são prejudicados, pois as várias cessões de partes do crédito para os respectivos cessionários permanecem válidas. Por outro lado, o devedor não é prejudicado, pois deverá ser ressarcido das despesas adicionais que teve de incorrer em virtude do aumento do número de credores para os quais ele teve de pagar.

Artigo 104: Forma da Cessão

O contrato de cessão não exige formalidades especiais e a sua existência pode ser provada por quaisquer meios, salvo as exceções expressamente previstas em lei.

Notas

Este dispositivo corresponde ao direito brasileiro, embora a posição não seja clara em virtude do fato de que muitos doutrinadores brasileiros, sob a influência de autores estrangeiros, afirmam que a cessão válida é aquela revestida de certas formalidades. É necessário esclarecer que estamos analisando a validade ou eficácia da cessão sob a perspectiva do cessionário, quando este quer exercer os seus direitos contra o cedente ou contra o devedor. Desta forma, podemos distinguir entre dois planos de eficácia: i) a eficácia contra o cedente (ou eficácia entre as partes); ii) a eficácia contra o devedor. Em relação ao primeiro plano, não são necessárias formalidades, o cessionário pode exercer os seus direitos contra o cedente, mesmo que o contrato de cessão não tenha sido

concluído com qualquer formalidade. Em relação ao segundo plano, a resposta é mais complexa. Exceto quando haja disputa entre o cessionário e os credores do cedente quanto à obtenção do crédito cedido, não são necessárias formalidades, o cessionário pode exercer os seus direitos contra o devedor, mesmo que o contrato de cessão não tenha sido concluído com qualquer formalidade. Nos casos em que houver disputa entre o cessionário e os credores do cedente, o cessionário somente poderá cobrar do devedor, sem dar preferência aos credores do cedente, quando o contrato de cessão tiver sido concluído com certas formalidades. É o que podemos depreender do art. 288 do CC brasileiro. Como tal dispositivo exige tais formalidades para uma situação bem específica, devemos entender que, nos demais casos, elas não serão necessárias. Motivo: aplica-se a regra geral do art. 104, III do CC. Ou seja, não havendo uma forma expressamente determinada pela lei, entende-se que não são exigidas formalidades especiais.

Artigo 105: Exoneração do Devedor que pagou de boa-fé

- (1) Ocorrendo a cessão do crédito, mais de uma cessão do mesmo crédito, ou a penhora do crédito, o devedor liberar-se-á realizando o pagamento ao credor de direito.
- (2) Entretanto, ainda que não realize o pagamento ao credor de direito, o devedor também estará liberado quando:
 - (a) tiver realizado o pagamento ao cedente, sem que soubesse ou tivesse motivos suficientes para desconfiar que o crédito havia sido cedido (para um ou mais de um cessionário) ou penhorado (em benefício de um ou mais de um credor);
 - (b) tiver realizado o pagamento ao cessionário, ou a algum dos cessionários, sem que soubesse ou tivesse motivos suficientes para desconfiar que o crédito havia sido penhorado (em benefício de um ou mais de um credor) ou cedido (para mais de um cessionário).
- (3) Caso o devedor, nos casos previstos no inciso (2), soubesse ou tivesse motivos para desconfiar da ocorrência dos fatos ali descritos, mas não possuísse provas fidedignas que os comprovassem, ele somente estaria liberado, pagando às pessoas ali mencionadas, caso:
 - (a) a fonte das suas informações não fosse confiável; e
 - (b) ele não pudesse ter verificado a veracidade de tais informações de forma expedita, sem sofrer prejuízos significativos.
- (4) Caso haja dúvidas sobre quem é o credor de direito, o devedor que não quiser correr o risco de realizar o pagamento ao credor errado poderá liberar-se realizando o pagamento em consignação.

Notas

Devedor que age de boa-fé. Exceto quando a cessão for proibida, o credor (cedente) pode ceder livremente o seu crédito para um terceiro (cessionário). Ele não precisa obter o prévio consentimento do devedor. É possível que o devedor não saiba que o crédito já foi cedido e que ele deve pagar para o novo credor. Por isto, o devedor pode desconhecer o credor de direito e acabar pagando ao seu antigo credor. Há também outras situações nas quais o devedor pode não saber

quem é o seu credor de direito. Por exemplo, o cedente, agindo de má-fé, cede o mesmo crédito para vários cessionários (A, B, C). O ordenamento jurídico determina que o cessionário que teria o direito de cobrar do devedor seria o cessionário B (sobre qual cessionário deverá prevalecer na disputa entre os cessionários, ver o **Artigo 601**). Entretanto, o devedor paga ao cessionário A, porque só ficou sabendo da ocorrência da cessão do crédito para tal cessionário. Outro exemplo, o cedente é devedor de um terceiro (credor do cedente). O cedente não paga voluntariamente a sua dívida para com o seu credor. Então, o credor do cedente, em um processo de execução, realiza a penhora do crédito pertencente ao cedente.¹ Posteriormente, o cedente cede o seu crédito para o cessionário. O devedor fica sabendo da cessão, mas não da penhora, e paga ao cessionário. Em todos estes casos o devedor realiza o pagamento ao credor errado, porque desconhece quem é o seu credor de direito. Por isto, é necessária uma regra jurídica para proteger o devedor de boa-fé que realizou o pagamento ao credor errado. Motivo: evitar que o devedor sofra prejuízos, tendo de pagar duas vezes. O presente dispositivo (**Artigo 105**) corresponde ao direito brasileiro. Entretanto, a regulamentação do direito brasileiro é confusa e fragmentária. Por exemplo, o que fazer quando há mais de uma cessão do crédito, o devedor toma conhecimento de apenas uma delas, e paga ao cessionário de cuja cessão ele tomou ciência? O devedor estará liberado? Ele deveria estar liberado. Entretanto, uma leitura atenta dos artigos que tratam do assunto não esclarece a questão:

CC, 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.

CC, 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.

CC, 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.

O código também é falho ao misturar mais de um tipo de regra em um mesmo artigo. O art. 292 lida com dois diferentes tipos de regra. Primeira regra: trata do efeito liberatório do devedor de boa-fé que realiza o pagamento ao credor errado. Segunda regra: trata do critério adotado para sabermos qual dos cessionários, em uma situação de disputa entre eles, é o credor de direito. Em relação a esta segunda regra, o código falha mais uma vez, pois deixa de regular as situações nas quais não há um título de crédito ou escritura pública envolvidos (ver as notas ao **Artigo 601**).

Devedor que tem informações ou desconfia da ocorrência da cessão (ou das cessões) e da ocorrência da penhora (ou das penhoras), mas que não tem certeza, porque não possui provas. É possível que o devedor não estivesse agindo inteiramente de boa-fé, isto é, estivesse completamente

¹ A penhora, que é feita em benefício do credor, tem o efeito de tornar o bem inalienável e indisponível para o seu dono (devedor). Ela é um ato preparatório para que o bem possa ser vendido em hasta pública. O credor é satisfeito com o dinheiro arrecadado com a venda judicial do bem. No caso da penhora de créditos, não há venda em hasta pública. Uma vez penhorado o crédito, antes da cessão do mesmo, o devedor (do cedente) deve realizar o pagamento diretamente ao credor do cedente (não ao cedente ou ao cessionário).

ignorante quanto à ocorrência da cessão ou da penhora. Caso realize o pagamento ao credor errado (mas que tinha a aparência de credor de direito), estando de boa-fé, deverá estar liberado. Entretanto, o que fazer quando ele tivesse conhecimento da ocorrência da cessão ou da penhora, mas não tivesse certeza ou não tivesse provas seguras sobre tais fatos? O direito brasileiro não é claro se protege tão somente o devedor de boa-fé ou se também protege o devedor que, mesmo não estando de boa-fé, esteja carente de provas seguras sobre a ocorrência de tais fatos. O código civil brasileiro, em seu art. 290 (primeira parte) e em seu art. 298, parece dizer que o devedor que pague ao cedente, não tendo sido notificado da cessão,² ou que pague ao cedente ou ao cessionário, não tendo sido notificado da penhora, estará liberado. Ou seja, o código também parece proteger o devedor que, apesar de não estar de boa-fé, não tenha como se precaver através de provas seguras (que viriam juntamente com a notificação) sobre a ocorrência de tais eventos. Entretanto, não é tão claro se o código realmente quer dizer isto. A expressão “a cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada”, contida no art. 290 do CC, seguramente tem o sentido de que o devedor passa a ter a obrigação de pagar ao cessionário (a cessão passa a ter “eficácia em relação ao devedor”) a partir do momento em que ele for notificado, antes disto, continua obrigado a pagar ao cedente. Entretanto, não é claro que, mesmo obrigado a pagar ao cedente, ele estará liberado caso o pague incorretamente, nos casos em que tivesse informações, por outras fontes, de que teria havido a cessão do crédito. Esta é a conclusão a que podemos chegar

² O procedimento que (na maioria das vezes) produz uma prova segura sobre a ocorrência da cessão do crédito é o procedimento da notificação. A notificação pode ser extrajudicial, quando é feita via cartório de títulos e documentos, ou pode ser judicial, através do procedimento especial regulado nos arts. 867 a 873 do código de processo civil (CPC). A notificação é feita com o objetivo de comunicar, formalmente, um determinado fato para a parte notificada (neste caso, comunicar formalmente a ocorrência da cessão) e exigir alguma conduta da parte notificada (neste caso, exigir que o devedor pague ao cessionário). De um modo geral, a comunicação e a exigência são acompanhadas de documentos comprobatórios da existência do fato comunicado. No caso da cessão do crédito, a notificação é dirigida ao devedor (parte notificada) e pode ser feita pelo cedente ou pelo cessionário (partes que notificam). O procedimento judicial de notificação não tem natureza litigiosa. Ou seja, não há oportunidade para a parte notificada apresentar contestação, não há uma fase de produção de provas, o juiz não prola uma sentença e não há possibilidade de recursos. A notificação é um meio pelo qual o devedor passa a ter ciência da ocorrência da cessão do crédito. Entretanto, ela não é o único meio. O devedor também pode ter ciência da ocorrência da cessão do crédito através de outros meios menos formais. Por exemplo, ele pode ter presenciado, como testemunha, a realização do contrato de cessão do crédito. Ele pode ter recebido a notícia de que o crédito havia sido cedido através da imprensa ou de terceiros. O próprio cedente ou o cessionário podem ter comunicado oralmente ao devedor a ocorrência da cessão (por exemplo, pessoalmente ou através de um telefonema), podem ter enviado um e-mail, carta ou telegrama, etc. Cada um destes meios pode ser mais ou menos confiável. Não devemos confundir a parte final do art. 290 do CC com o procedimento de notificação. Tal artigo dispõe: “(...)mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita”. O legislador adota aqui uma ficção jurídica. Isto é, equipara um determinado conjunto de fatos (neste caso, a notificação) com um outro conjunto de fatos (neste caso, a declaração feita pelo devedor) com o objetivo de aplicar ao segundo conjunto de fatos o regime jurídico aplicável ao primeiro conjunto de fatos. Portanto, a declaração feita pelo devedor de que ele estava ciente da cessão não é uma notificação. Ela apenas produz os mesmos efeitos produzidos por uma notificação. Quais efeitos? A resposta não é totalmente clara (ver a discussão acima), mas, com certeza, o efeito de obrigar o devedor a realizar o pagamento para o cessionário. Antes da notificação, o devedor pode se recusar a pagar ao cessionário. Entretanto, não é claro se a ausência de notificação protege o devedor com relação a um pagamento (incorretamente) feito ao cedente. Finalmente, observe-se que o legislador somente levou em conta a declaração feita pelo devedor que constar de um escrito público ou particular. Entretanto, é possível que o devedor tenha feito tal declaração oralmente para um determinado terceiro que poderia servir como testemunha, é possível que tal declaração tenha sido registrada em um gravador de áudio ou vídeo.

interpretando a primeira parte do art. 292 do CC que diz: “fica desobrigado o devedor que, antes de ter conhecimento da cessão, paga ao credor primitivo”. O artigo não diz que o único meio pelo qual o devedor poderia ter conhecimento da cessão seria através da notificação. Portanto, ainda que não tivesse sido notificado, o devedor não estaria liberado caso realizasse o pagamento ao cedente tendo prévio conhecimento da cessão. Isto é: a regra aparentemente consagrada pelo ordenamento jurídico brasileiro é a de que somente o devedor de boa-fé merece proteção. O devedor não estaria liberado caso pagasse ao credor errado, nos casos em que soubesse, mesmo que não tivesse certeza, da ocorrência da cessão ou da penhora. Desta forma, o código parece criar um ônus para o devedor de investigar para quem ele deveria realizar o pagamento. Entretanto, este ônus pode ser, em determinadas circunstâncias, muito pesado para o devedor. Motivo: poderia ser oneroso para o devedor realizar tal investigação antes do momento destinado ao cumprimento da obrigação. Por que tal investigação seria necessária? Porque, caso ele pagasse a qualquer um dos credores e, posteriormente, fosse comprovado que o credor para quem ele pagou não era o credor de direito, o devedor poderia sofrer as conseqüências do inadimplemento da obrigação por não tê-la cumprido no modo e tempo devidos. Portanto, parece ser razoável que, em determinadas circunstâncias, também o devedor que não estivesse agindo inteiramente de boa-fé recebesse uma proteção do ordenamento jurídico. Quais seriam estas circunstâncias? Em primeiro lugar, quando a fonte das informações obtidas pelo devedor sobre a cessão ou sobre a penhora não fosse confiável. Isto evitaria que ele tivesse de incorrer os custos de verificar a veracidade das informações toda vez que alguém, não digno de confiança, lhe transmitisse este tipo de informação. Em segundo lugar, mesmo que tivesse recebido informações de uma fonte confiável, quando não tivesse tempo hábil, antes do vencimento da obrigação, para verificar a veracidade de tais informações ou quando lhe fosse muito oneroso contatar os possíveis interessados para verificar a veracidade de tais informações. É possível, por exemplo, que tanto o seu antigo credor quanto o novo credor estivessem no exterior ou em local desconhecido. Neste caso, mesmo que soubesse, por outros meios, da existência da cessão ou da penhora, ele deveria ser exonerado caso pagasse ao credor que ele anteriormente acreditava ser o seu credor de direito. Porém, caso tais informações fossem facilmente verificáveis, parece não haver motivos para proteger o devedor. Em resumo, temos três diferentes tipos de solução para o problema apresentado: i) o devedor, mesmo que soubesse da cessão ou da penhora, sempre seria protegido, caso ainda não tivesse sido notificado; ii) o devedor, caso já soubesse da cessão ou da penhora, nunca seria protegido; iii) o devedor, caso já soubesse da cessão ou da penhora, poderia ser protegido ou não, dependendo das circunstâncias. Qual a solução fornecida pelo direito brasileiro? Parece haver apoio textual para as duas primeiras soluções. Entretanto, a terceira solução é a mais razoável. Como aplicá-la no direito brasileiro? Recorrendo-se ao princípio de que as obrigações devem ser cumpridas de acordo com a boa-fé (objetiva).

Pagamento em consignação. É necessário ressaltar que as regras previstas no **Artigo 105 (2) e (3)** aplicam-se tão somente no caso do devedor não saber³ sobre a ocorrência de qualquer cessão (no caso do pagamento ao cedente), sobre a ocorrência de mais de uma cessão (no caso do pagamento ao cessionário), ou sobre a ocorrência de qualquer penhora (no caso do pagamento ao cedente ou ao cessionário). Caso já soubesse (com certeza),⁴ ele deveria realizar o pagamento ao credor de direito.

³ Ou, no caso de saber, mas não ter certeza, não ser razoável a verificação da realidade.

⁴ Ou mesmo que não soubesse com certeza, lhe fosse exigido verificar a realidade.

Por exemplo, soube da ocorrência de qualquer cessão, não pode mais realizar o pagamento ao cedente. Outro exemplo, soube da ocorrência de mais de uma cessão, não pode mais realizar o pagamento ao cessionário (errado). Nestes casos, é necessário uma regra jurídica para proteger o devedor que queira realizar o pagamento sem correr o risco de ter de pagar duas vezes. O devedor que não quiser correr tal risco poderá realizar o pagamento em consignação (depósito em juízo). Esta regra está prevista no art. 335, incisos IV e V do código civil brasileiro. Entretanto, o devedor não está obrigado a realizar o pagamento em consignação. Ele pode preferir correr o risco de tentar acertar e realizar o pagamento ao credor de direito.

Artigo 106: Direito de Regresso do Credor de Direito

Caso o devedor seja exonerado, de acordo com o Artigo 105:

- (a) o credor de direito poderá exigir a restituição da prestação paga pelo devedor, salvo as restrições colocadas pelo direito;
- (b) o credor de direito poderá exigir indenização de quem quer que, tendo recebido a prestação, soubesse ou não pudesse deixar de saber que não tinha direito de recebê-la.

Notas

Direito de obter a restituição. Esta regra corresponde ao direito brasileiro, embora não haja um dispositivo equivalente no regime jurídico da cessão de crédito. O princípio da restituição do enriquecimento sem causa justifica a presente solução. Ou seja, o presente dispositivo não constitui uma inovação, mas é o mero resultado da aplicação das regras relativas ao enriquecimento sem causa. O devedor foi liberado do cumprimento da obrigação. Entretanto, a pessoa que recebeu a prestação não tinha o direito de recebê-la. Qual pessoa? O cedente ou um dos cessionários. Quem teria o direito de receber a prestação? Outro cessionário ou um credor do cedente (ver, quanto a isto, o **Artigo 105 (2)** supra). Portanto, aplicando-se o princípio da restituição do enriquecimento sem causa, o credor de direito tem direito a exigir daquele que recebeu a prestação a devolução da mesma. Caso a pessoa que recebeu a prestação realize a transferência da mesma para um terceiro, o credor de direito poderá exigir que tal terceiro lhe restitua a prestação. Esta solução também é uma consequência do princípio da restituição do enriquecimento sem causa. É possível que o terceiro tenha retransferido a prestação para uma outra pessoa, e assim por diante. Deste modo, o credor de direito poderá exigir a restituição da prestação de quem quer que seja o seu atual detentor, desde que o atual detentor não tenha adquirido a propriedade sobre a mesma. A aquisição da propriedade *a non domino* não é a regra, mas a exceção. O cedente ou o cessionário que recebeu a prestação não tinha o direito de aliená-la (não era “dono”), por isto o terceiro adquirente somente se tornará proprietário caso estejamos diante de uma hipótese de aquisição da propriedade *a non domino* (e.g., caso o alienante tenha recebido o imóvel em pagamento, o terceiro de boa-fé tenha pago para adquirir o imóvel vendido pelo alienante – CC, art. 879, § único –, o terceiro de boa-fé que, em um estabelecimento comercial, pagou para adquirir um móvel – CC, art. 1268 –). É necessário ressaltar que o credor de direito não poderá exigir a restituição (em espécie) da pessoa que não mais detenha

a prestação.⁵ Observe-se que o direito (do credor de direito) de obter a restituição (em espécie) somente poderá ser exercido caso a prestação ainda exista. Por quais motivos ela pode não mais existir? É possível que a prestação, que se refere a uma determinada coisa, não mais exista porque a coisa pereceu ou foi destruída, porque, caso seja consumível, foi consumida (e.g., alimentos e outros bens consumíveis), porque, caso tenha natureza pecuniária, foi gasta para a aquisição de outros bens, etc. Em resumo, a regra aplicável seria a seguinte: caso a prestação refira-se a uma determinada coisa, o credor de direito poderá exigir a restituição (em espécie) de quem quer que atualmente detenha a prestação, desde que ela ainda exista e, nos casos em que exista, o atual detentor não tenha adquirido a propriedade sobre a mesma. Entretanto, o responsável pela restituição (um dos cessionários, um terceiro para quem a prestação foi transferida, mas não o cedente) poderá cobrar uma indenização do credor de direito (outro cessionário ou um credor do cedente), caso ele possa vir a sofrer prejuízos com tal restituição, desde que ele não soubesse que não tinha direito de receber a prestação por ele recebida (ou seja, estivesse de boa-fé). Esta solução também é justificada pelo regime jurídico do enriquecimento sem causa. Quais os tipos de prejuízo que o responsável pela restituição poderia vir a sofrer? Ele poderia ter realizado despesas irrecuperáveis com a prestação recebida, porque confiava que era o legítimo “dono” da mesma (e.g., pintou e reformou o apartamento recebido). Ele também poderia ter despesas com uma eventual devolução da prestação recebida para o credor de direito. Como poderia o cedente não saber que ele não tinha o direito de receber a prestação, afinal, não foi ele próprio que cedeu o crédito? É mais difícil visualizarmos uma hipótese na qual o cedente estaria de boa-fé, mas não impossível. Por exemplo, a prestação devida era de natureza pecuniária e o pagamento foi feito, não pessoalmente, mas através do sistema bancário. Pode ser que, devido ao valor acrescido em sua conta bancária e ao volume de negócios por ele realizado, o cedente não tenha percebido que não tinha o direito de receber aquela prestação. Ele pode, subseqüentemente, ter gasto o dinheiro recebido. Por sua vez, é mais fácil encontrarmos hipóteses em que o cessionário estaria de boa-fé, ou em que o terceiro (para quem o cedente ou o cessionário tenha transferido a prestação) estaria de boa-fé. Entretanto, mesmo que a prestação ainda exista, a situação do cedente é peculiar, pois, mesmo que ele estivesse de boa-fé, ele não poderia cobrar uma indenização do credor de direito porque: i) estaria violando o contrato com o cessionário, ou ii) estaria violando a penhora feita pelo seu credor.⁶ Em resumo, a

⁵ É controvertida a questão de se o credor teria o direito de exigir (da pessoa que não mais detenha a prestação) a restituição, não em espécie, mas pelo valor pecuniário da prestação. Caso fosse possível, o credor poderia exigir desta pessoa o valor pelo qual ela teria se beneficiado com o uso e transferência da prestação, desde que não fosse superior ao valor da prestação devida. O valor pelo qual ela teria sido beneficiada, caso não tenhamos fatores complicadores, seria o valor que ela teria cobrado para alienar a prestação, mais os benefícios obtidos com o uso da prestação, subtraído do valor que ela teve de pagar para adquirir a prestação. É possível que os anteriores adquirentes da prestação já soubessem que não tinham o direito de receber tal prestação. Neste caso, o credor de direito poderia exigir-lhes uma indenização pelos prejuízos que sofreu, mesmo que o montante da indenização ultrapassasse o valor pelo qual os anteriores adquirentes teriam sido beneficiados com o uso e transferência da prestação. Entretanto, a **alínea (a)** do presente dispositivo não lida com a questão da indenização, mas tão somente com a questão do direito de obter a restituição. O presente dispositivo também não lida com o possível direito de regresso do responsável pela restituição contra os anteriores adquirentes da prestação.

⁶ A boa-fé do cedente, em relação ao recebimento da prestação, só terá relevância em uma única situação: o crédito foi cedido para um único cessionário, mas o devedor de boa-fé que não sabia da cessão paga ao cedente de boa-fé que não sabia que estava recebendo o pagamento feito pelo devedor. Neste caso, a boa-fé do cedente servirá para afastar o direito que o cessionário teria de exigir-lhe uma indenização pelos prejuízos

regra aplicável, nestes casos, seria a seguinte: o responsável pela restituição (exceto quando ele for o cedente), que estiver de boa-fé, poderá exigir que o credor de direito o indenize com relação aos gastos razoáveis que ele incorreu por confiar na validade do recebimento da prestação ou com relação às despesas razoáveis que porventura tenha de incorrer para a devolução da prestação ao credor de direito. No caso da prestação recebida referir-se a um serviço, não é possível a sua transferência para terceiros e nem a sua devolução em espécie. Por isto, é necessário um regime jurídico especial para regular a sua restituição. A regra aplicável seria a seguinte: caso a prestação refira-se a um determinado serviço, o credor de direito poderá exigir a restituição do valor pelo qual o responsável pela restituição foi beneficiado, desde que não ultrapasse o valor da prestação devida.

Direito de obter indenização. Caso a pessoa que tivesse recebido a prestação das mãos do devedor, ou qualquer outro adquirente posterior, já soubesse que não tinha o direito de receber a prestação, ela não teria nenhuma desculpa para se opor ao credor de direito. Este último poderia exigir, de qualquer uma destas pessoas, uma indenização que seria capaz de ressarcir todo o prejuízo por ele sofrido, mesmo que ultrapassasse o valor da prestação devida ou o valor pelo qual tais pessoas haviam sido beneficiadas com o recebimento da prestação. Esta solução está de acordo com as regras gerais que tratam da responsabilidade civil extracontratual do direito brasileiro. O credor de direito pode cumular o remédio da restituição com o remédio da indenização. Entretanto, deve ser subtraído do valor da indenização o valor obtido pelo exercício do remédio da restituição.

Seção 2: Efeitos da Cessão em relação ao Devedor (Proteção de Terceiros, do Devedor, do Cedente)

Artigo 201: Regras Gerais sobre a Validade e Efeitos da Cessão

- (1) A cessão do crédito será permitida quando os interesses do cedente e do cessionário em sua permissibilidade tiverem maior valor do que os interesses de terceiros em geral, do devedor, ou do próprio cedente em sua proibição. Caso os indícios não permitam uma conclusão em um sentido ou outro, presume-se que o crédito é cedível.
- (2) Não obstante a conclusão a que se possa chegar com base no dispositivo anterior, o credor e o devedor podem convencionar a permissão ou a proibição da cessão do crédito, exceto quando o convencionado se tratar de uma cláusula abusiva. Entretanto, ainda que haja uma cláusula proibitiva validamente estipulada no contrato, o devedor não poderá opor tal cláusula ao cessionário que não tinha nem poderia ter tido conhecimento da mesma.
- (3) Caso a cessão do crédito seja proibida, o devedor tem o direito de realizar o pagamento ao seu credor originário. Uma vez realizado o pagamento, qualquer um dos interessados (terceiros, devedor, cedente) pode e o cedente (quando não for interessado) deve, em benefício dos interessados, se opor à pretensão do cessionário de reaver o pagamento feito

sofridos em virtude do não recebimento da prestação. Caberia ao cessionário, ao exercer o seu direito de regresso contra o cedente, exigir do cedente tão somente a *restituição* da prestação paga pelo devedor. Entretanto, o cedente não teria o direito de exigir do cessionário uma indenização pelos prejuízos que poderia eventualmente sofrer caso tivesse de restituir ao cessionário a prestação paga pelo devedor. Ou seja, a boa-fé do cedente não o socorreria neste ponto, ela apenas afastaria o direito do cessionário de exigir indenização.

ao cedente. Entretanto, quando o fundamento da proibição for a proteção do devedor, a pretensão do cessionário de reaver do cedente aquilo que foi pago pelo devedor não poderá ser oposta nem pelo cedente e nem pelo devedor sob o fundamento de que a cessão era proibida, quando a proibição visava a mera conveniência do devedor, ou quando este não for prejudicado.

(4) No caso de créditos representados por títulos de crédito e outros tipos de crédito submetidos a regime jurídico especial, o estipulado nos incisos anteriores não se aplica, a não ser no que for compatível.

Notas

Para o cessionário, a cessão do crédito será plenamente eficaz quando ele puder exercer os seus direitos contra o devedor. Ela também será eficaz, embora em menor escala, quando o cessionário puder exercer os seus direitos contra o cedente. Este dispositivo estabelece, em seus incisos (1) e (2), regras gerais (algumas regras, não todas!) sobre a ineficácia da cessão contra o devedor, com o objetivo de proteger terceiros, o devedor ou o próprio cedente. Caso a cessão seja ineficaz contra o devedor, também deverá ser contra o cedente? Em seu inciso (3), o dispositivo estabelece regras sobre a ineficácia da cessão (em relação a uma consequência bem específica) contra o cedente, com o objetivo de proteger terceiros, o devedor ou o próprio cedente. O presente dispositivo corresponde, em linhas gerais, ao direito brasileiro.

Os interesses do cedente e do cessionário na permissibilidade da cessão. De um modo geral, o cedente possui interesse na permissibilidade da cessão, pois o crédito faz parte do seu patrimônio e representa um valor econômico. Os bens que compõem o patrimônio de uma pessoa, sejam tais bens incorpóreos (como direitos) ou corpóreos (como uma casa, um carro, um computador, etc), têm maior valor econômico e servem melhor aos interesses do seu possuidor quando são alienáveis sem maiores restrições. Embora a faculdade de gozar e utilizar os bens seja importante, igualmente importante é a faculdade de alienar tais bens. Pode ser que o proprietário dos bens não mais tenha interesse em gozar dos bens, mas queira aliená-los. Daí o interesse do cedente, que é “dono” do crédito, na permissibilidade da cessão. O cedente pode ter dificuldades na realização da cobrança, enquanto o cessionário teria maior capacidade de cobrar do devedor. Ou o crédito poderia vencer em uma data distante, sendo que o cedente teria interesse na obtenção do pagamento de forma imediata, enquanto o cessionário teria maior capacidade de espera. Desta forma, o cessionário também tem interesse na permissibilidade e validade da cessão. Caso o cessionário não possa cobrar do devedor o crédito que lhe fora cedido, tal cessionário poderá vir a sofrer prejuízos dado o fato de que ele provavelmente pagou ao cedente para “comprar” tal crédito, dado o fato de que ele esperava obter a prestação devida para usar e gozar da mesma da maneira que melhor lhe apossasse, e dado o fato de que ele provavelmente teve despesas com a realização da cobrança.

Os interesses de terceiros na proibição da cessão. Os terceiros em geral, sejam eles credores do cedente, parentes do cedente ou cônjuge do cedente, podem não ter interesse na permissibilidade da cessão. Imagine-se uma situação na qual o cedente não paga ao seu credor o que lhe é devido, e não haja outros bens no patrimônio do cedente que o credor possa penhorar. Neste caso, seria do interesse do credor do cedente que a cessão não fosse permitida, pois assim o crédito ainda permaneceria no patrimônio do cedente, não adentrando o patrimônio do cessionário, de forma a

permitir a penhora do crédito pelo credor do cedente, que seria então a pessoa legitimada para cobrar do devedor do cedente. Entretanto, o presente dispositivo não foi criado tendo em vista a regulamentação do conflito de interesses entre o credor do cedente, por um lado, e o cedente/cessionário, por outro. Tal conflito está regulado pelo **Artigo 501**. O presente dispositivo poderia reger aquelas situações nas quais, em virtude do direito sucessório, os parentes do cedente não teriam interesse na permissibilidade da cessão. Ou aquelas situações nas quais o cônjuge do cedente não teria interesse na permissibilidade da cessão. A cessão do crédito poderia ser feita com o objetivo de burlar as regras do direito sucessório que estabelecem a distribuição de bens entre os herdeiros. Ou poderia ser feita com o objetivo de burlar as regras do direito de família que estabelecem o regime matrimonial dos bens. Seria possível aplicarmos analogicamente a regra do regime jurídico do contrato de compra e venda que trata desta questão:

CC, art. 496. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.

Parágrafo único. Em ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória.

Os interesses do devedor na proibição da cessão. O devedor pode ter interesse ou não em realizar o pagamento tão somente para o seu credor originário. Pode ser que o devedor não queira a cessão porque tinha exceções que poderia opor ao seu credor originário, de forma a poder se recusar a realizar o pagamento para o mesmo, enquanto não disporia de tais exceções contra o novo credor (cessionário). Pode ser que o devedor não queira a cessão porque terá de incorrer em maiores despesas para a realização do pagamento ao novo credor (cessionário), do que teria para a realização do pagamento ao seu credor originário (cedente). Entretanto, nenhum destes motivos justifica a proibição da cessão em si mesma, sendo que são (ou deveriam ser) concedidos remédios alternativos para proteger o devedor em tais situações (ver o **Artigo 402**). Portanto, o escopo do presente dispositivo é a proteção do devedor naquelas situações nas quais o único remédio eficaz é a proibição da cessão do crédito. Nos casos em que a obrigação do devedor consiste no pagamento de uma quantia em dinheiro (obrigação pecuniária), não parece haver motivos razoáveis para que o devedor possa se opor à realização da cessão do crédito. O devedor não seria prejudicado caso, ao invés de pagar ao cedente, tivesse de pagar ao cessionário. Ou imaginemos, por exemplo, o devedor que, em um contrato de compra e venda, tenha de entregar a mercadoria vendida. Também não parece haver motivos razoáveis para que o devedor possa se opor à realização da cessão do crédito, pois não seria prejudicado caso tivesse de entregar a coisa para o cedente ou para o cessionário. Entretanto, há situações nas quais o devedor seria prejudicado caso tivesse de cumprir a prestação para uma pessoa que não fosse o seu credor originário. Quais são estas situações? São aquelas situações nas quais o contrato foi concluído tendo-se em vista as qualidades pessoais daquela pessoa que iria receber a prestação. Ou seja, foi concluído tendo-se em vista as qualidades pessoais do credor originário. Primeiro exemplo: imaginemos que, em um contrato de locação ou comodato, o devedor (da entrega do bem locado ou emprestado) somente concordou em alugar ou emprestar o seu bem porque sabia que o credor (da entrega do bem locado ou emprestado) era uma pessoa cuidadosa e diligente, que não iria deprestar ou negligenciar o bem que lhe seria entregue. Pode ser que o devedor (locador ou comodante) tenha alugado ou emprestado o seu carro, sabendo que o credor (locatário ou comodatário) era uma pessoa responsável, que não iria dirigir em alta velocidade, de maneira temerária, que não iria sujar o carro com alimentos ou bebidas, que iria

estacionar o carro em lugares apropriados e seguros, que não iria convidar passageiros descuidados ou em excesso, que não iria conduzir o carro em uma estrada não pavimentada, etc. Dependendo das circunstâncias, e das características pessoais do credor que o devedor levou em consideração, seria excessivamente oneroso ou prejudicial ao devedor caso fosse permitida a cessão do crédito. Em determinados casos, que são incompletos por não abarcarem todas as situações possíveis, o próprio legislador estabelece a proibição da cessão do crédito, com vistas à proteção do devedor (e.g., Lei nº 8.245/91 (Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos), art. 13. A **cessão** da locação, a sublocação e o empréstimo do imóvel, total ou parcialmente, dependem do consentimento prévio e escrito do locador). O devedor também tem interesse na proibição da cessão do crédito em outros tipos de contrato que não sejam de locação ou empréstimo. Segundo exemplo: em um contrato de seguro, o devedor (do pagamento de indenização em caso de sinistro) contrata com um determinado credor (do pagamento de indenização em caso de sinistro) e estabelece o valor do prêmio cobrado daquele credor com base nas características pessoais do credor. Pode ser que, antes de concluir o contrato de seguro do carro, o devedor tenha submetido o credor a um questionário, no qual foram indagados diversos aspectos que poderiam influir no risco, tais como a idade do condutor, o consumo de bebidas alcoólicas, a possibilidade de haver outros condutores do veículo (e a idade dos mesmos), a média da quilometragem rodada em um mês e o local de circulação do veículo, a existência ou não de estacionamentos (abertos, cobertos, vigiados ou não) nos locais mais frequentados pelo credor e a efetiva utilização dos mesmos pelo credor, etc. Neste caso, o devedor não teria interesse na permissibilidade da cessão do crédito (pagamento de indenização em caso de sinistro), pois o fato é que o cessionário poderia ter características pessoais diferentes das características do cedente e que gerariam um maior risco para o devedor, causando-lhe uma maior onerosidade (pois não foi adequadamente compensado para correr tal risco no valor do prêmio estipulado no contrato). Terceiro exemplo: a editora X contrata com o escritor Y os direitos de publicação do livro que Y está escrevendo. Posteriormente, a editora X (credora dos direitos de publicação) cede o seu crédito para a editora Z. Pode ser que o escritor Y (devedor dos direitos de publicação) não tenha interesse na possibilidade de haver a cessão do crédito, pois, ao concluir o contrato com a editora X, ele tinha em mente as qualidades pessoais de tal editora, tais como a sua reputação, seriedade e influência entre um determinado tipo de público leitor. Em todos os exemplos acima mencionados, é necessário realizar uma pesagem entre os interesses do cedente/cessionário na permissibilidade da cessão e os interesses do devedor em sua proibição. É necessário avaliar atentamente as circunstâncias do caso concreto para sabermos se o locador, comodante, segurador, ou escritor serão realmente mais prejudicados com a permissão da cessão do que o cedente/cessionário serão prejudicados com a sua proibição. Pode ser que o novo locatário, comodatário, segurado, ou editor (todos eles cessionários) não sejam mais prejudiciais ao devedor do que os anteriores. A solução do problema da permissão ou proibição da cessão do crédito, assim como a solução de outros tipos de conflitos de interesse por outras regras jurídicas, deve ter como guia uma análise econômica (determinação do valor a ser atribuído aos interesses das partes conflitantes e proteção da parte cujo interesse tiver maior valor). O legislador brasileiro quis solucionar, de forma justa, o conflito entre cedente/cessionário, por um lado, e devedor, por outro, quanto à admissibilidade da cessão do crédito através da referência a um conceito vago e impreciso: **natureza da obrigação**. O legislador afirma que a cessão não deverá ser permitida quando for contrária à natureza da obrigação:

CC, 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.

As falhas desta regulamentação são as seguintes: i) não há referência explícita quanto às partes que realmente estão em conflito (cedente/cessionário contra terceiros, cedente/cessionário contra devedor, cessionário contra cedente); ii) não há uma indicação razoável e mais precisa sobre o critério de solução do conflito, qual seja, a pesagem do interesse das partes. Estas falhas levam a equívocos entre muitos doutrinadores brasileiros quanto ao significado e teor da regra que trata da natureza da obrigação, com freqüente confusão em relação a qual conflito está sendo realmente solucionado pela regra. Entretanto, tal confusão não é tão ruim, dado o fato de que o regime jurídico da cessão de crédito tem realmente de regular os diversos conflitos de interesse. O que é inadequado é a falta de clareza (prevalente na doutrina brasileira) quanto à diferença entre um tipo de conflito e outro. As conseqüências deletérias vêm em cascata e reforçam uma à outra: falta de clareza, entre os intérpretes, sobre os conflitos que devem ser regulados provoca falta de clareza quanto aos critérios para a solução de tais conflitos que provoca falta de clareza na formulação da regra que, por sua vez, provoca falta de clareza quanto à percepção do conflito regulado pela regra.

Os interesses do cedente na proibição da cessão. Poderia parecer contraditório o próprio cedente não ter interesse na permissibilidade da cessão. Afinal, não bastaria que o cedente se abstinhasse de realizar a cessão do crédito na hipótese de ele ser contra a cessão? Por que seria necessária uma regra jurídica proibindo a cessão, se o objetivo é proteger o cedente? Para responder estas indagações, é necessário observar que: i) a pessoa pode não ser a melhor guardiã dos seus próprios interesses; ii) que os interesses daquela pessoa, no curto prazo, podem não ser os interesses daquela pessoa, no longo prazo; iii) que o cessionário pode se encontrar em uma posição privilegiada que lhe permita abusar da confiança ou inferioridade do cedente. Exemplo da primeira situação são aqueles casos em que a lei confere ao menor o direito de anular o negócio jurídico, com o objetivo de proteger o menor contra a sua própria inexperiência. Entretanto, não são estas as situações que o presente dispositivo pretende regular. Tais situações são regidas por outras regras do ordenamento jurídico e podem proteger tanto o cedente quanto o cessionário, desde que sejam menores. O presente dispositivo pretende regular aqueles casos nos quais, em virtude de uma situação momentânea de necessidade, ou em virtude da posição privilegiada do cessionário, o cedente possa ser prejudicado caso a cessão do seu crédito seja permitida. O próprio legislador proibiu a cessão do crédito em determinados casos que poderiam ser enquadrados na segunda e terceira situações acima descritas:

CC, 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.

CC, art. 497. Sob pena de nulidade, não podem ser comprados, ainda que em hasta pública:

I - pelos tutores, curadores, testamentários e administradores, os bens confiados à sua guarda ou administração;

II - pelos servidores públicos, em geral, os bens ou direitos da pessoa jurídica a que servirem, ou que estejam sob sua administração direta ou indireta;

III - pelos juízes, secretários de tribunais, arbitradores, peritos e outros serventuários ou auxiliares da justiça, os bens ou direitos sobre que se litigar em tribunal, juízo ou conselho, no lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade;

IV - pelos leiloeiros e seus prepostos, os bens de cuja venda estejam encarregados.

Parágrafo único. As proibições deste artigo estendem-se à cessão de crédito.

Pode ser que o cedente não seja prejudicado pela realização da cessão, mesmo que, aparentemente, o cessionário esteja em uma posição privilegiada. Desta forma, para sabermos se a cessão deverá ou não ser permitida é necessário compararmos o possível prejuízo que o cessionário sofreria com a invalidade da cessão com o possível prejuízo que o cedente sofreria com a sua validade.

Portanto, a regra mais adequada (que leva em conta os diferentes tipos de conflito de interesse de forma explícita), e que provavelmente é a regra do direito brasileiro (apesar da falta de clareza do CC, art. 286), é a que foi acima formulada, no **Artigo 201 (1)**: “A cessão do crédito será permitida quando os interesses do cedente e do cessionário em sua permissibilidade tiverem maior valor do que os interesses de terceiros em geral, do devedor, ou do próprio cedente em sua proibição.”

Presunção da credibilidade do crédito em caso de dúvida. Mas o que fazer quando não for possível calcular e ponderar o interesse das partes? Em muitos casos não é possível chegarmos a qualquer conclusão segura sobre qual das partes em conflito merece proteção. O que fazer nestas situações? Haveria duas saídas inadequadas: i) o juiz poderia se recusar a decidir o caso; ou ii) a decisão poderia ser arbitrária, em qualquer sentido. Em situações como estas a credibilidade e segurança fornecidas pelo ordenamento jurídico poderiam ser questionadas. Por isto, a melhor saída é estabelecer uma regra geral que deva ser aplicada em caso de dúvidas sobre a solução mais razoável para o caso. *Qualquer* regra? Não, mas a *melhor* regra. Qual a melhor regra? Aquela que provavelmente forneceria a solução mais razoável na maior parte dos casos. Levando-se em conta a evolução histórica nos países de tradição romanista e nos países baseados na *common law* inglesa, da não credibilidade do crédito em direção à credibilidade do mesmo, consideramos que a melhor solução é a presunção de que, em caso de dúvidas, o crédito é cedível. Tal regra melhor se coaduna com a grande maioria dos créditos atualmente cedidos (aqueles que envolvem obrigações pecuniárias) e melhor se coaduna com as necessidades de circulação do crédito nas modernas sociedades de mercado. Esta é a regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro (CC, art. 286), embora o código brasileiro não seja claro quanto ao fato de que tal regra deva ser aplicada tão somente quando haja dúvidas quanto à possibilidade de ponderar diretamente o interesse das partes.

O credor e o devedor têm o direito de estipular expressamente, através de uma cláusula contratual, a permissibilidade ou a proibição da cessão, desde que tal cláusula não seja abusiva. Este dispositivo corresponde ao direito brasileiro. Motivo: ele apenas explicita o princípio da autonomia privada e liberdade contratual, liberdade esta que não deve ser utilizada para lesionar a outra parte. O código brasileiro regulamenta fragmentariamente a questão, pois não faz referência à possibilidade de uma cláusula que confirme a permissibilidade da cessão, ou à possibilidade de tais cláusulas, permissivas ou proibitivas, serem abusivas (vide a redação do CC, art. 286). Entretanto, isto não quer dizer que o direito brasileiro deixe de regular tais questões (cujas soluções podem ser

encontradas com base em outros dispositivos do código). Como saber se uma cláusula é abusiva? O melhor critério é observar se a parte aparentemente prejudicada pela cláusula (permissiva ou proibitiva) foi adequadamente compensada (com o recebimento de alguma vantagem adicional) para correr o risco de sofrer tais prejuízos.

Proteção do cessionário de boa-fé que não teve a possibilidade de ter conhecimento da cláusula proibitiva da cessão. Neste caso, a cessão permanece válida (apesar da proibição). Este dispositivo encontra-se formulado de maneira expressa no código civil brasileiro (art. 286). Como pode o cessionário não vir a ter conhecimento da cláusula proibitiva da cessão? Por exemplo, o cessionário poderia não ter conhecimento da cláusula caso o contrato celebrado entre o credor e o devedor tivesse sido oral (conseqüentemente, a cláusula proibitiva teria sido estipulada oralmente). Entretanto, é possível que o cessionário possa ter conhecimento desta cláusula, mesmo que o contrato não tenha sido reduzido a escrito (possivelmente, testemunhou a formação do contrato). Outro exemplo, o cedente mostrou e entregou ao cessionário tão somente o título de crédito (nos casos em que houver título de crédito envolvido), sendo que o cessionário não teve a oportunidade de examinar uma cópia do contrato celebrado entre o cedente e o devedor (no qual constava a cláusula proibitiva da cessão). Ainda um outro exemplo, o contrato foi reduzido a escrito em mais de um documento (possivelmente, porque foi aditado) e o cessionário não teve acesso ao documento no qual constava a cláusula proibitiva da cessão. De qualquer forma, a regra acima mencionada somente protegerá o cessionário de boa-fé caso a cessão não fosse também proibida mesmo na ausência de cláusula proibitiva expressa. Caso ela o fosse, independentemente de cláusula expressa, de nada valeria o desconhecimento do cessionário em relação à referida cláusula.

Nos casos em que a cessão for proibida: a) pode o cessionário cobrar do cedente exatamente a mesma prestação que foi paga pelo devedor ao cedente? b) pode o cedente se recusar a repassar ao cessionário a mesma prestação que lhe fora paga pelo devedor, alegando o fato de que a cessão era proibida? O fato da cessão do crédito ser proibida não significa que o contrato entre cedente e cessionário também deva ser considerado inválido. Deste modo, o cessionário poderá exercer os remédios cabíveis para o descumprimento do contrato (afinal, o cedente descumpriu o contrato ao não conseguir efetivar a cessão do crédito que ele havia prometido ceder). Quanto ao remédio da indenização, estando o cessionário de boa-fé (isto é, não sabendo ou podendo saber da proibição), ele poderá exigir do cedente uma indenização que cubra todos os prejuízos que ele eventualmente tenha sofrido por não conseguir obter o crédito cedido. Até aqui não há dificuldades e a matéria não é controversa. Entretanto, a resposta não é simples quando queremos saber se o cessionário, ao invés de exigir uma indenização, também pode exigir do cedente que ele repasse exatamente a mesma prestação que lhe fora paga pelo devedor. A resposta não é simples quando queremos saber se, diante da pretensão do cessionário de reaver do cedente aquilo que foi pago pelo devedor, o cedente tem o direito/dever de se recusar a entregar a prestação ao cessionário ou, ao contrário, tem o dever de entregá-la ao cessionário. Há duas situações possíveis: i) o interessado na proibição (seja ele um terceiro, o devedor, ou o cedente) pode vir a sofrer um prejuízo caso o cessionário possa reaver a prestação paga para o cedente; ii) o interessado na proibição (seja ele um terceiro, o devedor, ou o cedente) pode não sofrer qualquer prejuízo caso o cessionário possa reaver a prestação paga para o cedente. Caso nos encontremos diante desta última hipótese, não haveria motivos razoáveis para se negar ao cessionário o direito de cobrar do cedente a prestação por ele recebida. Afinal, o contrato de cessão permanece plenamente eficaz entre cedente e cessionário. É

necessário ilustrar as situações acima expostas com dois exemplos. Primeiro exemplo, em um contrato de locação, o devedor (da entrega do bem locado) somente concordou em alugar o seu bem porque sabia que o credor (da entrega do bem locado) era uma pessoa cuidadosa e diligente, que não iria depredar ou negligenciar o bem que lhe seria entregue. Neste caso, parece razoável supor que, além do fato de o devedor não estar obrigado a entregar o bem ao cessionário, por ser a cessão proibida, o próprio credor originário também estará impedido de repassá-lo ao cessionário depois da entrega feita ao mesmo pelo devedor. O motivo é evitar que o devedor sofra prejuízos. Qual o fundamento legal desta solução no direito brasileiro? Não há uma regra geral no regime jurídico da cessão de crédito que trata do assunto. Entretanto, podemos encontrar regras específicas em outras partes do ordenamento e, a partir de tais regras, seria possível extrairmos um princípio geral. Observe-se o disposto na lei que trata da locação de imóveis urbanos:

Lei nº 8.245/91, art. 13. A cessão da locação, a **sublocação** e o **empréstimo** do imóvel, total ou parcialmente, dependem do consentimento prévio e escrito do locador.

Este é um exemplo no qual o devedor seria prejudicado caso o cedente fosse obrigado a repassar a prestação recebida para o cessionário. Entretanto, há outras situações nas quais o devedor, que era o maior interessado na proibição da cessão, não sofreria qualquer prejuízo caso o cessionário pudesse cobrar do cedente a prestação por ele recebida. Segundo exemplo, em um contrato de seguro, o devedor (do pagamento de indenização em caso de sinistro) contrata com um determinado credor (do pagamento de indenização em caso de sinistro) e estabelece o valor do prêmio cobrado daquele credor com base nas características pessoais do credor. Pode ser que, antes de concluir o contrato de seguro do carro, o devedor tenha submetido o credor a um questionário, no qual foram indagados diversos aspectos que poderiam influir no risco, tais como a idade do condutor, o consumo de bebidas alcoólicas, a possibilidade de haver outros condutores do veículo (e a idade dos mesmos), a média da quilometragem rodada em um mês e o local de circulação do veículo, a existência ou não de estacionamentos (abertos, cobertos, vigiados ou não) nos locais mais frequentados pelo credor e a efetiva utilização dos mesmos pelo credor, etc. Logo, devemos concluir que a cessão do crédito para um outro credor deveria ser proibida, pois agravaria os riscos corridos pelo devedor (considerando-se o fato de que o novo credor poderia ter características pessoais muito diferentes do antigo credor). Entretanto, uma vez ocorrido o sinistro, e uma vez paga a indenização, não haveria motivos para se negar ao cessionário o direito de cobrar do cedente (segurado) o valor da indenização paga pelo devedor (seguradora). O motivo é que a cessão do crédito permanece válida entre cedente e cessionário, e o devedor não sofreria nenhum prejuízo caso o cedente tivesse de repassar o valor recebido para o cessionário.

Seção 3: Efeitos da Cessão em relação ao Cedente (Proteção do Cessionário)

Artigo 301: Direitos transferidos ao cessionário

- (1) A cessão do crédito transfere ao cessionário:
- (a) todos os direitos do cedente relativos ao cumprimento da prestação; e
 - (b) todos os direitos acessórios que asseguram tal cumprimento.

Notas

Este dispositivo corresponde ao direito brasileiro (CC, art. 287). No caso de uma obrigação contratual, o cessionário, além de poder cobrar do devedor o próprio crédito, também terá direito de exigir juros e, até mesmo, uma multa contratual (caso tenha sido estipulada) pelo descumprimento da obrigação no tempo e modo devidos. Entretanto, cabe uma restrição: embora o código brasileiro não seja explícito, parece razoável supor que, quando o crédito cedido for o crédito (originalmente) devido em virtude do contrato (e.g., em uma compra e venda, o direito a obter a coisa vendida ou o direito a obter o preço), o cessionário não poderá cobrar do devedor uma indenização por prejuízos extraordinários que o cessionário porventura venha a sofrer caso o devedor (devidamente cientificado da cessão) não o pague. Isto é, o cessionário teria o direito de cobrar do devedor tão somente o próprio crédito, acrescido dos juros cabíveis, multa (quando estipulada) e despesas razoáveis de cobrança. Motivo: caso o devedor tivesse de pagar uma indenização integral ao cessionário pelo descumprimento da obrigação, tal devedor estaria submetido a um risco que ele não concordou em correr quando concluiu o contrato com o seu credor originário (o cedente). Qual risco? O risco dos prejuízos sofridos pelo cessionário em virtude do descumprimento da obrigação virem a ser muito mais elevados do que os prejuízos que o seu credor originário (o cedente) poderia vir a sofrer. Portanto, o direito de cobrar uma indenização pelo descumprimento da obrigação não deve ser integralmente transferido. É necessário acrescentar que todos os demais direitos acessórios, que asseguram o cumprimento da prestação, são transferidos para o cessionário. Deste modo, há a transferência de garantias reais dadas pelo devedor ou por terceiros (tais como penhor e hipoteca), bem como a transferência de garantias pessoais dadas por terceiros (por exemplo, fiança).

Artigo 302: Momento em que ocorre a Cessão

- (1) A cessão de um crédito existente ocorre no momento em que houver o acordo para ceder ou em um outro momento posterior acordado pelas partes.
- (2) A cessão de um crédito futuro está condicionada ao seu surgimento, mas, uma vez surgido o crédito, considera-se que a cessão ocorre desde o momento em que há o acordo para ceder ou ocorre em um outro momento posterior acordado pelas partes.
- (3) Nos casos em que a lei estabelece requisitos especiais para a transferência do crédito, tais como a tradição do título representativo do crédito ou o cumprimento de outras formalidades, a cessão ocorre no momento em que forem preenchidos tais requisitos.

Notas

Não há dispositivo expresse no código civil brasileiro correspondente ao **Artigo 302**. Não obstante, o estipulado neste artigo corresponde ao direito brasileiro. É necessário distinguir entre a cessão de crédito (em geral) e a cessão de determinados tipos de crédito que exigem requisitos especiais para a sua transferência. Com relação à cessão de crédito (em geral), o legislador se silencia quanto ao momento em que o crédito é transferido do patrimônio do cedente, adentrando o patrimônio do cessionário. Parece ser razoável supor que a transferência ocorre imediatamente, logo após a conclusão do contrato para ceder o crédito, a não ser que as partes estipulem expressamente um

outro momento em seu contrato. Observe-se, no entanto, que o presente dispositivo não pretende resolver a questão de quem é o credor de direito quando o crédito é disputado por vários cessionários ou por credores do cedente (ou seja, quem terá preferência nem sempre será o cessionário cujo contrato de cessão é o mais antigo). O presente dispositivo regula o momento da transferência do crédito quando não há uma situação de disputa do mesmo. Com relação à cessão de determinados tipos de crédito que exigem requisitos especiais para a sua transferência, é necessário observar o que diz a legislação que rege a matéria. Por exemplo: [Título ao Portador] CC, art. 904. A transferência de título ao portador se faz por simples tradição. [Título à Ordem] CC, art. 910. O endosso deve ser lançado pelo endossante no verso ou anverso do próprio título. (...) § 2º A transferência por endosso completa-se com a tradição do título. [Título Nominativo] CC, art. 922. Transfere-se o título nominativo mediante termo, em registro do emitente, assinado pelo proprietário e pelo adquirente.

Artigo 303: Garantias devidas pelo Cedente

(1) Ao ceder ou ao se comprometer a ceder um crédito, o cedente deve garantir ao cessionário que:

- (a) no momento em que a cessão ocorrer, exceto quando o cessionário for informado, as seguintes condições deverão estar satisfeitas:
 - (i) o cedente tem o direito de ceder o crédito;
 - (ii) o crédito existe e os direitos do cessionário não estão ameaçados por quaisquer defesas ou direitos (incluindo o direito de opor compensação) que o devedor possa ter contra o cedente; e
 - (iii) o crédito não está cedido a um cessionário anterior, dado em garantia em benefício de um terceiro, ou está submetido a qualquer outro ônus;
- (b) o crédito e o contrato que gerou o crédito não serão modificados sem o consentimento do cessionário, a não ser que a modificação seja feita de boa-fé e seja de um tipo que não causa nenhum prejuízo ao cessionário;
- (c) o cedente transferirá para o cessionário todos os direitos cedíveis destinados a garantir o cumprimento da prestação e que não sejam direitos acessórios.

(2) Exceto quando uma das partes saiba de circunstâncias que podem beneficiá-la com a modificação das garantias e deixe de revelar tais circunstâncias para a outra parte; as partes podem concordar em criar novas garantias, bem como diminuir ou excluir as garantias acima estipuladas no inciso (1). Entretanto, tais modificações poderão ser invalidadas quando forem abusivas, gerando um desequilíbrio econômico entre as partes.

(3) Ainda que o cedente não tenha assumido, perante o cessionário, a responsabilidade pela solvência do devedor ou pelo pagamento da obrigação no vencimento, o cedente será responsabilizado caso o cessionário não receba o pagamento em virtude da insolvência ou do inadimplemento do devedor, desde que, no momento da conclusão do contrato, o cedente:

- (a) já soubesse da insolvência do devedor ou, mesmo que o devedor fosse solvente, já soubesse da intenção do devedor de não realizar o pagamento no tempo e modo devidos; e
 - (b) não tivesse revelado tais informações para o cessionário.
- (4) A responsabilidade do cedente, estipulada no inciso (3), não pode ser excluída ou limitada por acordo das partes. Entretanto, os remédios disponíveis para o cessionário poderão ser restringidos caso o cessionário já tivesse conhecimento de tais circunstâncias, mesmo que o cedente não as tivesse revelado.

Notas

O presente dispositivo corresponde ao direito brasileiro. Entretanto, as soluções fornecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro são fragmentárias e não estão ordenadas em um sistema claro. Além disto, para algumas das soluções acima colocadas, é necessário recorrermos à concretização de regras abstratas presentes no ordenamento brasileiro, o que pode fomentar a incerteza no direito.

O cedente deve garantir ao cessionário que: o cedente tem o direito de ceder o crédito. Esta regra não está explícita no código civil brasileiro. O fato é que não basta garantir a existência do crédito. É possível que o crédito (existente) não pertença ao cedente, mas a um terceiro. O cessionário não terá como obter o crédito se o mesmo não puder ser alienado pelo cedente. Portanto, é necessário que o cedente tenha o direito de alienar o crédito. O cedente responderá perante o cessionário caso o crédito não possa ser transferido (por falta de capacidade para alienar). Isto é, o cessionário poderá exigir uma indenização por causa dos prejuízos que venha a sofrer. Entretanto, a regra que estabelece que o cedente tem de ter o direito de ceder o crédito não é absoluta. Cabem duas restrições: i) o cessionário somente será prejudicado caso o cedente não possua o direito de alienar o crédito no momento em que ocorrer a cessão (como tal momento pode ser adiado por acordo das partes, é possível que até o momento em que a cessão produza efeitos o cedente já tenha se tornado o “dono” do crédito, por exemplo, recebeu o crédito através de um outro contrato de cessão com um terceiro); ii) pode ser que a intenção das partes era concluir um contrato aleatório (que envolve risco quanto a um determinado aspecto do contrato, como, por exemplo, o direito de ceder o crédito – é possível que o cedente não tenha certeza se é “dono” daquele crédito, por exemplo, se recebeu o crédito através de um testamento e há dúvidas quanto à validade do testamento). Caso o cessionário tenha sido informado sobre a possibilidade de o cedente não ter o direito de alienar o crédito, e ainda assim tenha concluído o contrato de cessão, é provável que ele tenha consentido em assumir o risco de, eventualmente, ficar comprovado que o cedente não tinha o direito de alienar o crédito. Neste caso, a intenção das partes era a de concluir um contrato aleatório. O cedente não responderá perante o cessionário caso o crédito não possa ser transferido (por falta de capacidade para alienar).

O cedente deve garantir ao cessionário que: o crédito existe. O que significa a existência do crédito? Significa que ele não foi extinto por qualquer um dos motivos que levam à extinção do crédito: pagamento, compensação, confusão, remissão, etc. Esta regra é encontrada, de forma explícita, no código civil brasileiro. Entretanto, a redação do código é desnecessariamente complexa, pois pode gerar dúvidas quanto ao direito de excluir tal garantia (ver os comentários ao inciso (2) abaixo). O código também realiza uma distinção entre contratos onerosos e gratuitos no

que concerne ao critério de imputação do cedente pelo descumprimento da garantia. Entretanto, tal distinção é desnecessária, pois há repetição de regras. Os critérios de imputação para os contratos em geral, não apenas para os contratos de cessão, estão dispostos nos arts. 392 e 393 do código civil. Eis a redação do código:

CC, 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.

Finalmente, é necessário acrescentar que, caso a intenção das partes fosse a de concluir um contrato aleatório, o cedente não deveria ser responsabilizado pela inexistência do crédito. Esta restrição à responsabilidade do cedente não está explícita no código brasileiro (vide a redação art. 295 do CC).

O cedente deve garantir ao cessionário que: os direitos do cessionário não estão ameaçados por quaisquer defesas ou direitos (incluindo o direito de opor compensação) que o devedor possa ter contra o cedente. Esta regra não é encontrada, de forma explícita, no código civil brasileiro. Entretanto, tal regra faz parte do direito brasileiro. Motivo: ela é uma regra que fornece apoio ao objetivo da cessão do crédito, que é permitir que o cessionário possa usufruir do crédito cedido. Caso o devedor possa opor tais defesas ao cessionário, este não terá como usufruir o crédito cedido. Portanto, na hipótese de o cessionário não conseguir cobrar do devedor, o cedente deverá ser responsabilizado, e deverá indenizar o cessionário pelos prejuízos sofridos. Caso seja necessário um fundamento legal, podemos mencionar o art. 422 do CC (que consagra o princípio da boa-fé objetiva). O princípio da boa-fé objetiva não tem conteúdo preciso, funciona como um “quebra-galhos” para corrigir as deficiências do regime jurídico dos mais variados institutos. Quais seriam os direitos e defesas que o devedor poderia opor ao cedente, que também seriam oponíveis ao cessionário? Os direitos de opor compensação, exceção de contrato não cumprido, prescrição, declaração de nulidade ou anulação do contrato (que gerou o crédito), etc. Com relação a esta questão, ver as notas ao **Artigo** __. Entretanto, a presente regra não deve ser absoluta. É possível que, no momento em que a cessão do crédito chegar a produzir efeitos, os direitos e defesas anteriormente disponíveis para o devedor não mais subsistam. Ou também é possível que a intenção das partes fosse a de realizar um contrato aleatório (por exemplo, o cessionário foi informado de que haveria o risco de anulação do contrato que gerou o crédito e, mesmo assim, o cessionário decidiu obter o crédito, porque havia dúvidas objetivas sobre a solidez do direito do devedor de anular tal contrato e sobre a intenção do devedor de exercer tal direito).

O cedente deve garantir ao cessionário que: o crédito não está cedido a um cessionário anterior, dado em garantia em benefício de um terceiro, ou está submetido a qualquer outro ônus. Esta regra também não é encontrada de forma explícita no código civil brasileiro. Não obstante, ela corresponde ao direito brasileiro. O motivo da existência desta regra é o mesmo da anterior: ela é uma regra que fornece apoio ao objetivo da cessão do crédito, que é permitir que o cessionário possa usufruir do crédito cedido. Cabem as mesmas ressalvas anteriormente feitas quanto ao momento em que tais garantias devem estar presentes e quanto à possibilidade de haver um contrato aleatório.

O cedente deve garantir ao cessionário que: o crédito e o contrato que gerou o crédito não serão modificados sem o consentimento do cessionário, a não ser que a modificação seja feita de boa-fé e seja de um tipo que não causa nenhum prejuízo ao cessionário. Esta regra também não é

encontrada de forma explícita no código civil brasileiro. Não obstante, ela corresponde ao direito brasileiro. O motivo da existência desta regra é o mesmo da anterior: ela é uma regra que fornece apoio ao objetivo da cessão do crédito, que é permitir que o cessionário possa usufruir do crédito cedido. Esta regra é necessária, considerando-se que o cessionário é um estranho em relação ao contrato concluído entre o cedente e o devedor. Em decorrência do princípio da autonomia privada, as partes do contrato (neste caso, o contrato entre cedente e devedor) podem livremente modificar o conteúdo de tal contrato. Elas podem extinguir o crédito devido (por exemplo, através de remissão da dívida, ou através de distrato). Elas podem aumentar ou diminuir a quantidade, valor, e características do crédito devido. Elas podem adiar ou antecipar o momento em que a obrigação deverá ser cumprida. Elas podem acrescentar obrigações acessórias que não estavam anteriormente previstas. Enfim, há uma infinidade de maneiras pelas quais o conteúdo do crédito pode vir a ser alterado. O objetivo do presente dispositivo não é impedir que as partes possam modificar o seu contrato, mas, no caso de modificação, responsabilizar o cedente perante o cessionário caso as alterações sejam prejudiciais ao cessionário. Para a responsabilização do cedente, é necessário que haja a modificação e que ela seja prejudicial ao cessionário, não basta a mera modificação.

O cedente deve garantir ao cessionário que: o cedente transferirá para o cessionário todos os direitos cedíveis destinados a garantir o cumprimento da prestação e que não sejam direitos acessórios. Esta regra não é encontrada de forma explícita no código civil brasileiro. Ela parece ser uma regra razoável, pois existem determinados tipos de garantia que não possuem a característica da acessoriedade. Logo, para que o cessionário também possa usufruir de tais garantias é necessário estabelecer o dever do cedente de transmiti-las juntamente com o crédito. Estas garantias estão reguladas na área do direito comercial.

Possibilidade de modificação das garantias legalmente devidas pelo cedente. É permitido às partes (neste caso, cedente e cessionário) modificarem o conteúdo do seu contrato, no que se refere às garantias legalmente devidas pelo cedente ao cessionário? É permitido às partes criar novas garantias não previstas na lei? É permitido às partes excluir ou diminuir as garantias previstas na lei? A resposta é que sim, desde que observados certos requisitos. Estas questões não são respondidas explicitamente pelo código civil brasileiro. As partes podem concordar em excluir as garantias devidas pelo cedente, tais como: a garantia de que o cedente tem o direito de ceder o crédito, a garantia de que o crédito existe, a garantia de que o devedor não irá se opor ao pagamento do crédito, etc. Entretanto, não seria possível a exclusão de tais garantias em duas hipóteses. Em primeiro lugar, caso o cedente já soubesse (com certeza) que ele não tinha o direito de ceder o crédito, que o crédito era inexistente, que o devedor tinha como se opor à realização do pagamento, etc, então a sua responsabilidade por tais garantias não poderá ser excluída. Motivo: ele geralmente estará obtendo um benefício com a cessão do crédito (o preço recebido para ceder o crédito), sem fornecer, em contrapartida, a chance do cessionário poder receber o crédito. É necessário ressaltar que o contrato aleatório é um tipo de contrato que envolve a “compra” de uma chance. O cessionário sofreria um prejuízo certo, porque provavelmente pagou para obter o crédito, teve despesas de cobrança, deixou de empregar a prestação a ser recebida em outras atividades produtivas, etc. Em segundo lugar, a exclusão de tais garantias também não poderá ser feita quando tal exclusão for considerada abusiva, gerando um desequilíbrio econômico entre as partes. Como saber se a cláusula de exclusão de determinadas garantias é abusiva e gera um desequilíbrio econômico entre as partes? O melhor critério é observar se a parte aparentemente prejudicada pela

cláusula (o cessionário) foi adequadamente compensada (com o recebimento de alguma vantagem adicional) para correr o risco de sofrer os prejuízos que a garantia visava evitar. Esta vantagem adicional, de um modo geral, reflete-se no preço cobrado pelo crédito. Por exemplo, suponhamos que o valor de mercado do crédito equivale a 70% do valor do crédito (para descontar o risco de o cessionário não conseguir cobrar do devedor porque este último estava insolvente ou era mal pagador). Neste caso, o cessionário poderia comprar o crédito por 70% do seu valor (com o cedente fornecendo todas aquelas garantias), ou poderia comprar o crédito por 20% do seu valor (sendo que o cedente não forneceria nenhuma daquelas garantias). O negócio seria vantajoso para ambas as partes e não haveria uma violação do equilíbrio econômico do contrato (equivalência entre as prestações devidas), pois o preço refletiria a chance que o cessionário teria de conseguir cobrar do devedor. Portanto, no exemplo acima, a cláusula que exclui a responsabilidade do cedente por aquelas garantias seria considerada abusiva caso o cessionário continuasse tendo de pagar 70% do valor do crédito para obtê-lo, não recebendo nenhum abatimento para que ele pudesse ser compensado para correr o risco adicional que ele iria correr de não conseguir receber do devedor. O código civil brasileiro não é claro no que concerne à possibilidade de exclusão daquelas garantias, nem em relação às circunstâncias nas quais não seria permitida tal exclusão. Na verdade, o código só menciona expressamente um tipo de garantia: a da existência do crédito. Eis a redação do código:

CC, 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.

A expressão “ainda que não se responsabilize” é ambígua (o que é típico do código civil!) e pode ser interpretada em dois sentidos: i) não é necessário a estipulação expressa desta responsabilidade, pois, no silêncio do contrato a respeito da questão, entende-se que o cedente é responsável pela existência do crédito (mas é possível a exclusão desta responsabilidade, desde que expressa); ii) o cedente é responsável pela existência do crédito, sendo proibida a exclusão desta responsabilidade por acordo das partes. Os doutrinadores brasileiros, em sua maioria, interpretam o dispositivo neste segundo sentido. Entretanto, a linguagem do código não é clara a este respeito. A interpretação no primeiro sentido parece ser mais razoável, até porque é (ou deveria ser) permitido às partes realizar a alocação dos riscos relativos à cessão do crédito segundo a sua conveniência, desde que não haja abuso no ato de alocação dos riscos. Por que os doutrinadores brasileiros interpretam o direito daquela maneira? Não é fácil responder esta questão. Até agora analisamos a modificação das garantias devidas pelo cedente nos casos em que há exclusão de tais garantias. Em tais casos, o objetivo do direito deve ser a proteção do cessionário. Entretanto, também é possível que, ao invés de excluir determinadas garantias, as partes queiram criar novas garantias não previstas na lei. Neste caso, o objetivo do direito deve ser a proteção do cedente. Que tipos de garantia adicionais poderiam ser criadas pelas partes? Há dois principais tipos de garantia que poderiam ser criadas: i) a garantia em relação à solvência do devedor, ii) a garantia em relação ao pagamento do devedor no tempo e modo devidos (mesmo que solvente). Em relação ao primeiro tipo, o cedente garantiria ao cessionário que o devedor, no momento da ocorrência da cessão, estaria solvente e teria condições de pagar. Isto é, os bens do patrimônio ativo do devedor teriam valor superior ao das dívidas do

devedor (o devedor não estaria insolvente ou “falido”). É necessário esclarecer que o cedente não estaria garantindo o pagamento do devedor, mas tão somente a solvência do devedor (capacidade de realizar o pagamento). Em relação ao segundo tipo, o cedente garantiria ao cessionário que o devedor iria realizar o pagamento no tempo e modo devidos. Ou seja, o cedente garantiria o próprio pagamento, não apenas a capacidade (econômica) do devedor de realizar o pagamento. Quanto mais garantias, menor o risco do cessionário não vir a receber, até que o risco se torne praticamente nulo. Por isto, o preço cobrado pelo crédito também seria mais elevado, até se aproximar do valor do próprio crédito. É permitido às partes criar tais garantias não previstas na lei? A resposta é que sim, desde que observados certos requisitos. Em primeiro lugar, caso o cessionário já soubesse (com certeza) da existência de circunstâncias que o beneficiariam na hipótese de haver a garantia, então a criação de tal garantia não deveria ser permitida. Por exemplo, o cessionário quer colocar no contrato de cessão uma cláusula responsabilizando o cedente pela insolvência do devedor, o cessionário já sabe que o devedor está insolvente, mas o cedente ainda não sabe disto. Outro exemplo, o cessionário quer colocar no contrato de cessão uma cláusula responsabilizando o cedente pelo não pagamento do devedor, o cessionário já sabe que o devedor não tem a intenção de pagar quando chegar o momento do cumprimento, mas o cedente ainda não sabe disto. Nestes casos, a criação de novas garantias não deveria ser permitida. O objetivo do cessionário com a criação de tais garantias não seria facilitar o recebimento do crédito cedido, mas enriquecer-se às custas do cedente que ignorava tais circunstâncias. Em segundo lugar, a criação de novas garantias também não deveria ser permitida quando tal criação for abusiva, gerando um desequilíbrio econômico entre as partes. Por exemplo, suponhamos que o valor de mercado do crédito equivale a 70% do valor do crédito (para descontar o risco de o cessionário não conseguir cobrar do devedor porque este último estava insolvente ou era mal pagador). Neste caso, o cessionário poderia comprar o crédito por 70% do seu valor (com o cedente fornecendo as garantias usuais, sem a inclusão de novas garantias), ou poderia comprar o crédito por 95% do seu valor (com a inclusão das novas garantias). O negócio seria vantajoso para ambas as partes e não haveria uma violação do equilíbrio econômico do contrato (equivalência entre as prestações devidas), pois o preço refletiria a chance que o cessionário teria de conseguir cobrar do devedor. Portanto, no exemplo acima, a cláusula que cria novas garantias seria considerada abusiva caso o cessionário pagasse tão somente 70% do valor do crédito para obtê-lo, sem que o cedente recebesse qualquer vantagem adicional no preço cobrado pelo crédito, para que ele pudesse ser compensado para correr o risco adicional de ter de pagar ao cessionário caso este último não recebesse do devedor. A jurisprudência brasileira tem aplicado intuitivamente esta regra, sem elaborá-la de forma clara e precisa. O que demonstra que todos têm a capacidade de perceber o que é justo e adequado, mesmo que não tenham a capacidade de explicar os motivos (o que era afirmado por Aristóteles e Tomás de Aquino). O objeto das decisões gira em torno da validade da criação de novas garantias, especificamente, da garantia de que o cedente deve responder perante o cessionário caso o devedor não realize o pagamento uma vez vencida a obrigação. Eis o texto das decisões:

TARCS, 3ª Câm., Apelação 194214144: “A operação de *factoring*, **face à elevada comissão cobrada pelo faturizador**, distingue-se da operação bancária do desconto de títulos, razão porque o faturizador assume o risco do não pagamento pelo devedor dos títulos negociados. A emissão de promissória pelos

gerentes da faturizada, com expressa menção de que destina-se a garantir o pagamento do devedor do título negociado, representa **engenho contornador** da irresponsabilidade do faturizado, sem eficácia na relação faturizador-faturizado.”

O fato de o cessionário ter cobrado uma “elevada comissão” significa que ele adquiriu o crédito com um grande desconto. Isto é, ele “comprou” o crédito por um valor bem inferior ao valor do próprio crédito. Parece que os juízes não consideraram justo que o cessionário tenha tentado inserir uma cláusula de responsabilização do cedente (“engenho contornador”) pelo pagamento do devedor. Conseqüentemente, eles invalidaram tal cláusula (“sem eficácia na relação faturizador-faturizado”). Por que não consideraram justo a inserção desta cláusula? Presumivelmente, embora o argumento não seja claro, porque pensaram que, para a validade de tal cláusula, deveria ser preservado o equilíbrio econômico do contrato. Ou seja, o cessionário teria de pagar um valor mais elevado pela aquisição do crédito, caso quisesse estipular esta cláusula de forma válida (isto é, ele não poderia ter cobrado uma “comissão tão elevada”). Há outras decisões que nem mesmo nos fornecem dicas sobre o seu fundamento. Elas fazem referência, de forma esotérica, à “essência” de determinados institutos:

TAMG, 6ª Câm., Apelação 1882104/95: “Tratando-se de contrato de *factoring*, incabível o direito de regresso contra o faturizado, uma vez que, operada a transferência definitiva do crédito, exonera-se de responder pela satisfação da dívida, sendo da essência da avença a responsabilidade do faturizador pelos riscos da impuntualidade e da insolvência do sacado.”

Em resumo, as partes podem modificar as garantias legalmente devidas pelo cedente, seja criando novas garantias ou extinguindo as já existentes, desde que: i) uma das partes não possua informações privilegiadas que possam beneficiá-la com a modificação de tais garantias, e ii) não seja violado o equilíbrio econômico do contrato, preservando-se a equivalência entre as prestações. *Garantias relativas à solvência do devedor e pagamento (pontual) do devedor.* Como regra geral, o cedente não responde perante o cessionário caso o devedor esteja insolvente. O ordenamento jurídico não determina que o cedente deva garantir ao cessionário a solvência do devedor. O devedor está solvente quando os bens do seu patrimônio ativo tenham valor superior ao das suas dívidas. É possível que as partes (i.e., cedente e cessionário) estipulem em seu contrato que o cedente garantirá a solvência do devedor. Esta é a posição do direito brasileiro:

CC, art. 296. Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor.

Embora o código não seja explícito (e nem deveria ser pela melhor técnica de redação), o cedente também não responde pelo pagamento pontual do devedor. Isto é, pelo pagamento no tempo e modo devidos. Há uma diferença entre a garantia relativa à solvência do devedor e a garantia relativa ao pagamento pontual do devedor. Em relação a esta última, o cedente garantiria o próprio pagamento, não apenas a capacidade (econômica) do devedor de realizar o pagamento. Pela melhor técnica legislativa, nenhuma das duas regras precisaria estar expressamente contida no código civil brasileiro. Motivo: os casos em que o cedente deve fornecer uma garantia é que deveriam estar expressamente previstos na lei (embora, na verdade, nem todos estejam!). É permitido às partes estipularem expressamente, em seu contrato, a responsabilidade do cedente pelo pagamento pontual

do devedor? A resposta é que sim, embora não haja (e nem deveria haver) uma regra explícita no código civil brasileiro que permita tal estipulação. Conforme observamos acima, a criação destas garantias não deveria ser permitida quando o cessionário possuir informações privilegiadas que o beneficiarão com a criação de tais garantias ou quando o cedente não for devidamente compensado, no preço cobrado para “vender” o crédito, para correr o risco de pagar ao cessionário. Entretanto, há ainda um outro tipo de problema para ser resolvido. O código diz que o cedente não responde pela insolvência do devedor (ou pela impontualidade do devedor), a não ser que ele tenha expressamente se comprometido a responder por tais eventos. Suponhamos que não haja uma cláusula contratual expressa responsabilizando o cedente, o que fazer caso o cedente já tenha conhecimento sobre a insolvência do devedor ou sobre a intenção do devedor de não realizar o pagamento? O cedente não deverá responder perante o cessionário (como pareceria ser a solução do código)? Ou, ao contrário, o cedente deverá responder perante o cessionário (como pareceria ser mais razoável)? Qual é a solução *realmente* fornecida pelo direito brasileiro? Parece-nos que a solução fornecida pelo ordenamento jurídico brasileiro seria a de responsabilizar o cedente, apesar da omissão da lei neste ponto. Haveria aqui, como em muitos outros lugares, uma lacuna na linguagem empregada pelo legislador (não uma verdadeira lacuna no direito!). Observe-se, por exemplo, que o código civil espanhol, de forma similar ao brasileiro, também não responsabiliza o cedente pela solvência do devedor (exceto quando tal responsabilidade for expressamente estipulada). Entretanto, caso o cedente já soubesse da insolvência do devedor, por esta ser “anterior y pública” (CC espanhol, art. 1529), e o cessionário não soubesse, o cedente responderia perante o cessionário. Parece-nos que, tivesse o legislador brasileiro pensado nesta hipótese, teria colocado esta regra. Como encontrar um fundamento legal para esta solução no direito brasileiro? Basta aplicarmos o art. 422 do código civil brasileiro que determina que os contratantes são obrigados a cumprir o contrato de acordo com os princípios da probidade e boa-fé. Portanto, o cedente deverá responder perante o cessionário caso já soubesse, antes da realização do contrato para ceder o crédito, que o devedor estava insolvente ou não tinha a intenção de realizar o pagamento.

A responsabilidade do cedente pela solvência ou pontualidade do devedor, caso tivesse conhecimento sobre a insolvência ou sobre a intenção do devedor de não pagar, poderia ser afastada através de uma cláusula contratual expressa? Ou seja, esta garantia pode ser excluída por acordo das partes? Não é possível a exclusão desta garantia. Embora o código civil brasileiro não seja explícito quanto à possibilidade das partes modificarem o critério de imputação do devedor (neste caso, o cedente), o fato é que não é possível a exclusão da sua responsabilidade nos casos em que ele estiver agindo dolosamente. O código brasileiro determina que:

CC, 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.

Caso as partes contratantes queiram, elas podem modificar os critérios de imputação previstos neste artigo (exceto a exclusão da responsabilidade por dolo), apesar do código não ser claro neste ponto. Por exemplo, caso a responsabilidade de uma das partes fosse objetiva, as partes poderiam estipular que ela passaria a ser por culpa ou passaria a ser por dolo. Outro exemplo, caso a responsabilidade de uma das partes fosse por culpa, as partes poderiam estipular que ela passaria a ser por dolo.

Nestes casos, haveria uma “diminuição” do grau de responsabilidade da parte devedora. Ela passaria de critérios mais severos de responsabilização para critérios mais brandos. É também possível que as partes adotem o caminho contrário. Ou seja, passem de critérios mais brandos para critérios mais severos. Esta última possibilidade é expressamente prevista no código civil brasileiro:

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

O devedor responderia normalmente por culpa, entretanto, o art. 393 permite que as partes estipulem que ele passará a responder objetivamente. Ou seja, seria adotado um critério mais severo de responsabilização. É claro que, ao modificarem o critério de imputação de uma delas, a parte beneficiada com a modificação, de um modo geral, compensa a outra parte dando-lhe alguma vantagem adicional. Por exemplo, o devedor concorda em responder objetivamente, porém exige em troca um preço mais elevado do que o normal. Caso não haja tal compensação, é possível que a cláusula que modifique o critério de imputação seja abusiva. Em suma, as partes podem alterar o critério de imputação (responsabilização) do devedor nas duas direções: i) tornando mais branda a responsabilização do devedor (dificultando a sua responsabilização em caso de descumprimento do contrato), ou ii) tornando mais severa a responsabilização do devedor (facilitando a sua responsabilização em caso de descumprimento do contrato). Entretanto, não é permitido tornar a responsabilização do devedor tão branda que ele nunca iria ser responsabilizado em caso de descumprimento do contrato. Ou seja, não é possível excluir a responsabilidade por conduta dolosa (intencional). Esta solução já havia sido postulada pelo jurista romano Ulpiano, em um contexto bem específico (talvez não como uma regra geral), que tratava do “contrato” de depósito:

D. 16, 3, 1, 6. Se for convencionado que também deve haver responsabilidade por culpa com relação ao depósito, o acordo é válido; pois o princípio que rege os contratos é o consentimento.⁷

D. 16, 3, 1, 7. Se for convencionado que não deve haver responsabilidade por dolo, tu não deves aprovar isto; pois este acordo é contrário à boa-fé e bons costumes e portanto não deve ser seguido.⁸

Desta forma, o cedente não poderia colocar uma cláusula no contrato de cessão afirmando que ele nunca responderia, em quaisquer circunstâncias, pela insolvência ou impontualidade do devedor. Caso ele já soubesse que o devedor estava insolvente ou não tinha a intenção de pagar, ele deveria responder perante o cessionário (ressarcindo-lhe todos os prejuízos que ele porventura tenha sofrido por não ter conseguido receber do devedor). Entretanto, o cessionário só merecerá proteção caso não soubesse que o devedor estava insolvente ou não tinha a intenção de pagar. Isto é, não basta a má-fé do cedente (conhecimento destas circunstâncias), também é necessário a boa-fé do cessionário. Caso o cessionário já soubesse destes fatos, mesmo que o cedente não os tivesse revelado para ele, não poderá exigir do cedente uma indenização.

⁷ D. 16, 3, 1, 6. Si convenit, ut in deposito et culpa praestetur, rata est conventio: contractus enim legem ex conventionem accipiunt.

⁸ D. 16, 3, 1, 7. Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est.

Seção 4: Efeitos da Cessão em relação ao Devedor (Proteção do Devedor)

Artigo 401: Efeitos da Cessão sobre a Obrigação do Devedor

(1) Observadas as restrições colocadas pelos Artigos 201, 402 e 403, o devedor tem o dever de realizar o pagamento para o cessionário tão somente no caso dele ter recebido uma notificação por escrito do cedente ou do cessionário que identifique de forma razoável o crédito cedido e que lhe exija pagar ao cessionário.

(2) Entretanto, se tal notificação for dada pelo cessionário, o devedor poderá, dentro de um prazo razoável, exigir do cessionário que forneça provas fidedignas da ocorrência da cessão. O devedor poderá se recusar a cumprir enquanto tais provas não lhe forem dadas.

(3) O devedor que tome conhecimento da ocorrência da cessão por outro meio que não seja através de uma notificação nos termos do inciso (1), ou que tenha motivos para desconfiar da ocorrência da cessão, não tem o dever de pagar ao cessionário. Entretanto, ele não se liberará com o pagamento realizado ao cedente, exceto no caso previsto no Artigo 105 (3).

Notas

Dever de pagar ao cessionário. O devedor deve realizar o pagamento ao cessionário uma vez que a cessão do crédito tenha produzido efeitos contra o devedor. É necessário distinguir entre os efeitos que o contrato de cessão produz contra o cedente e os efeitos produzidos contra o devedor. Uma vez realizado o contrato de cessão, o cedente já está submetido aos termos do contrato (assim como o cessionário). Por outro lado, a cessão somente produzirá efeitos contra o devedor caso ela lhe tenha sido notificada. Entretanto, pode ser que a cessão não venha a produzir plenos efeitos contra o devedor, mesmo após a sua notificação. Por exemplo, caso a cessão do crédito seja proibida (com o objetivo de proteger terceiros, o devedor, ou o próprio cedente), ela não produzirá nenhum efeito contra o devedor (ver o Artigo 201). Outro exemplo, caso o devedor disponha de exceções que ele poderia ter oposto contra o cedente, a cessão só produzirá os efeitos que não forem limitados por tais exceções (ver o Artigo 403). Caso não seja a hipótese de aplicarmos tais restrições, a cessão produzirá plenos efeitos contra o devedor, uma vez que este tenha sido formalmente notificado. Qual o conteúdo desta notificação? O código civil brasileiro não é explícito neste ponto:

CC, art. 290. A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada (...).

Entretanto, parece ser razoável supor que ela tenha, no mínimo, de identificar o crédito cedido e exigir que o devedor realize o pagamento ao cessionário. Por quais motivos? Para evitar situações de ambigüidade em que o devedor poderia ficar em dúvida sobre o que fazer diante da notificação. Por exemplo, é possível que o cedente tenha mais de um crédito contra o devedor. Ou o devedor pode não saber ao certo se o cessionário tem a intenção de exigir o crédito de forma imediata. Caso a notificação não preencha tais requisitos, especialmente o da identificação do crédito cedido, ela não deverá produzir efeitos contra o devedor (embora o código brasileiro não seja explícito neste ponto). E quanto aos documentos comprobatórios da ocorrência da cessão? A notificação também tem de vir acompanhada de tais documentos? Depende. Caso a notificação tenha sido feita pelo cedente, tais documentos não seriam necessários. Motivo: ainda que a cessão não tivesse ocorrido, o

cedente não poderia reclamar, posteriormente, o descumprimento do contrato pelo devedor. Por outro lado, caso a notificação tenha sido feita pelo cessionário, o devedor terá interesse em obter os documentos comprobatórios da cessão. De um modo geral, o cessionário, que é o maior interessado em comunicar a existência da cessão para o devedor, juntará tais documentos com a notificação. E se não o fizer, a cessão terá eficácia contra o devedor? Não. Ela não deverá produzir efeitos contra o devedor enquanto ele não puder ser protegido com a posse de tais documentos. Qual a regra do direito brasileiro? O código não é explícito, mas parece ser razoável supor que a notificação feita pelo cedente produz efeitos imediatos, mesmo que não acompanhada de documentos comprobatórios da cessão; por outro lado, a notificação feita pelo cessionário somente produziria efeitos imediatos caso viesse acompanhada dos documentos comprobatórios da cessão. Conseqüência da notificação feita pelo cessionário, sem a juntada de documentos: o devedor teria o direito de se recusar a pagar ao cessionário enquanto não lhe fossem fornecidos tais documentos.

Liberção do devedor. A regra relativa à notificação regula tão somente o fenômeno da submissão do devedor ao poder de cobrança do cessionário. Isto é: caso não tenha havido uma notificação formalmente produzida, o devedor não estará obrigado a pagar ao cessionário. Ela não trata da questão da liberação do devedor que, não tendo sido notificado, paga ao cedente. O devedor que tivesse realizado o pagamento para o cedente estaria liberado caso não soubesse da cessão (através da notificação ou qualquer outro meio). O devedor também estaria liberado caso, apesar de saber da possibilidade do crédito ter sido cedido, não fosse razoável que ele tivesse de verificar a veracidade desta informação (ver, quanto a isto, as notas ao Artigo 105).

Artigo 402: Exceções e Direito de Compensação

(1) O devedor pode opor ao cessionário todas as exceções contra o crédito cedido derivadas do contrato entre ele e o cedente, mesmo que tais exceções tenham surgido em um momento posterior ao da ocorrência da cessão.

(2) O devedor pode opor ao cessionário todos os direitos de compensação que teriam estado disponíveis contra o cedente, até o momento em que veio tomar ciência da cessão.

Notas

As soluções fornecidas por este dispositivo correspondem ao direito brasileiro. O princípio geral é o de que o crédito cedido preserva todas as suas características originais. Desta forma, caso o crédito ainda não estivesse vencido, o cessionário teria de esperar o vencimento para poder cobrar do devedor. Caso o crédito estivesse submetido a uma condição suspensiva, o cessionário deveria esperar o implemento de tal condição. O local designado para o pagamento também teria de ser respeitado. Caso o devedor pudesse opor ao cedente a anulação do contrato por erro, dolo ou coação; ele também poderia opor ao cessionário a anulação por tais motivos. Em suma, o crédito é transferido com todas as suas características. Entretanto, é necessário realizar uma distinção entre duas categorias de exceção. Em primeiro lugar, o devedor pode opor contra o cessionário todas as exceções contratuais que ele teria podido opor contra o cedente. Em segundo lugar, o devedor pode opor contra o cessionário a compensação que ele teria podido opor contra o cedente. O direito de opor compensação, na maioria das vezes, não seria considerado como proveniente do contrato que

gerou o crédito cedido. Por que é necessário realizar tal distinção? Por causa do limite temporal para o surgimento das exceções que o devedor poderá opor ao cessionário. Caso estejamos lidando com exceções contratuais, o devedor pode opor ao cessionário até mesmo uma exceção que tenha surgido após o devedor ter sido notificado da ocorrência da cessão. Por exemplo, foi concluído um contrato entre o cedente e o devedor (01/09), no qual o cedente estava obrigado a cumprir a sua obrigação em uma data anterior (10/09) àquela na qual o devedor estava obrigado a cumprir a sua (18/09), o crédito foi posteriormente cedido (05/09) e o devedor notificado (07/09), o cedente descumpra a sua obrigação no termo previsto (10/09), o devedor poderia se recusar a cumprir para o cessionário caso, na data em que tivesse de cumprir (18/09), fosse cobrado pelo mesmo. Esta é a denominada “exceção de contrato não cumprido”, prevista no art. 476 do CC brasileiro. Observe-se que, no exemplo dado, o direito do devedor opor a exceção de contrato não cumprido somente surgiu com o efetivo descumprimento por parte do cedente (10/09), o que ocorreu em data posterior à da conclusão do contrato para ceder o crédito (05/09) e posterior à da notificação do devedor (07/09). Outro exemplo, suponhamos que o prazo prescricional (ou decadencial) do crédito cedido tenha tido o seu termo final (12/04) após o momento em que o devedor foi notificado (12/03). Entretanto, o cessionário só realizou a cobrança após o decurso do prazo prescricional (ou decadencial) (12/05). Neste caso, o devedor também poderá alegar a prescrição (ou a decadência) contra o cessionário, apesar do fato da exceção de prescrição (ou decadência) somente ter surgido em uma data posterior (12/04) à da notificação (12/03). Desta forma, não há um limite temporal geral para o surgimento das exceções contratuais. Por outro lado, no caso do direito de opor compensação contra o cessionário, o devedor somente poderia opor as compensações que ele teria podido opor contra o cedente, caso o direito de opô-las tenha surgido até o momento em que ele veio a tomar ciência da cessão. Esta é a posição do direito brasileiro:

CC, 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.

Entretanto, a redação é um tanto vaga. Ela não faz referência explícita aos tipos de exceção que seriam cabíveis para o devedor e nem ao limite temporal (caso haja algum) para o surgimento de tais exceções. Quais as exceções que “competem” ao devedor? Há uma distinção entre exceções que o devedor “teria contra o cedente” e exceções que “não teria contra o cedente”? Percebe-se a péssima técnica legislativa.

Artigo 403: Não Oponibilidade ao Cessionário de uma Modificação não Autorizada do Crédito

A modificação do crédito feita por um acordo entre o cedente e o devedor, sem o consentimento do cessionário, que seja posterior à notificação da cessão ao devedor, não afeta os direitos do cessionário contra o devedor, a não ser que:

- (a) tal modificação esteja prevista no contrato de cessão; ou
- (b) seja feita de boa-fé e seja de um tipo que não causa nenhum prejuízo ao cessionário.

Notas

É possível que as partes (neste caso, cedente e devedor) do contrato que gerou o crédito cedido queiram modificar o seu contrato. Elas podem ter a intenção de extinguir o crédito devido (por exemplo, através de remissão da dívida, ou através de distrato). Elas podem ter a intenção de aumentar ou diminuir a quantidade, valor, e características do crédito devido. Elas podem ter a intenção de adiar ou antecipar o momento em que a obrigação deverá ser cumprida. Elas podem ter a intenção de acrescentar obrigações acessórias que não estavam anteriormente previstas. Enfim, há uma infinidade de maneiras pelas quais o conteúdo do crédito pode vir a ser alterado. Algumas destas modificações poderiam ser benéficas para o cessionário, outras delas poderiam lhe ser prejudiciais. Entretanto, uma vez notificado o devedor, a cessão do crédito passa a produzir efeitos contra ele. Como a cessão do crédito provoca a mudança de credores, o antigo credor (cedente) não mais possui legitimidade para alterar o conteúdo do crédito. Motivo: com a notificação, ele deixou de ser o seu “dono” frente ao devedor (anteriormente ele já havia deixado de ser o seu “dono” frente ao cessionário). Caso o devedor queira modificar o crédito, ele terá de negociar diretamente com o cessionário, que é o atual credor. Não obstante, o cedente e o devedor ainda têm legitimidade para alterar aspectos do contrato que gerou o crédito, desde que não alterem o conteúdo do crédito de forma prejudicial ao cessionário. É possível que, no contrato entre cedente e cessionário, haja uma cláusula permitindo que o cedente negocie com o devedor com vistas à alteração do contrato que gerou o crédito. Neste caso, o cessionário teria dado o seu prévio consentimento a qualquer alteração que porventura venha a ser feita, mesmo que lhe seja prejudicial. Não havendo tal cláusula, a modificação do conteúdo do crédito só poderá ser oposta ao cessionário caso ele dê o seu posterior consentimento à modificação (quer dizer: ratifique a modificação), ou caso tal modificação não seja prejudicial aos seus interesses. Embora o código civil brasileiro não disponha de uma regra semelhante, parece que o presente dispositivo corresponde ao direito brasileiro. Motivo: o dispositivo apenas descreve as consequências provocadas pela cessão do crédito na esfera jurídica do cedente e do devedor, retirando-lhes o poder de disposição sobre o crédito.

Seção 5: Efeitos da Cessão em relação ao Devedor (Proteção dos Credores do Cedente)

Artigo 501: Eficácia da Cessão Perante os Credores do Cedente

- (1) Caso o contrato para ceder o crédito não seja concluído antes que o cedente sofra os efeitos da realização da penhora, a cessão do crédito será ineficaz perante os credores do cedente.
- (2) A cessão do crédito também será ineficaz perante os credores do cedente, ainda que realizada em data anterior à penhora, caso:
 - (a) o contrato para ceder o crédito não tenha sido registrado antes da penhora ou não haja outros meios técnicos seguros para comprovar a data em que tal contrato foi celebrado;

- (b) haja fraude contra credores, fraude à execução, o crédito cedido tenha sido dado em garantia em data anterior à da conclusão do contrato de cessão, e nos demais casos reconhecidos pela lei;
 - (c) fique comprovado que o cedente e o cessionário agiram em conluio com a intenção de fraudar os credores do cedente.
- (3) Ainda que a cessão do crédito seja ineficaz perante os credores do cedente, ela permanece eficaz entre cedente e cessionário. Caso o valor do crédito cedido seja maior do que o valor cobrado pelos credores do cedente, o remanescente deverá ser destinado ao cessionário.
- (4) Sendo a cessão do crédito ineficaz perante mais de um credor do cedente, e havendo disputa entre tais credores pelo fato de o crédito ser insuficiente para satisfazer a todos, aplicar-se-á, no que concerne à prioridade entre credores, o disposto na legislação pertinente.

Notas

Ineficácia da cessão do crédito realizada após a penhora. O crédito não pode mais ser cedido pelo cedente, após o momento no qual este sofreu os efeitos da penhora. Motivo: a penhora retira do dono do bem o poder de aliená-lo. Este princípio é expresso no art. 298 do CC que dispõe: “O crédito, uma vez penhorado, não pode mais ser transferido pelo credor que tiver conhecimento da penhora (...)”. Entretanto, a proibição da cessão do crédito não significa que ela não terá nenhuma eficácia a favor do cessionário e contra o devedor. Para proteger os credores do cedente, não é necessário que a cessão deixe de produzir quaisquer efeitos a favor do cessionário, basta que os direitos do cessionário sejam limitados até o montante devido pelo cedente aos seus credores. Por exemplo, caso o valor do crédito cedido fosse 100, e o valor que havia sido previamente penhorado fosse 80, o cessionário teria o direito de cobrar do devedor os 20 remanescentes.

Ineficácia da cessão do crédito realizada antes da penhora. Embora a regra geral seja a de que a cessão do crédito será ineficaz quando realizada após a penhora. Há muitas situações em que o ordenamento jurídico invalida até mesmo cessões que tenham sido realizadas antes de qualquer ato de penhora. De um modo geral, o motivo é evitar manobras para fraudar os credores do cedente. Uma situação característica ocorre quando, já tendo sido realizada a penhora, o cedente tenta forjar um contrato de cessão do crédito que supostamente teria sido feito antes da penhora. A forma mais eficaz para combater este tipo de fraude é verificar a data em que o contrato teria sido realmente feito. Como fazê-lo? Através da consulta ao registro público (caso o contrato tenha sido registrado), ou através de provas técnicas que permitam aferir com precisão a data de conclusão do contrato de cessão. O combate a este tipo de fraude é o que parece ter motivado o legislador brasileiro a criar a seguinte regra:

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.

Esta regra tem gerado muita confusão na doutrina brasileira, quanto ao seu objetivo e âmbito de aplicação. Em primeiro lugar, há uma interpretação incorreta sobre o que o legislador quis dizer

com “terceiros”. Em segundo lugar, há uma crença incorreta, baseada na leitura descontextualizada da literatura estrangeira, de que esta regra determina que os contratos de cessão tenham de ser submetidos a registro público para ter eficácia contra os “terceiros” (sendo que o § 1º do art. 654 não chega nem perto de fazer tal sugestão!). Em terceiro lugar, o objetivo da regra não é plenamente compreendido. Os autores brasileiros sugerem que a categoria “terceiros” inclui todas as pessoas que não seriam partes do contrato de cessão. Como as partes, neste contrato, seriam o cedente e o cessionário. A doutrina entende que o termo “terceiros” inclui o devedor, fiadores do devedor, outros cessionários, credores do cedente, etc. Esta interpretação é absolutamente equivocada e ignora as demais regras do regime jurídico da cessão de crédito. Por exemplo, a regra que trata da eficácia da cessão do crédito perante o devedor é o art. 290 do CC (no que concerne à obrigação de pagar ao cessionário) e o critério estabelecido para que ela produza efeitos não é o “registro”, mas a “notificação”. Isto quer dizer que a cessão será plenamente eficaz contra o devedor caso ele tenha sido notificado, ainda que o contrato de cessão tenha sido feito através de instrumento particular e não tenha sido registrado no Cartório de Títulos e Documentos. Nos casos em que há disputa entre cessionários (ver o Artigo 601), os critérios para que uma das cessões tenha prevalência sobre as demais são a “notificação” e a “tradição” do título, não o “registro”. Isto quer dizer que a cessão (que prevalecer) será plenamente eficaz contra o devedor caso ela tenha sido a primeira cessão a ser notificada para o devedor ou, nos casos em que há título de crédito, caso o mesmo tenha sido entregue ao devedor, ainda que o contrato de cessão tenha sido feito através de instrumento particular e não tenha sido registrado no Cartório de Títulos e Documentos. Portanto, a afirmação dos autores brasileiros de que a cessão tem de ser registrada para ter eficácia contra o devedor ou contra os demais cessionários é totalmente descabida. Então, qual o fundamento da regra contida no art. 288 do CC? O objetivo é tornar a cessão do crédito ineficaz perante os credores do cedente nos casos em que fosse muito fácil para o cedente fraudar os seus credores. O legislador exige o instrumento público ou o instrumento particular revestido das formalidades do § 1º do art. 654 para que a fraude torne-se mais difícil. É mais difícil fraudar um instrumento público e, de um modo geral, podemos confiar na data nele contida. No caso do instrumento particular, é possível a realização de exames periciais para determinar a data da assinatura. É também possível que houvesse o reconhecimento de firma (assinatura) do instrumento particular, o que permitiria conferir a data em que tal reconhecimento foi feito. O código civil revogado de 1916 parece nos fornecer um indício sobre a provável intenção do legislador quando, no § 3º do art. 1289, afirma que: “O reconhecimento da firma no instrumento particular é condição essencial à sua validade, em relação a terceiros”. É também possível que a data do contrato de cessão possa ser estabelecida por outros meios de prova: comunicações por e-mail, envio de cartas, etc. Portanto, a conclusão a que chegamos é a de que o art. 288 do CC visa proteger os credores do cedente contra a possibilidade de, já tendo sido realizada a penhora, o cedente tentar forjar um contrato de cessão do crédito que supostamente teria sido feito antes da penhora. Caso este seja o objetivo do art. 288 do CC, a sua redação foi infeliz, pois não fez referência expressa ao tipo de “terceiro” que visava proteger e nem fez referência expressa ao critério relevante para a proteção de tais “terceiros”: a invalidação da cessão, caso não haja a possibilidade de nos valermos de provas técnicas para averiguar a data da realização do contrato de cessão. É necessário destacar que o art. 288 do CC não é o único a lidar com o fenômeno da fraude contra credores. Há vários outros dispositivos que tratam do assunto, de forma mais ou menos completa. Por exemplo:

CC, art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.

CC, art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

CPC, art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real;

II – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;

III – nos demais casos expressos em lei.

Em todos estes casos, a fraude ocorreu antes da realização da penhora. Portanto, mesmo que a penhora ainda não tivesse sido realizada, o cedente não mereceria ser protegido quando a sua intenção fosse a de fraudar os seus credores.

Conflito entre credores do cedente. Na hipótese de conflito entre os credores do cedente quanto ao recebimento do crédito, deve ser aplicado o regime jurídico apropriado (ordem cronológica das respectivas penhoras, preferências e privilégios, etc).

Seção 6: Efeitos da Cessão em relação ao Devedor (Conflito entre Cessionários)

Artigo 601: Conflito entre Cessionários

(1) O cedente pode ceder o mesmo crédito para mais de um cessionário, desde que a soma dos valores cedidos não ultrapasse o valor do próprio crédito. Caso haja excesso, aplicar-se-á o disposto a seguir quanto à prioridade entre os credores cessionários, sem prejuízo do que estiver estipulado quanto à prioridade dos credores do cedente no Artigo 501.

(2) Exceto quando o cessionário ou os cessionários posteriores tenham conhecimento ou motivos suficientes para desconfiar que já tenha sido anteriormente celebrado algum contrato para ceder o crédito, o cessionário com prioridade será:

(a) o primeiro cessionário a notificar o devedor; e

(b) nos casos em que a lei estabelece requisitos especiais para a transferência do crédito, tais como a tradição do título representativo do crédito ou o cumprimento de outras formalidades, o cessionário com prioridade será aquele que comprovar junto ao devedor ter preenchido os requisitos legais para a transferência do crédito.

(3) Caso o valor do crédito devido seja superior ao valor cedido para o cessionário com prioridade, o remanescente deverá ser pago ao próximo cessionário na ordem de preferência e assim por diante até que não reste mais nada a ser alocado para os demais cessionários.

Notas

Cessão parcial do crédito. É permitido ao cedente realizar a cessão parcial do seu crédito para vários cessionários, desde que o mesmo seja divisível. Pode ser cedida uma parte do valor do crédito ou uma determinada quantidade. O problema surge quando a soma dos valores cedidos ultrapassa o valor do próprio crédito. Ou, no caso de um crédito indivisível, quando ele tenha sido (integralmente) cedido para mais de um cessionário. O crédito indivisível poderia, em tese, ser dividido em frações ideais (o direito de propriedade sobre a coisa devida seria divisível, apesar da coisa em si mesma ser indivisível). Neste caso, a soma das frações ideais não poderia ultrapassar 100%. É possível que o cedente, desde o início, já tivesse cedido o crédito (fosse divisível ou indivisível) de forma integral (quer dizer: todo o crédito) para vários cessionários. O cedente estaria agindo de má-fé ao ceder mais do que ele tinha direito de ceder. Os cessionários prejudicados poderiam exigir-lhe uma indenização pelo descumprimento do contrato de cessão (ver, quanto aos deveres do cedente, o Artigo 303). Entretanto, nem sempre os cessionários prejudicados conseguirão obter o ressarcimento dos seus prejuízos junto ao cedente. É possível que este último tente se esquivar da obrigação de pagar aos cessionários, ou que tenha se tornado insolvente. Desta forma, para não ficar no prejuízo, cada um dos cessionários teria interesse em receber do devedor. Portanto, é possível que haja, em determinados casos, um conflito entre os cessionários para saber qual deles terá a preferência sobre os demais. O objetivo do presente dispositivo é solucionar tal conflito em favor de um dos cessionários.

Crítérios para determinar a prioridade entre os cessionários. A escolha de qual cessionário deverá ter prioridade sobre os demais não é uma tarefa fácil. Poderíamos adotar diferentes critérios, cada qual com os seus méritos e deméritos. Poderíamos argumentar que o cessionário com prioridade deveria ser aquele que realizou o primeiro contrato de cessão com o cedente. Este seria o critério da anterioridade do contrato de cessão. Poderíamos argumentar que o cessionário com prioridade deveria ser aquele que primeiro registrou o contrato de cessão no Cartório de Títulos e Documentos. Este seria o critério da anterioridade do registro. Poderíamos argumentar que o cessionário com prioridade deveria ser aquele que primeiro notificou o devedor sobre a cessão. Este seria o critério da anterioridade da notificação. Poderíamos argumentar que os cessionários posteriores que estivessem de má-fé (isto é, já soubessem da cessão anteriormente feita) não deveriam ter prioridade, ainda que fossem os primeiros a registrar o contrato de cessão ou os primeiros a notificar o devedor. Poderíamos argumentar que os cessionários (de boa-fé) que adquiriram o crédito de forma onerosa (isto é, pagaram para adquirir o crédito) devem ter prioridade sobre os cessionários que adquiriram o crédito de forma gratuita (isto é, não pagaram para adquirir o crédito), ainda que não tivessem sido os primeiros a contratar, registrar o contrato, ou notificar o devedor. Obviamente, nos casos em que o crédito cedido estiver incorporado em um título de crédito, o critério para determinar a prioridade é o estabelecido no regime jurídico que regula os títulos de crédito. De um modo geral, terá prioridade aquele cessionário que tiver o título de crédito em mãos. Entretanto, há títulos de crédito que não são transferidos através da tradição (entrega) do título, mas através da inscrição em um registro especial. Enfim, há diferentes maneiras de resolver o conflito de interesses entre os cessionários. Qual a solução fornecida pelo ordenamento jurídico brasileiro? A resposta é: não sabemos com certeza. O direito brasileiro é lacunoso neste ponto.

Parece que o legislador quis regular expressamente a transferência de um crédito que está representado por um título de crédito (letra de câmbio, nota promissória, etc):

CC, art. 291. Ocorrendo várias cessões do mesmo crédito, prevalece a que se completar com a tradição do título do crédito cedido.

CC, 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.

A interpretação destes dispositivos é absolutamente enigmática. Por exemplo, no art. 292 do CC, a expressão “título de cessão” parece referir-se aos documentos comprobatórios da realização da cessão (cópia do contrato de cessão entre cedente e cessionário). A expressão “título da obrigação cedida” parece referir-se ao título de crédito (letra de câmbio, nota promissória, etc) que representa o crédito cedido. Não é claro o que o legislador quis dizer com a expressão “quando o crédito constar de escritura pública”. Como pode um crédito “constar de escritura pública”? O que pode constar de escritura pública ou é o contrato de cessão do crédito ou é o contrato que gerou o crédito. O crédito em si mesmo não pode constar de escritura pública. Então, a qual dos dois contratos o legislador se refere? Não é claro, mas parece ser o contrato de cessão. As dificuldades interpretativas não acabam aqui. O contrato de cessão que consta de escritura pública é tão somente aquele que foi redigido e assinado pelas partes no próprio cartório? Ou é também aquele que foi redigido em um instrumento particular posteriormente levado ao registro público? Não é claro. O legislador também não previu as hipóteses em que o crédito cedido não apresenta um “título da obrigação cedida” nem consta “de escritura pública”. O que fazer nestes casos? Qual deve ser o cessionário com prioridade? Parece que o legislador não previu estes casos expressamente porque há o pressuposto generalizado na doutrina (nacional e estrangeira) de que o critério para determinar a prioridade entre os cessionários, de um modo geral, é o da anterioridade da notificação do devedor. Portanto, parece que a intenção do legislador foi apenas a de regular expressamente os casos especiais em que a regra geral não seria aplicada. Por exemplo, o artigo do código civil de 1916 que era o equivalente do atual art. 292 não continha a seguinte parte: “quando o crédito constar de escritura pública, prevalecerá a prioridade da notificação”. Ele regulava tão somente as hipóteses em que o crédito cedido estava incorporado em um título de crédito. E regulava mal a questão, pois nem todo título de crédito é transmissível através da tradição do título. Não obstante, a intenção parece ter sido a de criar regras especiais para regular a prioridade entre os cessionários no caso do crédito cedido estar representado por um título de crédito. Motivo: seria necessário regular expressamente tão somente os casos que seriam solucionados de maneira diversa da regra geral (que seria a seguinte: o cessionário com prioridade será o que primeiro notificar o devedor). O que parece ter acontecido é que o âmbito de aplicação do antigo art. 1.071 (atual 292) foi gradualmente esquecido (se é que ele foi alguma vez compreendido!) até que a sua interpretação foi corrompida. Portanto, é desnecessário estipular expressamente que, quando o crédito cedido “constar de escritura pública”, prevalecerá a prioridade da notificação. Por que? Porque esta já é a regra geral. O perigo de criarmos um dispositivo expresso neste sentido é o de que intérpretes menos avisados retirem a conclusão de que a regra geral deve ser outra (afinal, por que criar um dispositivo desnecessário?)

Elaborado por Flávio Ferreira para a disciplina de Teoria Geral das Obrigações.

Pagamento e transferência da propriedade

1. Referências bibliográficas:

VLIET, Lars P.W. van. *Iusta causa traditionis and its history in European private law*. European Review of Private Law, 2003, 3, p. 342-378.

BAR, Christian von e DROBNIG, Ulrich. **The interaction of contract law and tort and property law in Europe**: a comparative study. München: Sellier, European Law Publishers GmbH, 2004.

FABER, Wolfgang e LURGER, Brigitta (org.). **Rules for the transfer of movables**: a candidate for European harmonization or national reforms? München: Sellier, European Law Publishers GmbH, 2008.

2. Compilação de normas sobre a transferência da propriedade

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.**

Art. 879. **Se aquele que indevidamente recebeu um imóvel o tiver alienado em boa-fé, por título oneroso, responde somente pela quantia recebida; mas, se agiu de má-fé, além do valor do imóvel, responde por perdas e danos.**

Parágrafo único. **Se o imóvel foi alienado por título gratuito, ou se, alienado por título oneroso, o terceiro adquirente agiu de má-fé, cabe ao que pagou por erro o direito de reivindicação.**

CAPÍTULO II Da Aquisição da Propriedade Imóvel

Seção II Da Aquisição pelo Registro do Título

Art. 1.245. **Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.**

§ 1º **Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.**

§ 2º **Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.**

Art. 1.246. **O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo.**

Art. 1.247. **Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule.**

Parágrafo único. Cancelado o registro, **poderá o proprietário reivindicar o imóvel, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente.**

CAPÍTULO III Da Aquisição da Propriedade Móvel

Seção IV Da Tradição

Art. 1.267. A propriedade das coisas não se transfere pelos **negócios jurídicos** antes da tradição.

Parágrafo único. Subentende-se a tradição quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório; quando cede ao adquirente o direito à restituição da coisa, que se encontra em poder de terceiro; ou quando o adquirente já está na posse da coisa, por ocasião do negócio jurídico.

Art. 1.268. **Feita por quem não seja proprietário, a tradição não aliena a propriedade, exceto se a coisa, oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigurar dono.**

§ 1º Se o adquirente estiver de boa-fé e o alienante adquirir depois a propriedade, considera-se realizada a transferência desde o momento em que ocorreu a tradição.

§2º Não transfere a propriedade a tradição, **quando tiver por título um negócio jurídico nulo.**

3. Sistema abstrato ou causal?

É possível dizer, ao analisarmos o conteúdo das normas do direito brasileiro, que ele adotou o sistema causal, ainda que mitigado. O sistema causal resta evidente nos trechos destacados em amarelo, que exigem uma causa justificadora da transferência da propriedade, e nos trechos destacados em vermelho, que deixam claro o fato de que tal causa deve ser válida. Os trechos em verde esclarecem um dos requisitos para a transferência da propriedade, que é o poder de disposição do alienante. Esse poder normalmente é cabível ao proprietário, mas outras pessoas com autorização do proprietário também podem gozar deste poder. Em alguns casos, o proprietário está privado do poder de dispor. Os trechos destacados em azul mostram algumas hipóteses de aquisição da propriedade *a non domino*. Isto é, quando falta ao alienante o poder de disposição. O principal sistema concorrente do causal é o abstrato. De acordo com o sistema abstrato, basta que o alienante tenha a intenção de transferir a propriedade e o adquirente tenha a intenção de adquiri-la. Eventuais nulidades do contrato (e.g., falta de forma) não diretamente relacionadas aos vícios do consentimento são ignoradas. Outro ponto significativo é o fato de que, no sistema abstrato, as intenções do alienante e do adquirente não precisam ser baseadas num mesmo negócio jurídico (causa justificadora da transferência). Por exemplo, alguém pode entregar um bem pensando que o está vendendo; enquanto a outra pessoa pode o receber pensando que está recebendo a título de doação. No sistema causal, não ocorreria a transferência da propriedade. No sistema abstrato, ocorreria tal transferência (ainda que ela pudesse ser revertida mais tarde). Logo, a principal diferença entre eles é a configuração da **causa justificadora** da transferência: *negócio jurídico válido* em um; *intenções abstratas* no outro.

4. Esclarecimento do âmbito de aplicação das normas do código civil brasileiro sobre o assunto, por meio de uma redação mais clara das suas normas:

CAPÍTULO 1: TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE BASEADA NO DIREITO DE DISPOSIÇÃO OU AUTORIZAÇÃO DO TRANSMITENTE

1:101: Requisitos para a transmissão

- (1) Para que ocorra a transmissão da propriedade, é necessário que:
- (a) o transmitente possua o direito de, ou a autorização para, alienar o bem;
 - (b) exista um negócio jurídico, ordem judicial, ou norma jurídica que conceda ao recebedor o direito de adquirir a propriedade do bem; e
 - (c) no caso de bens móveis, ocorra a tradição do referido bem ou, alternativamente, sejam preenchidas as condições quanto ao momento da transmissão da propriedade estipuladas em um acordo entre as partes; ou
 - (d) no caso de bens imóveis, assim como no caso daqueles submetidos a registro, ocorra o registro da transmissão da propriedade de acordo com as formalidades estipuladas na lei.

1:102: Nulidade, anulabilidade, resilição e resolução do negócio jurídico

- (1) Caso o negócio jurídico seja nulo, não haverá a transmissão da propriedade.
- (2) Caso, após a propriedade ter sido transmitida, ocorra a “anulação” do negócio jurídico para proteger o devedor; considerar-se-á que nunca houve a transmissão da propriedade (efeito retroativo).
- (3) Caso a propriedade já tenha sido transmitida, mas o transmitente ainda exerça a posse do bem em virtude do emprego da exceção de contrato não cumprido, a “resolução” do negócio jurídico irá fazer com que a propriedade seja reatribuída ao transmitente (efeito retroativo).
- (4) Caso ocorra a “resilição” do negócio, a “resolução” em virtude do inadimplemento ou a “revogação” da doação, após a propriedade já ter sido transmitida, então a propriedade terá de ser transferida novamente para o alienante, por meio da devolução do bem; pois não haverá efeito retroativo e nem ocorrerá uma retransmissão automática e imediata da propriedade. Esta regra não afeta a aplicação da regra estipulada no parágrafo anterior.

CAPÍTULO 2: AQUISIÇÃO A NON DOMINO

2:101: Aquisição de boa-fé através de uma pessoa sem direito ou autorização para transferir a propriedade

- (1) Nos casos em que a pessoa que pretende transferir a propriedade, o transmitente, não possui o direito ou a autorização para alienar o bem; o recebedor, não obstante, irá adquirir e o antigo proprietário irá perder a propriedade, desde que:
- (a) os demais requisitos para a transferência da propriedade estipulados na regra 1:101 estejam presentes (1:101 (1) (b) (c) ou (d));
 - (b) o recebedor adquira o bem a título oneroso; e
 - (c) o recebedor tenha agido de boa-fé, pois não tinha conhecimento e nem poderia razoavelmente ter tido conhecimento sobre o fato de que o transmitente não possuía direito ou autorização para transferir a propriedade do bem no momento designado para a referida transferência.
- (2) O recebedor também irá adquirir a propriedade da coisa fungível dada em pagamento, ainda que em virtude de um negócio jurídico gratuito; desde que, agindo de boa-fé, ela a tenha consumido.

CAPÍTULO 3: PAGAMENTO AO CREDOR PUTATIVO OU AUTORIZADO PELO CREDOR DE DIREITO OU REVERTIDO EM SEU BENEFÍCIO

3:101: Aquisição em virtude da validação do pagamento

(1) Nos casos em que a pessoa que pretende adquirir a propriedade, o recebedor, não possui o direito ou a autorização para receber o bem; tal recebedor, não obstante, irá adquirir e o antigo proprietário irá perder a propriedade, desde que:

- (a) os demais requisitos para a transferência da propriedade estipulados na regra 1:101 estejam presentes (1:101 (1) (a) (c) ou (d)); e
- (b) o transmitente tenha tido a intenção de alienar a propriedade, assim como o recebedor tenha tido a intenção de adquirir a propriedade, do bem dado em pagamento, ainda que tais intenções não tenham sido baseadas nos mesmos pressupostos; e
- (c) o transmitente tenha agido de boa-fé, pois não tinha conhecimento e nem poderia razoavelmente ter tido conhecimento sobre o fato de que o recebedor não possuía direito ou autorização para adquirir, em seu nome ou em nome do credor de direito, a propriedade do bem no momento designado para a referida transferência (credor putativo); ou
- (d) o recebedor tenha entregue o bem ao credor de direito, hipótese em que se considera tal credor como o novo proprietário; ou
- (e) o credor de direito tenha posteriormente ratificado o pagamento, ainda que o recebedor não lhe tenha entregue o bem.

CAPÍTULO 4: PAGAMENTO EM BENEFÍCIO DE OUTREM

4:101: Com base em aparente autorização dada por outrem

(1) Caso o transmitente aliene o bem para realizar um pagamento, em benefício de outrem, com base na crença de estar cumprindo ordens dadas por outrem para a realização de tal pagamento, ocorrerá a transmissão da propriedade para o recebedor, ainda que faltasse ao transmitente o poder de disposição ou a autorização para realizar o pagamento, desde que:

- (a) sejam preenchidos os requisitos para a transferência da propriedade, estipulados na regra 1:101, constantes das letras “c” ou “d”; e
- (b) o transmitente tenha o poder de alienar o bem; ou, alternativamente, pertencendo o bem a outrem, acredite de boa-fé possuir o direito de alienar o referido bem; e
- (c) exista uma causa justificadora da transferência da propriedade (negócio jurídico celebrado entre outrem e o recebedor); e
- (d) o pagamento atenda ao que foi estipulado no referido negócio jurídico.

4:102: Sem contar com autorização dada por outrem

(1) Caso o transmitente aliene o bem para realizar um pagamento, em benefício de outrem, sabendo que ele não foi autorizado a fazer isso por tal pessoa, ocorrerá a transmissão da propriedade para o recebedor desde que preenchidos todos os requisitos para a transferência da propriedade estipulados na regra 1:101.

(2) Na hipótese prevista nesta norma, entende-se que a causa justificadora da transferência da propriedade, prevista na regra 1:101 (1) (b), é o acordo celebrado entre o transmitente e o recebedor para a entrega do bem com a finalidade de pagamento.

5. Ilustrações:

B, que vendia balões em um parque de diversões, por engano, entrega um balão para o adulto **A**, acreditando que ele estava cumprindo a sua obrigação num suposto contrato de compra e venda entre as partes. **A**, por sua vez, acompanhado dos seus filhos, recebeu o balão acreditando que **B** estava lhe realizando uma doação. Houve a transferência da propriedade do balão para **A**? O direito de obter a restituição (devolução da posse) é baseado no direito de propriedade de **B** ou no enriquecimento injusto de **A**? **C**, o verdadeiro credor, pode exigir de **B** a entrega do balão?

Em princípio, dada a ausência de uma causa jurídica capaz de justificar a transferência, como um contrato entre as partes, **A** não teria adquirido a propriedade do balão. Portanto, o direito de **B** de reaver a posse do balão seria baseado no seu direito de propriedade. **C** poderia exigir de **B** a entrega do balão em virtude da invalidade do “pagamento” feito a **A**. Entretanto, caso **A** pudesse ser considerado um credor putativo, então o pagamento seria válido. Nesta hipótese, **A** teria adquirido a propriedade do balão, restando a **C** cobrar a restituição do balão com base no enriquecimento obtido por **A**, se algum, sendo **B** exonerado de qualquer obrigação. Talvez **A** pudesse argumentar, com sucesso, que não obteve qualquer enriquecimento com o recebimento do balão (pois, exceto quando aquilo que é recebido é uma soma de dinheiro, não é muito fácil caracterizar a existência do enriquecimento). Não sendo caracterizado como um credor putativo, **A** teria de restituir o balão para **B** por não ter se tornado o seu proprietário. **B** continuaria obrigado perante **C**. O verdadeiro credor, **C**, somente poderia cobrar de **B**, não podendo se voltar diretamente contra **A**.

E se o balão estourou, sem culpa de **A**, ainda cabe restituição do valor do balão? Faz alguma diferença, nesta última hipótese, se **A** soubesse que **B** não estava lhe fazendo uma doação?

Tendo se tornado inicialmente proprietário ou não, uma vez estourado o balão, **A** deve restituir o enriquecimento eventualmente obtido. Tal restituição seria endereçada a **B**, caso o pagamento não tivesse sido validado, ou endereçada a **C**, caso o pagamento de **B** tivesse sido validado. Entretanto, é necessário analisar a boa-fé de **A**. Caso ele tivesse perdido o balão quando ainda estava de boa-fé, sem saber do fato de que não teria o direito de recebê-lo, então ele poderá se eximir da obrigação de restituir o valor do balão seja a **B** ou a **C** alegando a defesa da perda do enriquecimento. Do contrário, caso não estivesse de boa-fé, **A** teria de restituir ainda que não se encontrasse mais enriquecido (supondo-se, é claro, que ele foi inicialmente enriquecido com o recebimento do balão).

E se **B** estivesse vendendo balões furtados de **D**, não possuindo o direito de aliená-los, ainda assim ele conseguiria transmitir a propriedade do balão para **A**, que o recebeu acreditando que aquilo era uma doação? **C**, o verdadeiro credor, pode exigir de **B** a entrega do balão?

Em princípio, considerando-se tanto a ausência de uma causa jurídica capaz de justificar a transferência, como um contrato entre as partes, quanto a ausência do direito de **B** de alienar os balões vendidos, por não ser o seu proprietário ou ter autorização do proprietário, então **A** não teria adquirido a propriedade do balão. Neste caso, **B** não teria o direito de reaver a posse do balão, já que não era proprietário e nem foi violentamente desapossado por **A**, que permaneceria com a posse até a reclamação do proprietário **D**. Por se tratar de um bem

fungível ainda não especificado, e supondo-se a boa-fé de **C**, então o verdadeiro credor, **C**, poderia exigir o cumprimento do contrato, exigindo de **B** a entrega de um balão que não tenha sido furtado. **B** não poderia alegar, em seu favor, as normas que lidam com a validação de um pagamento a um credor putativo para se eximir da obrigação de pagar a **C** nas circunstâncias acima pressupostas; já que **B**, por não ser proprietário, não teria condições de transferir a propriedade do balão para **A**, inviabilizando a aplicação das normas que lidam com a validação do pagamento feito ao credor putativo, que pressupõem a capacidade de transmitir a propriedade do bem dado em pagamento.

E se **B** estivesse vendendo balões furtados de **D**, não possuindo o direito de aliená-los, ainda assim ele conseguiria transmitir a propriedade do balão para **A**, que o recebeu em virtude de um contrato de compra e venda celebrado com **B**, tendo pago um preço pelo referido balão? E se **B** tivesse entregue para **A** um balão furtado de **D** em virtude de um contrato de doação celebrado entre as partes?

É necessário fazer algumas distinções. Caso **A**, que recebeu o balão comprado de **B**, estivesse de boa-fé, por não saber que o balão era furtado, então ele, **A**, iria adquirir a propriedade do balão, já que: (i) houve uma causa justificadora da transferência da propriedade (o contrato entre as partes); (ii) a aquisição foi a título oneroso; e (iii) **A** estava agindo de boa-fé. Neste caso, **D** perderia a propriedade sobre o bem, ainda que pudesse cobrar uma restituição de **B**, que havia furtado o balão alienado. Por outro lado, caso **A** não estivesse de boa-fé, comprando um bem que ele sabia ter sido furtado, então ele não iria adquirir a propriedade sobre o balão. Neste caso, **D** continuaria proprietário e poderia exigir de **A** a restituição do balão, bem como cobrar eventual indenização de **B** e **A** pelos danos sofridos. Caso o contrato entre **A** e **B** não fosse um contrato oneroso, como a compra e venda, mas um contrato gratuito, como a doação, então **A** não iria adquirir a propriedade sobre o balão, por não ter pago nada para adquiri-lo, ainda que ele, **A**, estivesse de boa-fé, sem saber que o balão era furtado. **D** continuaria como proprietário e poderia exigir de **A** a restituição do balão. Entretanto, excepcionalmente, mesmo no contexto de um contrato gratuito, **A** poderia adquirir a propriedade do bem furtado, desde que: (i) ele estivesse de boa-fé; (ii) o balão fosse considerado um bem consumível (por exemplo, o propósito dele era ser estourado para divertir as crianças); e (iii) tivesse sido efetivamente consumido (foi de fato estourado para divertir as crianças). Em tal hipótese, **A** teria se tornado proprietário, fazendo com que **D** perdesse o seu direito de propriedade. No entanto, **D** ainda poderia cobrar a restituição do enriquecimento obtido por **B** ao furtar o balão, ou uma indenização pelo dano causado por **B**.

Suponha agora que **B** realmente era o proprietário do balão. Ele quis vender o balão para **A**, que o recebeu acreditando se tratar de um contrato de doação. Suponha que, agindo de boa-fé, **A** tenha doado o balão recebido para **E**. Poderá **B** exigir de **E** a restituição do balão com base no seu direito de propriedade?

Embora, inicialmente, **A** talvez não tenha adquirido a propriedade do balão, em virtude da ausência de um contrato entre as partes (**A** e **B**) capaz de justificar a transferência da propriedade, o posterior contrato entre **A** e **E** talvez seja capaz de transferir a propriedade do balão para **E**, com a consequente perda da propriedade por parte de **B**. Em que circunstâncias **A** teria adquirido inicialmente a propriedade? Nos casos em que ele pudesse ser considerado um

credor putativo. Em tal hipótese, **A** teria de restituir ao verdadeiro credor de **B**, **C**, o enriquecimento eventualmente obtido. Por outro lado, mesmo que **A** não pudesse ser caracterizado como um credor putativo e, conseqüentemente, capaz de adquirir a propriedade do balão; ele poderia em algumas circunstâncias ser capaz de transferir a propriedade do balão para **E**, fazendo com que **B** perdesse o seu direito de propriedade. Em que circunstâncias **E** iria adquirir a propriedade, supondo-se que **A** não tinha o direito de alienar por não ter se tornado proprietário? **E** iria adquirir a propriedade, numa das hipóteses, se: (i) houvesse um contrato válido entre as partes (**A** e **E**); (ii) **E** tivesse pago pelo balão; e (iii) **E** estivesse agindo de boa-fé, sem saber da ausência do poder de disposição por parte de **A**. No exemplo dado, como **E** não pagou pelo balão, ele não seria capaz de adquirir a propriedade com base nesta hipótese de aquisição *a non domino*. Na outra hipótese, **E** iria adquirir a propriedade desde que: (i) houvesse um contrato válido entre as partes (**A** e **E**); (ii) **E** estivesse agindo de boa-fé, sem saber da ausência do poder de disposição por parte de **A**; e (iii) o balão pudesse ser caracterizado como um bem consumível, tendo sido efetivamente consumido por **E**. No exemplo dado, supondo-se que o balão ainda existe, ele teria de ser restituído a **B**, que ainda seria o proprietário. Por outro lado, caso o balão tivesse estourado como parte do consumo de **E**, sendo o bem caracterizado como consumível, então **E** teria adquirido a propriedade, tornando-se proprietário no lugar de **B**, que nada poderia fazer contra **E** (talvez **B** pudesse cobrar alguma coisa de **A**, desde que provasse o enriquecimento deste com o recebimento do balão, o que é uma prova difícil de ser feita). Caso o estouro do balão não tivesse conexão com o consumo de **E**, ou o bem não pudesse ser caracterizado como consumível, então **B** perderia a propriedade, em virtude da destruição do bem, mas sem que **E** pudesse ser considerado o novo proprietário. Talvez **B** pudesse cobrar alguma coisa de **A** ou **E**, desde que provasse o enriquecimento de um deles com o recebimento do balão, o que é uma prova difícil de ser feita.

B, que vendia balões em um parque de diversões, foi contratado por **G**, uma empresa especializada em organizar festas e eventos, para entregar balões para as crianças matriculadas na escola **H**. Tal escola havia programado levar as crianças ao parque em determinada data. No contrato entre **G** e **H** ficou estipulado que, em troca do pagamento de um preço, a empresa **G** iria organizar jogos e diversões para as crianças no dia da excursão. A entrega de balões para as crianças era uma das atividades atribuídas a **G** no contrato celebrado entre as partes. **G** contratou **B** uma semana antes do evento programado. No contrato entre **B** e **G**, existia uma cláusula que permitia a **G** desfazer o contrato até 24 horas antes da ocorrência do evento. A escola **H** deixou de pagar a **G** o preço na data combinada. Em virtude da falta de pagamento, **G** fez chegar uma notificação no endereço de **B**, com dois dias de antecedência da ocorrência do evento, comunicando a **B** o desfazimento do contrato e, além disso, pedindo que os balões não fossem entregues aos representantes da escola **H** como pagamento da prestação devida no contrato entre **B** e **G** (que havia se encerrado). Infelizmente, **B** não tomou ciência da notificação que lhe fora endereçada. Acreditando estar cumprindo a sua obrigação contratual, **B** faz a entrega dos balões. Pergunta-se: ocorreu a transferência da propriedade dos balões para a escola **H**? **B** tem o direito de cobrar de **G** o pagamento do preço combinado entre as partes, alegando ter cumprido o seu dever contratual? Ou **B** teria de cobrar da escola **H** a restituição do enriquecimento por ela obtido?

É incerta a ocorrência da transferência da propriedade dos balões para a escola **H**. **Fatores favoráveis à ocorrência da transferência:** (i) **B** tinha o poder de dispor dos balões, que pertenciam a ele. (ii) Existia uma causa jurídica justificadora da transferência da propriedade, que era o contrato entre **G** e **H** (talvez o contrato entre **B** e **G** não deva funcionar como uma causa justificadora da transferência da propriedade dos balões nas circunstâncias do caso, pois – no momento da entrega dos balões – o contrato já havia sido desfeito). (iii) Ocorreu a tradição dos balões. **Fator duvidoso:** (iv) se a entrega dos balões atendeu ou não ao estipulado no contrato entre **G** e **H**. Supondo-se que o contrato entre **G** e **H** ainda estivesse vigente na data da entrega dos balões, supondo-se que **G** ainda não tivesse notificado **H** comunicando a suspensão da entrega dos balões, no exercício da denominada exceção de contrato não cumprido. Então a entrega teria ocorrido em conformidade com o contrato entre **G** e **H**, justificando a transferência da propriedade dos balões para **H** (apesar da falta de autorização para a entrega no contrato entre **B** e **G**). Por outro lado, supondo-se que **H** já tivesse sido notificado para se abster de receber os balões, conforme permitido no contrato entre **G** e **H**, então a entrega dos balões por **B** não estaria em conformidade com o contrato entre **G** e **H**, não justificando a transferência da propriedade. Outra situação em que não ocorreria a transferência da propriedade seria se os balões pertencessem a **G**, ao invés de **B** (apenas responsável pela entrega), e se houvesse uma cláusula de reserva de domínio no contrato entre **G** e **H**, estipulando que a transferência da propriedade ocorreria apenas depois de finalizado o pagamento do preço pela escola **H**. Em suma, para sabermos se **B** conseguiu ou não transferir a propriedade dos balões para **H**, temos de verificar se – além dos requisitos usuais para a transferência da propriedade – o pagamento feito por **B** atendeu ao estipulado no contrato entre **G** e **H**.

Independentemente da solução a ser dada à questão da transferência da propriedade para **H**, **B** não tem o direito de cobrar de **G** o pagamento do preço combinado no contrato entre **B** e **G**, *com fundamento em tal contrato*. O motivo é bem simples: quando **B** entregou os balões a **H**, já não existia mais um contrato entre **B** e **G** que obrigava **B** a fazer isso. Entretanto, **B** pode cobrar a restituição do enriquecimento obtido seja por **G** ou por **H**, a depender das circunstâncias. Caso a entrega dos balões por **B** tivesse cumprido o dever contratual de **G** perante **H**, e supondo-se que **G** não fosse resolver o contrato entre ele e **H** em virtude do inadimplemento deste último; então **G** teria sido enriquecido pelo pagamento de **B**. Neste caso, **B** poderia cobrar a restituição do enriquecimento de **G**. [Este cenário é pouco provável de acontecer. Em tal cenário, **H** provavelmente teria adquirido a propriedade dos balões e restaria a **G** cobrar de **H** o preço combinado no contrato entre eles.] Por outro lado, caso a entrega dos balões por **B** não tivesse cumprido o dever contratual de **G** perante **H**, porque tal dever estava suspenso e iria em breve deixar de existir (**G** tinha o direito de se recusar a cumprir as suas obrigações, tendo tomado providências para resolver o contrato); então **H** teria sido enriquecido pelo pagamento de **B**. Neste caso, **B** poderia cobrar a restituição do enriquecimento de **H**. [Este cenário é mais provável de acontecer. Em tal cenário, **H** provavelmente não teria adquirido a propriedade dos balões. Assim, **B** poderia cobrar de **H** a restituição dos balões com base no seu direito de propriedade ou com base no regime do enriquecimento, dependendo do fato de os balões ainda existirem ou não. **G** simplesmente estaria exonerado dos seus deveres de cumprimento.]

Elaborado por Flávio Ferreira para a disciplina de Teoria Geral das Obrigações.

Forma do pagamento de prestações pecuniárias

1. Referências bibliográficas:

HUGO, Charl. Payment. In: MacQUEEN, Hector e ZIMMERMANN, Reinhard (org.). **European Contract Law: Scots and South African Perspectives**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2006, p. 230-248.

LANDO, Ole e BEALE, Hugh (org.). **Principles of European Contract Law. Parts I and II**. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 2000 (art. 7:107).

American Law Institute. **Restatement of the Law Second, Contracts 2d**: as adopted and promulgated. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1981 (§ 249).

2. Esclarecimento do âmbito de aplicação das normas do código civil brasileiro sobre o assunto, por meio de uma redação mais clara das suas normas:

Artigo 101: Forma do pagamento de prestações pecuniárias

(1) Os contratantes, ou o credor, dentro dos limites da sua autonomia privada, conforme estabelecidos pelo ordenamento jurídico, têm o direito de escolher a forma, ou formas, de pagamento das prestações de caráter pecuniário.

(2) O credor pode rejeitar a oferta do pagamento da quantia de dinheiro que lhe é devida nos casos em que tal oferta é feita em desconformidade com a forma, ou formas, de pagamento validamente escolhidas.

(3) Na hipótese de:

- (a) não ter sido feita uma prévia escolha da forma, ou formas, de pagamento das prestações pecuniárias; ou
- (b) a escolha ou escolhas feitas serem consideradas ineficazes, por excederem os limites da autonomia privada dos contratantes ou do credor; ou
- (c) não existir previsão legal específica que autorize ou ordene determinada forma de pagamento diversa;

entende-se que o devedor tem o direito de fazer o pagamento mediante a oferta de moeda corrente. O credor pode rejeitar o pagamento oferecido de outra maneira.

(4) O credor pode, no entanto, num acordo de extinção da dívida, concordar em receber o pagamento da quantia de dinheiro que lhe é devida de maneira diversa daquela estabelecida na norma anterior ou de maneira diversa daquela previamente estipulada no contrato.

(5) Presume-se que o credor que, de acordo com os termos do contrato ou de forma voluntária, aceita um cheque – ou outra ordem ou promessa de pagamento – o faz tão somente sob a condição de que tal cheque será honrado. O credor não poderá exigir o cumprimento, ou alegar o inadimplemento, da obrigação de pagamento original a não ser que a ordem (ou promessa) não seja honrada. Com a satisfação do credor, uma vez honrada a ordem ou promessa de pagamento, a eficácia do pagamento retroage à data da entrega da ordem ou promessa ao credor.

3. Normas do código civil brasileiro

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

4. Decisões judiciais brasileiras

- Moeda corrente, em princípio, é o **dinheiro vivo**. Isto é, as moedas metálicas e as cédulas de papel:

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação cível n. 0727798-56.2019.8.07.0001. Relator: Esdras Neves. Julgado em 23.09.2020: “A apresentação de simples recibo de pagamento em **moeda corrente** é insuficiente para comprovar o pagamento do preço do imóvel, porquanto é de conhecimento comum que, salvo em situações criminosas ou bastante peculiares, **ninguém permanece com vultosa quantia fora do sistema bancário**, muito menos **circula com tal montante** e/ou realiza pagamentos dessa quantia em espécie.”

- Entretanto, numa interpretação extensiva, “moeda corrente” também pode assumir o sentido de **dígitos eletrônicos** numa conta bancária:

Tribunal de Justiça de Alagoas. Apelação cível n. 0728925-38.2017.8.02.0001. Relatora: Elisabeth Carvalho Nascimento. Julgado em 07.11.2018:

“Trata-se de Apelação Cível interposta por Nivaldo de Amorim Assis em face da sentença proferida pelo Juízo de Direito da 5ª Vara Cível da Capital às fls. 98/101, a qual julgou improcedente o pedido formulado pelo autor na exordial, nos seguintes termos:

[...]

Ao admitir tão somente o pagamento de compras através de cartão de crédito, vislumbro que a intenção da Ré é tão somente resguardar-se de maiores riscos em tais operações, visto que o vendedor/prestador de serviços, ao receber pagamento por intermédio de cartão de crédito, se coloca a salvo dos efeitos de eventual inadimplência de seus clientes.

Neste passo, mostra-se desarrazoado interferir nesta política de negócios, considerando, sobretudo, que não há nenhum risco ou dificuldade imposta aos compradores, mas tão somente uma restrição ao próprio negócio, o que, na prática, seria desvantajoso apenas para a Ré, haja vista que limita o número de compras que pode operar junto aos Consumidores.

[...]

Assim, ante o exposto e o mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado pelo Autor, NILVADO DE AMORIM ASSIS, diante da ausência de ilegalidade da conduta da Ré, SAMSUNG ELETRÔNICA DA AMAZÔNIALTDA., nos termos do art. 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil.

Condeno o Autor ao pagamento das custas judiciais e honorários advocatícios, os quais arbitro em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), com fulcro nos arts. 85, parágrafos 2º e 8º e 86, do Novo Código de Processo Civil, monetariamente corrigido, ficando a exigibilidade desta obrigação sob condição suspensiva, por ser o Autor beneficiário da Assistência Judiciária Gratuita, nos termos do art. 98, parágrafo 3º, igualmente do Novo CPC. (Original sem grifos)

Tem-se, na origem, ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais ajuizada por Nivaldo de Amorim Assis em desfavor da Samsung Eletrônica da Amazônia Ltda., onde informa, em síntese, que em meados de 2017, acessou a loja virtual da Ré (galaxy app),

através de seu aparelho telefônico, com o intuito de adquirir aplicativos e temas personalizados para seu telefone.

Suscitou que não conseguiu concluir o processo de compra e efetuar o pagamento, porquanto queria fazê-lo através de boleto ou depósito bancário, visto que era disponibilizado apenas o pagamento através de cartão de crédito.

Assim, requereu: (i) a concessão dos benefícios da justiça gratuita; (ii) a aceitação do pagamento à vista, através de boleto bancário ou outro meio similar, no que concerne à compra de aplicativos e temas personalizados na loja virtual galaxy app e, por fim, (iii) a condenação da empresa ré ao pagamento a título de danos morais, no valor de R\$2.000,00 (dois mil reais).

Proferida a sentença nos termos do parágrafo inaugural, sobreveio o presente recurso de Apelação Cível, na oportunidade, o apelante reitera o pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita, bem como sustenta o desrespeito as regras consumeristas, uma vez que a forma de pagamento, unicamente, por cartão de crédito, enseja a restrição de direitos e se mostra excessivamente onerosa ao consumidor.

Desta forma, requer a demanda seja julgada procedente, reformando a sentença objurgada, a fim de que a apelada seja compelida a aceitar o pagamento por meio de boleto bancário ou outro meio à vista, referente a compra de aplicativos e outros produtos disponibilizados na loja virtual (galaxy app), o pagamento a título de danos morais no valor de R\$2.000,00 (dois mil reais) e a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

[...]

Presentes os requisitos de admissibilidade recursal, pelo que passo a analisar o mérito das razões recursais.

Primeiramente, cumpre destacar que estamos diante de uma típica relação de consumo, razão pela qual se aplica as regras insculpidas na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor.

Por meio do apelo em epígrafe, o apelante se insurge em face da sentença de primeiro grau, que julgou improcedente os pedidos formulados pelo autor/apelante na origem, defendendo, para tanto, que a exigência da empresa apelada *‘em impor ao consumidor a obtenção de um cartão de crédito para viabilizar a compra de seus produtos, é claramente iníqua e abusiva, indo de encontro ao que estabelece o art. 39, §9º, do Código de Defesa do Consumidor’* – fl.112.

Pois bem, entendo que merece prosperar parcialmente as irresignações do recorrente. Explico.

Infelizmente ainda é prática recorrente, principalmente, no ambiente virtual, a aquisição de produto/serviço apenas mediante a utilização de cartão de crédito, ou seja, o fornecedor pensando unicamente em sua comodidade impõe ao consumidor uma única forma de pagamento.

Nesses casos, ainda que disponha de montante suficiente para pagamento em espécie, o consumidor fica impedido de adquirir o produto/serviço ofertado, tendo em vista que outras formas para pagamento à vista, a exemplo de boleto e depósito em conta bancária, muitas vezes, não são disponibilizadas.

Acontece que o art. 39, IX, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, capitula como abusiva a recusa à ‘venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação, regulados em leis especiais’.

Ademais, nos termos do art. 43, da Lei das Contravenções Penais, é ilícita a recusa de moeda de curso legal no país.

[...]

Desta forma, o princípio da autonomia de vontade e a livre contratação não autorizam a lesão aos direitos do consumidor, constitucionalmente assegurados e protegidos, portanto, resta cristalino que a empresa/apelada deve aceitar pagamento à vista (moeda corrente) através de boleto bancário ou outro meio, devendo a sentença ser reformada nesse sentido.

[...]

Diante do exposto, voto em conhecer do presente recurso para, no mérito, dar-lhe parcial provimento, reformando a sentença objurgada, tão somente, para reconhecer o direito do consumidor em realizar a compra mediante moeda corrente, através de boleto bancário ou outro meio à vista, em observância ao art.39, IX do Código de Defesa do Consumidor.”

5. Exercício

Responda às seguintes perguntas:

Em sua opinião, quem julgou o caso da Samsung de forma correta: o juiz de primeira instância ou o Tribunal de Justiça de Alagoas?

Inserir a resposta aqui.

Observe novamente a redação dada pelo professor para esclarecer o âmbito de aplicação das normas brasileiras sobre o assunto. De acordo com a redação do professor, qual a norma (ou quais as normas) do artigo 101 foram aplicadas, *respectivamente*, pelo juiz de primeira instância e pelo Tribunal?

Inserir a resposta aqui.

6. Decisão judicial estrangeira (África do Sul)

B & H Engineering v First National Bank of SA Ltd 1995 (2) SA 279 (AD).

“Este julgamento lida com os direitos de uma instituição bancária que, por engano, paga um cheque que havia sido anteriormente sustado pela emitente. O assunto nos é trazido por meio de uma apelação da decisão proferida pelo juiz Preiss da seção judiciária da província de Transvaal, a qual foi indexada como *First National Bank of SA Ltd v B & H Engineering 1993 (2) SA 41 (T)*. Por motivos de conveniência, eu irei me referir à apelante como *B & H*, ou *recebedora* do pagamento; ao apelado como o *Banco*; e à empresa *Sapco (Pty) Ltd* (a emitente do cheque em questão) como *Sapco*, ou a *emitente*.

Os fatos ocorridos não são objeto de disputa entre as partes. *B & H* e *Sapco* celebraram um contrato no qual ficou estipulado que a empresa *B & H* iria fabricar certos produtos para a *Sapco*. *B & H* cumpriu fielmente as suas obrigações e entregou os produtos para a *Sapco*. A empresa *Sapco* emitiu um cheque do Banco, onde ela possuía uma conta corrente, no valor de R 16.048 em favor da *B & H*. O referido cheque foi entregue para a *B & H*, tendo sido aceito pela empresa como pagamento do preço estipulado no contrato. É pacífica a questão de que a *Sapco* devia a quantia constante no cheque para a *B & H*. No entanto, a *Sapco* sustou o pagamento do cheque antes de ele ter sido apresentado ao Banco para pagamento. É pacífica a questão de que a sustação era injustificada. Sem ter ciência da sustação, a *B & H* apresentou o cheque em uma agência bancária. O Banco, ignorando a existência da sustação, fez o pagamento do valor constante no cheque. Ao fazer isso, o Banco agiu de boa-fé, mas de forma negligente. Nos termos da relação entre o Banco e a sua cliente, o Banco não tinha autorização para debitar a conta da cliente, *Sapco*, porque, como resultado da sustação, ele não tinha permissão adequada para efetuar o pagamento. Dessa maneira, o Banco sofreu uma perda de R 16.048, a qual ele tentou reverter cobrando da *B & H* a restituição desse valor. A ação movida pelo Banco foi bem sucedida na corte *a quo* (inferior). A apelação chegou nesta corte, após a análise do juízo de admissibilidade.

A pretensão do Banco é baseada no enriquecimento sem causa. No caso *Natal Bank, Ltd v Roorda 1903 TH 298*, parecido com o atual caso, a corte sugeriu que o remédio apropriado era a concessão da *condictio indebiti* (na p. 303). [Nota do tradutor: a restituição baseada na *condictio indebiti*, de origem romana, é equivalente à restituição baseada no regime do pagamento indevido do código civil brasileiro, arts. 876-883.] Esse entendimento foi criticado no caso *Govender v*

Standard Bank of South Africa Ltd [1984 \(4\) SA 392](#) (C), nas p. 398 D-E e 400 C-D, pelas razões a seguir expostas. A *condictio indebiti* é cabível quando se quer recuperar um pagamento feito com base numa crença errônea de que existe uma dívida. Entretanto, um banco que paga um cheque sabe que ele não deve nada ao recebedor. O seu erro não se encontra na crença de que ele deve uma quantia de dinheiro ao recebedor do pagamento, mas sim na crença de que ele possui um mandato do emitente do cheque para realizar o pagamento. Em tais circunstâncias, o remédio apropriado não é a *condictio indebiti*, mas a *condictio sine causa*. Esta análise das duas *condictiones* foi seguida na corte *a quo* (p. 44 G-H). Ela também está de acordo com as opiniões expressadas por juristas acadêmicos (vide os artigos citados pela corte *a quo*) e conta com o apoio (corretamente, na minha visão) de ambos os litigantes no atual processo.

No direito romano e no direito romano-holandês, a expressão *condictio sine causa* era aparentemente utilizada em dois sentidos. Em primeiro lugar, ela fazia referência a uma ação que cobria o mesmo território de três *condictiones* específicas: a *condictio indebiti*; a *condictio ob turpem vel iniustam causam* e a *condictio causa data causa non secuta*. Comentadores posteriores a chamaram de *condictio sine causa generalis*. Na época, o termo *condictio sine causa* também foi utilizado para designar uma ação que estava disponível em determinadas circunstâncias em que nenhuma das outras *condictiones* era cabível. Esta é a *condictio sine causa specialis*. Confira, de forma geral, De Vos, *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg*, 3rd ed, p. 29, 71; LAWSA vol. 9, § 75. [Nota do tradutor: o direito comum europeu de base romanista, na forma como era praticado na Holanda, foi transplantado para a África do Sul; assim como o direito comum europeu, na forma como era praticado em Portugal, foi transplantado para o Brasil. A diferença é que tal direito deixou de ser uma fonte formal do direito no Brasil, com a promulgação do primeiro código civil brasileiro em 1916; enquanto ele continua vigente na África do Sul até os dias de hoje, porque até hoje a África do Sul não possui um código civil. Assim, nas decisões judiciais sul-africanas, são citadas normas provenientes diretamente do direito romano, assim como são citados autores tradicionais dos séculos XVI, XVII, XVIII e XIV.]

Não é necessário tentar elucidar qual era o âmbito exato de aplicação da *condictio sine causa specialis*. Pressupondo que tal *condictio* era cabível no presente caso, ambos os litigantes corretamente concordaram que a pretensão do Banco contra a empresa B & H deveria ser bem sucedida, desde que:

1. A empresa B & H tivesse sido enriquecida pelo pagamento do cheque; e
2. Tal enriquecimento tivesse sido injustificado (i.e., *sine causa*).

A primeira questão então é se a B & H foi enriquecida. A situação fática era a de que a empresa Sapco devia à B & H a quantia de R 16.048, tendo lhe entregue um cheque neste valor. O cheque foi pago pelo Banco. Se tal pagamento tivesse quitado a dívida da Sapco; então a B & H iria receber o pagamento dos R 16.048, mas também iria perder a sua pretensão por tal quantia contra a Sapco. Assim, como resultado, a situação da B & H iria permanecer a mesma. Não iria ocorrer qualquer enriquecimento de sua parte. Essas premissas argumentativas foram aceitas por ambas as litigantes. Por outro lado, se o pagamento do cheque não tivesse quitado a dívida da Sapco; então a B & H iria receber o pagamento dos R 16.048, ao mesmo tempo em que manteria o direito de cobrar a dívida da Sapco. *Prima facie* (com certas ressalvas), a B & H iria então ser enriquecida.

A questão central a ser decidida, relacionada ao eventual enriquecimento da recebedora do pagamento, é se o pagamento efetuado pelo Banco foi capaz de quitar a dívida da emitente do cheque. Para encontrar uma resposta, é necessário levar em consideração os efeitos causados pela entrega do cheque na relação contratual entre a emitente e a recebedora. É pacífico que um credor, a quem é devido uma quantia de dinheiro, tem o direito de insistir no cumprimento fiel do contrato, podendo exigir o pagamento em dinheiro vivo (moeda corrente). Entretanto, o pagamento por meio de cheques e outros títulos de crédito se tornou comum na prática comercial, sendo que os credores normalmente concordam em receber o pagamento dessa maneira. Certas normas jurídicas foram elaboradas para regular esse fenômeno. No que se segue, eu irei me referir apenas aos cheques, embora a maioria das normas descritas também se apliquem aos demais títulos de crédito. Em primeiro lugar, o cheque pode ter sido entregue com a intenção de substituir

ou realizar a novação da dívida original. Em tal hipótese, a dívida original iria ser extinta. O credor iria então ficar restrito a quaisquer pretensões que ele pudesse ter com base no título. Tal resultado, no entanto, estaria apenas raramente em consonância com as exigências da prática comercial ou as expectativas dos homens de negócio. Assim, o direito exige uma prova robusta da intenção de novar em tais casos. A entrega de um cheque normalmente não revela a intenção de fazer uma novação da dívida que motivou a sua emissão, mas sim a intenção de quitá-la por meio do seu pagamento. Como o credor recebe o seu dinheiro prometido no cheque apenas quando o banco realiza o pagamento, o bom senso comercial exige que a dívida subjacente deveria continuar a existir até o momento em que o credor venha, de fato, a receber o dinheiro. Por outro lado, o credor, tendo aceitado um cheque, deve normalmente postergar a tomada de quaisquer medidas para fazer valer a sua pretensão anterior [de recebimento do dinheiro em moeda corrente], de forma que exista um tempo razoável para a compensação do cheque. (Ver, de maneira geral, *Gordon v Tarnow* [1947 \(3\) SA 525](#) (A) nas p. 540-1; *Adams v SA Motor Industry Employers Association* 1981 (3) AS 1189 (A) nas p. 1199H-1200A.) Caso o cheque não seja honrado, o credor terá autorização então para tomar providências contra o seu devedor. Na prática, ele iria normalmente ajuizar uma ação fundada no não pagamento do cheque, que seria mais vantajosa para ele sob vários aspectos, inclusive em termos de requisitos probatórios e celeridade do processo. Nos casos em que um cheque é entregue, o recebimento do dinheiro por parte do credor é adiado até o momento da compensação do cheque. No entanto, por motivos práticos, não é o pagamento do cheque pelo banco que é considerado como o pagamento da dívida original, mas sim a entrega do cheque, sob a condição suspensiva de que ele seja honrado tempestivamente. Isso significa que, no momento em que o cheque é compensado, com a entrada do dinheiro na conta do credor, ocorre o preenchimento da referida condição. Logo, o pagamento é considerado como tendo sido efetuado na data da entrega do cheque, e não na data em que ele foi compensado. Isto é evidentemente importante nos casos em que o pagamento tem de ser feito numa data certa.

A aceitação de cheques como forma de pagamento de dívidas pecuniárias é uma prática relativamente recente e as nossas cortes têm seguido o direito inglês nesta questão [...]. **[Nota do tradutor: o direito inglês foi recepcionado na África do Sul a partir do século XIX, convivendo com o direito romano-holandês anteriormente transplantado.]** [...] Ver também a decisão em *Eriksen Motors (Welkom) Ltd v Protea Motors, Warrenton and Another* [1973 \(3\) SA 685](#) (A), na p. 693 G, em que o desembargador Holmes afirmou:

‘Em geral, o pagamento por meio de cheque é *prima facie* considerado como pagamento imediato, submetido a uma condição. A condição é a de que o cheque seja honrado no momento em que for apresentado.’

[...] nenhum dos casos citados lidou com os efeitos do pagamento por um banco, a despeito da existência de uma prévia sustação. Na minha visão, esta é uma questão que deve ser decidida de forma principiológica.

O ponto fundamental é o de que estamos lidando com uma relação contratual entre a devedora e a credora. De acordo com a lei, a credora tem o direito de receber o pagamento em dinheiro vivo (moeda corrente), mas ela pode concordar em receber um cheque. Isso necessariamente traz como consequência o fato de que existirá algum atraso (e, de fato, alguma incerteza) no recebimento, pela credora, do dinheiro. A lei regula os respectivos direitos das partes, de forma a acomodar os seus interesses. Uma vez que a credora tenha recebido o seu dinheiro do banco, contudo, o propósito do acordo de aceitação do cheque é alcançado: a credora foi devidamente paga. Por que deveria importar, na relação entre a devedora e a credora, a natureza dos acordos entre o banco e a devedora, e se o banco cumpriu tais acordos? O senhor Serrurier, que argumentou em favor do Banco, concordou que a resposta para tal questão deve ser encontrada no acordo feito entre a credora e a devedora, no momento em que elas concordaram com a realização do pagamento por meio de um cheque. Tal acordo, que pode ser denominado como um **acordo de extinção da dívida**, deveria, ele argumentou, ser interpretado como tendo estipulado que o pagamento por meio de cheque seria condicionado não ao pagamento do cheque *per se*, mas sim ao fato de o banco ser capaz de honrar a ordem da emitente de pagar o cheque, a qual deve existir no momento da realização do pagamento. Em outras palavras, o pagamento feito pelo banco apenas iria

satisfazer tal condição se tal pagamento estivesse, no momento em que foi feito, autorizado pela devedora (emitente do cheque). Se, como no caso atual, houvesse uma sustação do cheque antes do pagamento, a condição não iria, portanto, ser satisfeita, e o pagamento efetuado pelo banco não iria extinguir a dívida original.

O efeito prático da argumentação defendida pelo senhor Sessurier seria a prevalência do acordo entre a devedora (emitente) e o banco *sobre* o acordo de extinção da dívida celebrado entre a devedora e o credora. [...] Nenhuma razão convincente foi sugerida para explicar o motivo pelo qual o acordo de extinção da dívida deveria ser limitado desta maneira. O propósito do direito, como eu illustrei acima, é o de fornecer soluções práticas aos problemas que surgem quando o pagamento é feito por meio de cheque ao invés de dinheiro vivo. Quando visualizamos o ponto de vista da credora, percebemos que ela sacrificou a certeza do recebimento em dinheiro vivo em favor da incerteza e atrasos de um cheque. O principal risco por ela assumido é o de que o banco, por uma razão ou outra, não consiga pagar o cheque. Tal risco é inevitável, pois o banco não está submetido a qualquer dever contratual em relação à portadora do cheque. O risco é, até certo ponto, minorado pelo fato de que a portadora do cheque goza dos privilégios conectados com a posse de um documento líquido (título executivo extrajudicial). Ela pode, se necessário, executar o documento contra a emitente. Todavia, com base na argumentação do Banco, o risco corrido pela credora iria ser majorado. Ela também iria correr o risco de invalidação do pagamento já realizado pelo banco, por falta de autorização da emitente. Eu afirmei anteriormente que o risco de o banco deixar de realizar o pagamento é inevitável. O pagamento feito pelo banco sem autorização, por outro lado, não precisa de forma alguma ser um tipo de risco a ser suportado pela credora. Um acordo de extinção da dívida efetivo alcança o seu propósito quando o credor recebe o dinheiro a que tem direito. Para tais efeitos, não importa se o pagamento foi, como no presente caso, acompanhado de um inadimplemento do contrato entre o Banco e a sua cliente, a emitente. E, de fato, parece altamente indesejável que a recebedora tivesse de ser arrastada para esse imbróglio. Aquele que recebe o pagamento de um cheque normalmente não tem ciência dos termos acordados entre o banco e a pessoa que o emitiu. Em particular, tal recebedor usualmente não iria ter conhecimento a respeito do fato de o seu pagamento ter sido (ou não ter sido) autorizado pelo emitente. De fato, tal questão pode ser objeto de disputa entre o emitente e o banco. Por qual motivo, por exemplo, deveria o recebedor, que foi devidamente pago, ser onerado com a incerteza e o atraso conectados com uma disputa entre o banco e o emitente a respeito da questão de se uma sustação correta havia sido feita? (De fato, tal questão foi litigada no presente caso por um longo período.) Além disso, quando o recebedor apresenta o cheque e recebe o pagamento, ele se desfaz do documento. Se tal pagamento não for validado, e o banco tiver o direito de recuperar o pagamento, o recebedor irá se encontrar numa posição pior do que aquela em que ele estaria se o cheque não tivesse sido honrado. [...]

Mas os problemas vão mais além. Foi argumentado em prol da B & H que, no presente caso, a recebedora perdeu mais do que a posse física do documento. Foi argumentado que o pagamento de um cheque, mesmo nos casos em que ele tenha sido previamente sustado, é capaz de extinguir a sua força executiva, de modo que a recebedora não mais gozaria de quaisquer privilégios nele baseados. [...] Se tal pagamento não pudesse extinguir a dívida original, o acordo de extinção da dívida iria falhar completamente. A dívida da Sapco perante a B & H iria permanecer em aberto, e a B & H nem mesmo poderia gozar dos privilégios relacionados à posse de um documento líquido (cheque).

[...]

A questão imediata é se o pagamento feito pelo Banco teve o efeito de extinguir a dívida da Sapco perante a B & H. A resposta para tal questão depende da natureza exata do acordo de extinção da dívida celebrado entre a Sapco e a B & H e, particularmente, do esclarecimento de se a dívida deveria ser considerada extinta tão somente na hipótese de o pagamento pelo Banco ter sido autorizado pela Sapco.

O fato de o pagamento do cheque pelo Banco, mesmo que não autorizado, ser capaz de tirar a força executiva do cheque é relevante para a elucidação da controvérsia.

O recebimento de um documento líquido é uma das poucas vantagens que o credor obtém do acordo no qual ele aceita receber pagamento por meio de cheque, ao invés de dinheiro vivo. Seria contrário à própria essência de tal acordo de extinção da dívida se pudessem surgir circunstâncias em que o recebedor estivesse sujeito a perder o benefício do seu documento líquido antes que a dívida fosse paga.

Além disso, o recebedor que chega a receber o pagamento tem o direito de presumir que o cheque foi devidamente honrado e que a dívida anterior foi extinta. Seria injusto se tal pressuposição não pudesse ser sustentada, e a dívida continuasse em aberto, com a consequência de que o Banco pudesse posteriormente reclamar a devolução do pagamento. O recebedor iria então ser empurrado de volta para o contrato subjacente. Em tal etapa, o tempo já teria passado, provas poderiam ter sido perdidas ou descartadas e, numa situação extrema, a dívida original já poderia estar prescrita.

[...]

Em suma, por todas as razões acima apontadas, é altamente desejável – do ponto de vista do recebedor – que a dívida que ele tem direito de receber seja considerada como paga quando ele recebe o dinheiro do banco, tenha o pagamento sido autorizado ou não pelo emitente. **[Nota do tradutor: tecnicamente dizendo, o pagamento seria considerado como tendo sido feito na data da entrega do cheque ao recebedor; mas sujeito à condição suspensiva de que o cheque fosse ser posteriormente honrado pelo banco.]**

Agora olhemos para a questão sob o ponto de vista do devedor. Ele tem uma dívida que ele paga por meio de um cheque. O devedor (emitente) não tem o direito, perante o seu credor (recebedor), de inadimplir o acordo de extinção da dívida (toda essa discussão é baseada na premissa de que a dívida anterior é uma dívida válida e exigível). Embora o contrato do devedor com o banco permita que ele faça a sustação do cheque, tal conduta seria considerada como uma quebra do contrato de extinção da dívida entre ele (devedor) e o credor. Caso o banco realize o pagamento, apesar da sustação feita pelo devedor, o contrato de extinção da dívida celebrado entre o devedor e o credor terá sido cumprido; já que o credor (recebedor) irá receber o pagamento por meio do cheque, conforme combinado. Não existe nenhum motivo para que a sustação feita pelo emitente deva perturbar tal resultado. Ao fazer a sustação, no caso litigado, a emitente tentou – ilegalmente e de forma unilateral (i.e., sem o consentimento da recebedora) – frustrar o acordo de extinção da dívida. No final, ela falhou em seu intento; pois o acordo de extinção da dívida alcançou o seu objetivo. A credora (recebedora) recebeu o seu dinheiro. Não há, na minha visão, necessidade ou razões para ignorar tal resultado.

Quanto ao Banco, ele não tinha autorização da sua cliente, a emitente, para fazer o pagamento do cheque. Assim, tal Banco não poderia exercer, contra a emitente ou qualquer outra pessoa, uma pretensão *ex contractu* de reembolso da quantia paga. A sua perda resulta do seu próprio inadimplemento, e o resultado parece justo. O banco, no entanto, não resta completamente desprotegido. Ele normalmente teria uma pretensão baseada no regime do enriquecimento sem causa contra a emitente ou a recebedora.

[...]

Minha conclusão, neste aspecto do caso, é no sentido de que a B & H não foi enriquecida pelo pagamento do cheque em questão; pois – conforme eu expliquei no início deste voto – o seu recebimento da quantia constante no cheque foi contrabalanceado pela perda da sua pretensão contra a Sapco. A sua posição financeira líquida permaneceu imutável. Consequentemente, a pretensão do Banco contra a B & H – baseada na *condictio sine causa specialis* – não deveria ter sido acolhida na corte *a quo*. Portanto, não é necessário apreciar as questões adicionais que nos foram postas e, em particular, a questão de se o pagamento teria sido feito *sine causa*.

A consequência é que o Banco não tinha o direito, neste caso, de reclamar perante a recebedora a restituição do pagamento. Em princípio, o Banco iria possuir, em minha visão, uma pretensão de restituição do enriquecimento contra a emitente. Como resultado do pagamento feito pelo Banco à empresa B & H, a empresa Sapco foi exonerada da sua obrigação perante a B & H. Dessa forma,

a Sapco se enriqueceu, de maneira injustificada, às custas do Banco. Stassen e Oelofse (op cit., p. 145) sugerem que o remédio disponível ao Banco em tais circunstâncias é baseado numa situação similar à da gestão de negócios (*quasi negotiorum gestio*). [...] É desnecessário decidir se os princípios da *quasi negotiorum gestio* são aplicáveis de forma rígida e literal a fatos como os do presente caso. Ainda que não sejam aplicáveis, o caso atual é tão proximamente análogo – e a necessidade de uma solução equitativa é tão premente – que uma ação fundamentada no enriquecimento sem causa deveria ser permitida (cf. Kommissaris van Binnelandse Inkomste en 'n Ander v Willers en Andere 1994 (3) SA 283 (A), na p. 333C-E). É claro que isso não significa que, nos casos em que o seu pagamento não autorizado foi capaz de extinguir uma dívida do emitente, o banco irá invariavelmente ter direito de cobrar do emitente a restituição integral do pagamento. A existência do enriquecimento é sempre uma questão fática, a ser provada nos autos do processo. Assim, por exemplo, o banco poderia ter pago uma dívida que estava na iminência de prescrever; ou ele poderia ter pago enquanto as partes estavam negociando uma redução da dívida; etc. Além disso, em circunstâncias excepcionais, o emitente pode ter um interesse no não pagamento da dívida. Em tais casos, a corte poderia considerar que, mesmo que o emitente tivesse sido enriquecido, o banco não iria ter o direito de obter a restituição deste enriquecimento. [...] No presente caso, não parece haver circunstâncias excepcionais do tipo que eu descrevi imediatamente acima e o Banco iria possuir, na minha visão, *prima facie* ao menos, uma pretensão de restituição contra a emitente; devido ao fato de que o pagamento feito à recebedora extinguiu a dívida da referida emitente. Caso não houvesse uma dívida subjacente válida, a solução seria obviamente diferente. Um banco se encontra, portanto, na difícil posição de não saber quem teria sido enriquecido, se o emitente ou o recebedor, até que ele consiga esclarecer os fatos e as circunstâncias das partes e, especialmente, o seu relacionamento. Tais fatos podem ser obscuros ou ser objeto de disputa. Me parece que em situações complicadas, este problema pode eventualmente ser contornado através da conexão de ações contra o emitente e o recebedor, colocando ambos como réus em litisconsórcio passivo, nos termos da Regra 10 (3) da Lei Uniforme de Regras da Corte. Pelos motivos acima expostos, a apelação é admitida com pagamento de custas, incluindo honorários advocatícios de duas bancas de advogados. A sentença da corte *a quo* é cassada e substituída nos seguintes termos: a pretensão do autor é indeferida com sua condenação a pagar os custos do processo. [Nota do tradutor: o autor (Banco) não conseguiu obter a restituição do pagamento feito à empresa ré (B & H), sem autorização da emitente do cheque (Sapco). A corte sugeriu que o Banco tem o direito de cobrar a restituição do enriquecimento obtido pela Sapco com a extinção da sua dívida, embora essa questão não fosse objeto do processo e nem a Sapco fosse parte do processo.]

7. Exercício

Em sua opinião, a decisão judicial sul-africana – no que concerne à **natureza condicional** do pagamento feito por cheque – está de acordo com as normas do direito brasileiro que estipulam a forma do pagamento de prestações pecuniárias, conforme interpretadas pelo professor?

Inserir a resposta aqui.

Em sua opinião, é possível dizer – no contexto da decisão judicial sul-africana – que o banco foi capaz de **transferir a propriedade** do dinheiro dado à portadora do cheque, **tornando válido** o pagamento (vide o material elaborado pelo professor sobre a transferência da propriedade; vide o material sobre os requisitos gerais para a validade do pagamento, assim como o material que lida com os requisitos específicos para a validade do pagamento efetuado por terceiros)? Para resolver a questão da transferência da propriedade, dou as dicas 1 e 2. Para resolver a questão da validade do pagamento, dou a dica 3. **Dica 1:** o dinheiro entregue à portadora do cheque pertencia ao banco, não à devedora emitente. **Dica 2:** havia uma (ou, talvez, mais de uma) causa justificadora da transferência da propriedade, que era o contrato original entre a devedora Sapco, em benefício de quem o banco fez o pagamento, e a credora B & H (e, talvez, se a forma de pagamento por meio

de cheque não estivesse prevista no contrato original, o acordo de extinção da dívida tacitamente celebrado entre a Sapco e a B & H no momento da entrega do cheque). [Atenção: como o dinheiro entregue pelo banco é um bem fungível, ele poderia em tese se misturar com o dinheiro da B & H, fazendo com que ela adquirisse a propriedade do dinheiro por esse motivo, conforme o art. 1272 do código civil brasileiro. Entretanto, vamos pressupor que o dinheiro não se misturou, tendo sido pago em dinheiro vivo, ele permaneceu num malote separado. O objetivo desta questão é testar o conhecimento dos alunos a respeito das hipóteses de aquisição **derivativa** da propriedade (quer dizer, quando alguém tem a intenção de transferir para o outro), e não as hipóteses de aquisição original. Além disso, não vamos imaginar a hipótese de o dinheiro ter sido pago através de transferência bancária, pois isso introduziria complicações desnecessárias para a nossa análise.] **Dica 3:** a concordância da credora com o recebimento da prestação oferecida pelo terceiro (banco) supre a necessidade de obtenção do consentimento da devedora.

Inserir a resposta aqui.

Em sua opinião, a decisão judicial sul-africana – no que concerne ao **direito de regresso** do banco contra a devedora emitente do cheque – está de acordo com as normas que lidam com o pagamento por terceiros (vide o material elaborado pelo professor sobre o assunto)?

Inserir a resposta aqui.

Elaborado por Flávio Ferreira para a disciplina de Teoria Geral das Obrigações.

Pagamento por Terceiro

1. Referências bibliográficas:

HUGO, Charl. Payment. In: MacQUEEN, Hector e ZIMMERMANN, Reinhard (org.). **European Contract Law: Scots and South African Perspectives**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2006, p. 230-248.

LANDO, Ole e BEALE, Hugh (org.). **Principles of European Contract Law. Parts I and II**. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 2000 (art. 7:106 e 8:107).

WHITTAKER, Simon. Performance of another's obligation: French and English law contrasted. In: JOHNSTON, David e ZIMMERMANN, Reinhard (org.). **Unjustified enrichment: key issues in comparative perspective**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 433-457.

MacQUEEN, Hector L. Payment of another's debt. In: JOHNSTON, David e ZIMMERMANN, Reinhard (org.). **Unjustified enrichment: key issues in comparative perspective**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 458-489.

2. Esclarecimento do âmbito de aplicação das normas do código civil brasileiro sobre o assunto, por meio de uma redação mais clara das suas normas:

Artigo 101: Efeitos do pagamento inválido

(1) O terceiro que oferece o pagamento não assume, perante o credor, o compromisso de realizar um pagamento válido; a não ser que o referido terceiro tenha anteriormente celebrado com o credor um contrato de assunção de dívida.

(2) Caso, por algum motivo, o pagamento seja considerado inválido, o credor poderá cobrar do devedor. Entretanto, exceto nos casos em que o terceiro tenha pago com o consentimento do devedor, o credor não poderá exigir do devedor uma indenização pelos prejuízos sofridos em virtude do inadimplemento do terceiro.

Artigo 102: Consentimento do credor e do devedor

(1) Exceto quando o credor puder ser prejudicado, pelo fato de o contrato ter sido concluído tendo-se em vista as qualidades pessoais do devedor, o cumprimento da prestação poderá ser feito por terceiro, ainda que contra a vontade do credor, desde que:

- (a) o terceiro (interessado ou não) atue com o consentimento do devedor; ou
- (b) o terceiro pague em nome do devedor, em virtude do poder de representação que lhe é conferido pela gestão de negócios; ou
- (c) o terceiro tenha um interesse legítimo no cumprimento e o devedor não tenha cumprido o contrato – ou reste claro que não o cumprirá – no tempo devido.

(2) Respeitada a norma anterior, o terceiro interessado poderá pagar sem a obtenção do prévio consentimento do devedor.

(3) Em qualquer caso, na hipótese de o devedor não ter cumprido o contrato no tempo devido ou de restar claro o seu futuro inadimplemento, o terceiro (interessado ou não) poderá pagar com o consentimento do credor, independentemente da obtenção do prévio consentimento do devedor.

Artigo 103: Direito de regresso do terceiro

(1) Exceto quando a intenção do terceiro fosse a de realizar uma liberalidade, ou quando o devedor pudesse ter legítima e permanentemente se recusado a pagar ao credor, o terceiro que pagou tem direito a obter do devedor a restituição do equivalente ao que foi pago, na medida do enriquecimento do referido devedor. Em caso de gestão de negócios, a restituição devida ao terceiro será calculada de acordo com as normas daquele regime jurídico.

(2) Em princípio, o direito de regresso do terceiro não poderá ser exercido antes da data em que teria vencido a obrigação originalmente devida pelo devedor.

(3) Caso exista um contrato entre o terceiro e o devedor, que regule o direito de regresso do terceiro, tal direito deverá ser exercido de acordo com os termos do contrato.

Artigo 104: Efeitos sub-rogatórios do pagamento

Caso o terceiro possa exercer o direito de regresso contra o devedor, ocorrerá a subrogação em favor:

- (a) do terceiro não interessado que paga com o consentimento do devedor;
- (b) do terceiro interessado;
- (c) do terceiro a quem o credor transferiu expressamente as suas garantias e privilégios;
- (d) do credor que paga aos demais credores a dívida do devedor comum.

3. Normas do código civil brasileiro

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.

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.

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.

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.

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.

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.

Art. 861. Aquele que, sem autorização do interessado, intervém na gestão de negócio alheio, dirigi-lo-á segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono, ficando responsável a este e às pessoas com que tratar.

Art. 869. Se o negócio for utilmente administrado, **cumprirá ao dono as obrigações contraídas em seu nome**, reembolsando ao gestor as despesas necessárias ou úteis que houver feito, com os juros legais, desde o desembolso, respondendo ainda pelos prejuízos que este houver sofrido por causa da gestão.

Art. 871. Quando alguém, na ausência do indivíduo obrigado a alimentos, por ele os prestar a quem se devem, poder-lhes-á reaver do devedor a importância, ainda que este não ratifique o ato.

Art. 872. Nas despesas do enterro, proporcionadas aos usos locais e à condição do falecido, feitas por terceiro, podem ser cobradas da pessoa que teria a obrigação de alimentar a que veio a falecer, ainda mesmo que esta não tenha deixado bens.

Parágrafo único. Cessa o disposto neste artigo e no antecedente, em se provando que o gestor fez essas despesas com o simples intento de bem-fazer.

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, **se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido. (Por exemplo, se o empobrecido puder cobrar com base num contrato ou com base em outra norma do ordenamento, como as normas da responsabilidade civil extracontratual ou as normas da gestão de negócios. O regime do enriquecimento tem caráter subsidiário.)**

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.

(Embora o código não diga expressamente, os devedores, pelo inadimplemento de terceiros a quem tenham delegado o cumprimento do contrato ou autorizado o pagamento.)

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

4. Exercício

Aponte, na coluna da direita, quais as normas do código civil brasileiro que serviram de inspiração para a redação dada pelo professor a respeito do assunto.

REDAÇÃO DO PROFESSOR	NORMAS DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO
ARTIGO 101	
ARTIGO 102	
ARTIGO 103	
ARTIGO 104	

REGULAMENTAÇÃO IDEAL DO REGIME JURÍDICO DA INDENIZAÇÃO

(regras-modelo elaboradas pelo professor)

SUMÁRIO

Seção 1: Os danos patrimoniais cabíveis ao adquirente e ao alienante

Artigo 1:101: Danos cabíveis ao credor adquirente

Artigo 1:102: Danos cabíveis ao devedor adquirente

Artigo 1:103: Danos cabíveis ao credor alienante

Artigo 1:104: Danos cabíveis ao devedor alienante

Seção 2: Benefícios e prejuízos resultantes do inadimplemento

Artigo 2:101: Compensação dos benefícios com os prejuízos

Seção 3: Definição e forma de calcular os tipos de danos patrimoniais indenizáveis

Artigo 3:101: Perda resultante da privação da prestação alheia

Artigo 3:102: Perda com uma transação substituta

Artigo 3:103: Perda do lucro esperado com o recebimento da prestação

Artigo 3:104: Perda do lucro que o credor teria obtido com o uso produtivo da prestação a ser recebida (lucro cessante)

Artigo 3:105: Perda com o custo de complementação da prestação e com o custo de reparo

Artigo 3:106: Perda com a diminuição do valor da prestação

Artigo 3:107: Despesas com o recebimento da prestação alheia

Artigo 3:108: Perda com a prestação conferida pelo credor ao devedor

Artigo 3:109: Perda com a cobrança da prestação devida

Artigo 3:110: Perda com danos atípicos

Seção 4: Interação entre os tipos de danos patrimoniais indenizáveis

Artigo 4:101: Transação substituta ou custo de complementação, custo de reparo e indenização pela diminuição do valor da prestação

Artigo 4:102: Transação substituta ao invés de lucro esperado com o recebimento da prestação

Artigo 4:103: Credor adquirente que age como intermediário

Artigo 4:104: Custo de reparo ou diminuição do valor de mercado da prestação

Artigo 4:105: Lucro cessante ou o dano da transação substituta/conserto da prestação

Artigo 4:106: Lucro cessante/danos emergentes da privação do dinheiro ou juros

Artigo 4:107: Custos do credor com o cumprimento da sua própria prestação ou perda com a prestação conferida pelo credor ao devedor

Seção 5: Circunstâncias em que cabe indenização com base na proteção do interesse negativo

Artigo 5:101: Proteção do interesse negativo

Seção 6: Nexos de causalidade entre o inadimplemento e o dano

Artigo 6:101: Incerteza quanto ao nexos de causalidade

Seção 7: O dever de mitigar o dano

Artigo 7:101: Escopo e consequências do descumprimento do dever

Artigo 7:102: Ganhos obtidos com o tempo liberado para o credor

Artigo 7:103: Danos suplementares

Seção 8: Redução da indenização em caso de danos extremamente elevados

Artigo 8:101: Redução com base no grau de risco assumido pelo devedor

Seção 9: Indenização pré-fixada por cláusula contratual

Artigo 9:101: Cláusulas que fixam o montante da indenização

Seção 1: Os danos patrimoniais cabíveis ao adquirente e ao alienante

Artigo 1:101: Danos cabíveis ao credor adquirente

Em princípio, o credor adquirente pode cobrar indenização dos seguintes danos:

- (1) Perda com uma transação substituta.
- (2) Perda do lucro patrimonial que ele teria obtido com o uso produtivo da prestação a ser recebida (lucros cessantes).
- (3) Danos emergentes resultantes da privação do uso e fruição da prestação devida pela outra parte.
- (4) Despesas relacionadas com a cobrança da prestação devida pela outra parte.
- (5) Despesas com o recebimento da prestação alheia.
- (6) Despesas e prejuízos que sofreu por não ter recebido a prestação conforme o combinado (custo de complementação da prestação, reparo, diminuição do valor da prestação).
- (7) Danos atípicos.

Artigo 1:102: Danos cabíveis ao devedor adquirente

Em princípio, o devedor adquirente pode cobrar indenização dos seguintes danos:

- (1) Com ressalvas, os mesmos tipos de dano cuja indenização seria permitida ao credor adquirente.
- (2) Prejuízos com a oferta infrutífera de pagamento; com um aumento não esperado de despesas para a realização de novo pagamento; com a conservação da coisa (dinheiro) até a realização do pagamento ou a extinção da sua obrigação; com eventuais procedimentos judiciais ou extrajudiciais para fazer o pagamento em consignação.

Artigo 1:103: Danos cabíveis ao credor alienante

Em princípio, o credor alienante pode cobrar indenização dos seguintes danos:

- (1) Perda com uma transação substituta ou perda do lucro, de caráter objetivo, que ele teria obtido com o recebimento da prestação alheia ou custo das despesas incorridas por ter confiado no cumprimento do contrato inadimplido pela outra parte.
- (2) Perda do lucro patrimonial que ele teria obtido com o uso produtivo da prestação a ser recebida (lucros cessantes). Em se tratando da privação do uso do dinheiro, o pagamento de juros é capaz de reparar, integral ou parcialmente, a perda dos lucros cessantes.
- (3) Danos emergentes resultantes da privação do uso e fruição da prestação devida pela outra parte (incluindo-se a ausência de ressarcimento pelas despesas já incorridas pelo credor alienante, se alguma, com o objetivo de cumprir a sua própria prestação). Em se tratando da privação do uso do dinheiro, o pagamento de juros é capaz de reparar, integral ou parcialmente, tais danos.
- (4) Despesas relacionadas com a cobrança da prestação devida pela outra parte.
- (5) Despesas com o recebimento da prestação alheia (excepcionalmente).
- (6) Perda da prestação conferida pelo credor ao devedor.

Artigo 1:104: Danos cabíveis ao devedor alienante

Em princípio, o devedor alienante pode cobrar indenização dos seguintes danos:

- (1) Com ressalvas, os mesmos tipos de dano cuja indenização seria permitida ao credor alienante.
- (2) Prejuízos com a oferta infrutífera de pagamento; com um aumento não esperado de despesas para a realização de novo pagamento; com a conservação da prestação devida até a realização do pagamento ou, na hipótese de resolução do contrato, até a data em que o devedor poderia razoavelmente fazer o pagamento numa transação substituta; com eventuais procedimentos judiciais ou extrajudiciais para fazer o pagamento em consignação.
- (3) Custos para efetuar a alienação da prestação para terceiros, caso o devedor alienante tenha autorização para realizar tal ação sem resolver o contrato e o credor tenha perdido o seu direito de purgar a mora. O devedor alienante estará exonerado do seu dever de cumprimento com a transferência – ou o pagamento em consignação – ao credor do dinheiro arrecadado, na hipótese de restar um saldo positivo para o credor, após a dedução da prestação devida pelo credor ao devedor (na medida em que ela não tenha sido paga) e após a dedução de toda a indenização devida.

Seção 2: Benefícios e prejuízos resultantes do inadimplemento

Artigo 2:101: Compensação dos benefícios com os prejuízos

(1) O montante da indenização devida pelo devedor ao credor deverá ser correspondentemente reduzido na medida em que tal credor tenha obtido benefícios que ele não teria obtido não fosse o inadimplemento do devedor.

(2) Esta norma não se aplica ao pagamento de prêmios por seguros que tenham sido contratados e pagos pelo credor para cobrir o risco do inadimplemento do devedor, exceto na hipótese de as partes terem expressamente estipulado em sentido contrário.

Seção 3: Definição e forma de calcular os tipos de danos patrimoniais indenizáveis

Artigo 3:101: Perda resultante da privação da prestação alheia

(1) O credor, adquirente ou alienante, tem direito de ser indenizado pelos danos emergentes resultantes da privação do uso e fruição da prestação devida pela outra parte. No caso do credor alienante, tais danos podem incluir os danos sofridos pela privação do dinheiro que ele esperava receber:

- (a) em primeiro lugar, para quitar as despesas que ele teria tido para cumprir as suas próprias obrigações contratuais; e
- (b) em segundo lugar, para gozar o lucro objetivo que ele teria tido com o recebimento da prestação alheia, se algum.

(2) Em caso de materialização dos danos do credor alienante aqui especificados, devido ao fato de o montante do preço já recebido pelo credor, na ocasião do inadimplemento do devedor, ser insuficiente para cobrir as despesas já incorridas e satisfazer o lucro objetivo esperado, se algum; o credor alienante terá o direito de cobrar uma indenização suplementar que seja suficiente para ressarcir o prejuízo decorrente do atraso no pagamento da quantia faltante. O período de tempo relevante para a materialização do prejuízo, decorrente da quantia faltante, é aquele que se inicia a partir da data do inadimplemento e se estende até a data da obtenção, pelo credor alienante, da quantia de dinheiro anteriormente mencionada; ou até a data em que tal credor pudesse tomar providências para mitigar o seu prejuízo. O ressarcimento do prejuízo resultante do atraso é cabível tanto na hipótese de subsistência quanto na hipótese de extinção da relação contratual promovida pelo credor.

(3) Em relação ao prejuízo resultante do atraso anteriormente mencionado, tal prejuízo poderá ser calculado, salvo na hipótese de produção de provas específicas sobre o montante exato do dano, com base nos juros incidentes sobre o montante da soma de dinheiro acima especificada. A taxa de juros aplicável, o termo inicial e final de sua incidência, bem como outros aspectos dessa forma de indenização são reguladas pelo artigo 4:106.

(4) Caso seja possível a realização de uma transação substituta, o credor alienante também terá o direito de receber, na medida em que ele ainda não tenha sido compensado pela parte do preço que já tenha sido paga, uma indenização pelo valor das suas despesas já incorridas, que não possam ser reaproveitadas numa transação substituta, acrescida de uma indenização pelo dano sofrido com a realização da referida transação substituta. Tal indenização é cabível até o limite máximo do preço combinado no contrato, sendo a sua cobrança admitida apenas na hipótese de não ser mais permitida a realização da prestação por parte do devedor inadimplente.

(5) Caso seja inviável a realização de uma transação substituta, o credor alienante também terá o direito de receber, na medida em que ele ainda não tenha sido compensado pela parte do preço que já tenha sido paga, uma indenização pelo valor das suas despesas já incorridas, acrescida de uma indenização pela perda do lucro objetivo esperado, se algum. Tal indenização é cabível até o limite máximo do preço combinado no contrato, sendo a sua cobrança admitida apenas na hipótese de não ser mais permitida a realização da prestação por parte do devedor inadimplente.

(6) O credor, adquirente ou alienante, na hipótese de purgação da mora por parte do devedor, terá o direito de ser indenizado pelas despesas de cumprimento que – em virtude do inadimplemento – lhe tenham sido acrescidas.

Artigo 3:102: Perda com uma transação substituta

- (1) O dano sofrido pelo credor é representado pela diferença – em seu prejuízo – entre o preço de mercado que teria de ser pago numa transação substituta logo após a resolução do contrato e o preço combinado no contrato inadimplido.
- (2) Alternativamente, na hipótese de o custo de cumprimento da prestação devida pelo credor variar de cliente para cliente, o dano sofrido pelo credor será representado pela diferença – em seu prejuízo – entre o lucro que o referido credor obteria com uma transação substituta logo após a resolução do contrato e o lucro que ele teria obtido no contrato inadimplido.
- (3) Caso a prestação devida pelo devedor inadimplente ainda não tenha vencido, o preço da transação substituta será calculado com base no preço atual desta transação (logo após a resolução do contrato) com data de execução futura (data de vencimento que foi fixada no contrato inadimplido).
- (4) Eventualmente, caso o credor ainda não tenha obtido a restituição da prestação por ele conferida até a data da resolução do contrato, o momento no tempo relevante para a realização de uma transação substituta não é o período imediatamente posterior à resolução do contrato, mas o período imediatamente posterior à obtenção, pelo credor alienante ou adquirente, da restituição da prestação conferida ao devedor inadimplente; desde que a realização de uma transação substituta por tal credor se mostre extremamente onerosa ou impossível logo após a resolução do contrato.
- (5) Não há dano – ou, ao menos, há um dano menor do que o que seria calculado com base nas normas anteriores (transação substituta hipotética) – na medida em que o credor tenha realizado uma transação substituta concreta mais vantajosa do que aquela prevista nas normas anteriores.
- (6) Em princípio, salvo na hipótese de realização de uma transação substituta concreta mais vantajosa, o critério a ser utilizado para a mensuração do dano é o critério da transação substituta que deveria ser idealmente realizada (transação substituta hipotética). Entretanto, desde que a transação substituta efetivamente realizada (transação substituta concreta) não difira substancialmente daquela que deveria ter sido idealmente realizada, e desde que o credor estivesse agindo de boa-fé e tenha realizado uma pesquisa razoável antes de efetuar a transação, então o dano poderá ser mensurado de acordo com o critério da transação substituta efetivamente realizada.
- (7) Este tipo de dano somente pode ser indenizado na hipótese de não ser mais permitida a realização da prestação por parte do devedor inadimplente.

Artigo 3:103: Perda do lucro esperado com o recebimento da prestação

- (1) O lucro, de caráter objetivo, que o credor teria obtido com o recebimento da prestação é representado pela diferença entre o valor combinado para a prestação a ser recebida e o custo variável de cumprimento ou aquisição daquilo que ele teria de dar em troca.
- (2) O montante da indenização poderá ser significativamente reduzido, na hipótese de o devedor adquirente se recusar a receber a prestação oferecida pelo credor alienante, desde que:
 - (a) o benefício auferido pelo devedor com a vinculação jurídica do credor (reserva antecipada da oportunidade de aquisição de um bem ou serviço) seja ínfimo quando em comparação com o montante do dano a ser indenizado; e
 - (b) o inadimplemento do devedor não altere significativamente o planejamento e estruturação das atividades produtivas do credor e nem traga ao credor significativos custos de oportunidade.
- (3) Sem prejuízo da aplicação das normas relativas à mitigação dos danos, nos contratos de execução continuada ou periódica, o lucro objetivo esperado pelo credor alienante deve levar em conta o período de tempo em que o contrato iria provavelmente permanecer vigente se não tivesse ocorrido o inadimplemento do devedor adquirente, dadas as circunstâncias existentes – e conforme poderia ser razoavelmente estimado – na data da resolução do contrato.
- (4) Este tipo de dano somente pode ser indenizado na hipótese de não ser mais permitida a realização da prestação por parte do devedor inadimplente.

Artigo 3:104: Perda do lucro que o credor teria obtido com o uso produtivo da prestação a ser recebida (lucro cessante)

(1) O dano sofrido pelo credor é representado pela diferença – em seu prejuízo – entre o lucro que ele teria ganhado com o uso produtivo da prestação a ser recebida, caso o contrato tivesse sido adequadamente cumprido, e o seu estado patrimonial após o inadimplemento.

(2) Os lucros cessantes, causados pelo inadimplemento do devedor, podem decorrer:

- (a) da cessação ou redução do volume de bens/serviços produzidos pelo credor adquirente, que seriam posteriormente alienados, com o potencial de reduzir o seu volume de vendas; ou
- (b) da redução da qualidade, não alcance da qualidade esperada, ou prejuízo a outras características relevantes dos bens/serviços produzidos pelo credor adquirente, que seriam posteriormente alienados, com o potencial de reduzir a sua margem de lucro e/ou o seu volume de vendas; ou
- (c) do encarecimento – ou da ausência de barateamento – do processo de produção pelo credor adquirente de tais bens/serviços, com o potencial de reduzir a sua margem de lucro e/ou volume de vendas.

Ocorre a cessação ou redução da produção do credor, capaz de provocar uma possível redução do seu volume de vendas, letra “a”, nos casos em que o devedor falha em realizar uma prestação capaz de sustentar o nível de produção que o credor poderia razoavelmente esperar atingir com o uso da referida prestação.

(3) O emprego de diferentes métodos contábeis é admissível para a prova da perda resultante da possível redução do volume de vendas do credor adquirente, se alguma, após o inadimplemento do devedor. Entre os referidos métodos estão a comparação entre a média de lucros obtida por tal credor no período anterior ao inadimplemento do devedor – ou a média projetada de lucros que ele iria obter não houvesse o inadimplemento, levando-se em conta atividades produtivas comparáveis – e os lucros efetivamente auferidos pelo credor após o inadimplemento. Independentemente do método empregado, a projeção dos lucros que o credor iria obter não houvesse o inadimplemento deve levar em conta todos os fatores e circunstâncias capazes de afetar a confiabilidade da referida projeção, tais como as circunstâncias macroeconômicas existentes, tendências da indústria, flutuações sazonais da demanda, surgimento de concorrentes e mudanças de preferência dos consumidores, entre outros. Caso o negócio operado pelo credor tenha caráter recente, inexistindo lucros anteriores ao inadimplemento do devedor, e na hipótese de obtenção de lucros posteriores ao inadimplemento, devido ao fato de o credor ter recebido a prestação de forma tardia, a média de lucros que o credor iria obter se não houvesse o inadimplemento poderá ser projetada com base em tais lucros posteriores ao inadimplemento.

(4) Entretanto, na hipótese de o negócio almejado pelo credor ter caráter recente, ocorrendo a resolução do contrato, tal credor somente poderá cobrar indenização dos lucros cessantes caso ele já tenha feito investimentos significativos, de caráter customizado e não reaproveitáveis em outras atividades econômicas, para o uso produtivo da prestação inadimplida, de maneira que o seu capital reste inutilizado. Dessa forma, não caberá indenização dos lucros cessantes se o credor tiver amplo espaço de manobra para empregar o seu capital em atividades econômicas produtivas. Na hipótese de não cabimento da indenização dos lucros cessantes, o credor poderá cobrar uma indenização que o coloque na posição em que ele estaria caso o contrato nunca tivesse sido celebrado (indenização pela confiança).

(5) Na hipótese de a prestação inadimplida pelo devedor envolver a prestação de serviços contínuos ou a entrega de bens de capital não consumíveis, os lucros cessantes indenizáveis são aqueles materializados, ou que venham a se materializar, da data em que o credor começaria a se beneficiar do uso da prestação alheia, se o devedor tivesse cumprido adequadamente tal prestação, até a data que viesse a ocorrer primeiro, dentre as opções a seguir:

- (a) o credor obtivesse, ou pudesse obter, a prestação por meio de uma transação substituta;
- (b) o credor pudesse adotar medidas para mitigar o seu prejuízo (desde que fosse exigível o seu emprego); ou
- (c) iria acabar a vida útil estimada dos bens de capital não consumíveis cuja entrega era devida.

(6) Na hipótese de a prestação inadimplida pelo devedor envolver a prestação de serviços delimitados ou a entrega de bens de capital consumíveis, utilizados como insumo na produção de outros serviços ou produtos, ou adquiridos com a finalidade de serem revendidos, os lucros cessantes indenizáveis são aqueles materializados, ou que venham a se materializar, da data em que o credor começaria a se beneficiar do uso da prestação alheia, se o devedor tivesse cumprido adequadamente tal prestação, até a data em que, em circunstâncias normais:

(a) seria finalizada a produção e venda dos serviços e produtos fabricados com os insumos adquiridos, na hipótese de tais insumos serem incorporados de forma permanente a tais serviços e produtos, ou, na hipótese de não incorporação em caráter permanente, seria finalizada a utilização dos referidos insumos; ou

(b) seria finalizada a revenda dos bens adquiridos.

Eventualmente, tal período pode ser encurtado em virtude da realização de uma transação substituta ou em virtude do dever atribuído ao credor de mitigar o seu próprio dano.

(7) Na hipótese de a prestação inadimplida pelo devedor envolver a prestação de serviços contínuos ou a entrega de bens de capital consumíveis/não consumíveis, prestados por meio de um contrato de fornecimento de duração determinada celebrado com o referido devedor, os lucros cessantes indenizáveis são aqueles materializados, ou que venham a se materializar, da data em que o credor começaria a se beneficiar do uso da prestação alheia, se o devedor tivesse cumprido adequadamente tal prestação, até o fim do período de fornecimento combinado entre as partes. Eventualmente, tal período pode ser encurtado em virtude da realização de uma transação substituta ou em virtude do dever atribuído ao credor de mitigar o seu próprio dano.

(8) Em qualquer uma das hipóteses acima previstas – números (5), (6) e (7) –, o período dos lucros cessantes indenizáveis cessará na data em que o devedor purgar a sua mora, caso a referida data ocorra antes dos limites temporais acima discriminados.

(9) O período de tempo para a indenização dos lucros cessantes, em qualquer uma das hipóteses acima previstas – números (5), (6) e (7) –, caso o inadimplemento do devedor tenha causado um dano ao credor capaz de prejudicar o uso produtivo de quaisquer outros bens de capital por ele utilizados, deverá ser correspondentemente estendido até a data em que:

(a) o uso de tais bens for restabelecido ou puder ser razoavelmente restabelecido; ou

(b) teria sido interrompido o seu prejuízo, tivesse o credor tomado medidas para a mitigação do dano.

Como danos atípicos, os lucros cessantes previstos neste dispositivo – número (9), bem como eventuais danos emergentes relacionados à perda/deterioração dos bens de capital aqui mencionados – serão indenizados de acordo com o disposto no artigo 3:110 abaixo.

Artigo 3:105: Perda com o custo de complementação da prestação e com o custo de reparo

(1) O dano sofrido pelo credor que tiver despesas para complementar a prestação parcialmente cumprida pelo devedor é representado pelo montante que exceder o preço combinado no contrato inadimplido; depois de serem computadas as despesas de complementação mais os gastos que o credor teve com a obtenção da prestação incompleta e que não lhe foram ressarcidos. O devedor inadimplente, que realizou a prestação incompleta, tem direito de obter/reter a parte do preço necessária para evitar o enriquecimento injustificado do credor.

(2) O dano sofrido pelo credor que tiver despesas para consertar a prestação desconforme oferecida pelo devedor é representado pelo custo do reparo. O custo do reparo pode incluir, eventualmente, o custo da substituição da prestação desconforme por outra equivalente que esteja em conformidade com o contrato, desde que tal medida seja apropriada nas circunstâncias do caso.

(3) Estes tipos de danos somente podem ser indenizados na hipótese de não ser mais permitida a realização da prestação por parte do devedor inadimplente. No caso da indenização do dano resultante da complementação da prestação incompleta, por causa da resolução do contrato efetuada pelo credor. No caso da indenização do dano resultante do reparo da prestação

desconforme, embora mantido o contrato, por causa da extinção do direito do devedor de realizar a cura de tal prestação.

(4) Efetuada ou não a cura da prestação por parte do devedor, o credor terá o direito de cobrar indenização de quaisquer prejuízos relacionados ao conserto da prestação desconforme que não sejam cobertos pelas normas anteriores; tais como despesas que o referido credor tenha incorrido de desinstalação e transporte da prestação desconforme, de transporte e instalação da prestação conforme, entre outras.

Artigo 3:106: Perda com a diminuição do valor da prestação

(1) O dano sofrido pelo credor que recebeu uma prestação em desconformidade com o contrato pode ser calculado com base no prejuízo decorrente da diminuição do valor de mercado de tal prestação. A reparação do dano é feita por meio da redução do preço.

(2) O preço ideal deverá ser calculado por meio da redução do preço combinado no contrato inadimplido de forma proporcional à taxa de redução do valor de mercado da prestação oferecida pelo devedor. Para estimar a referida taxa, deve-se comparar o valor médio que teria uma prestação oferecida em conformidade com o contrato com o valor médio que teria uma prestação oferecida com aquele tipo de desconformidade.

(3) Este tipo de dano somente pode ser indenizado na hipótese de não ser mais permitida a cura da prestação desconforme por parte do devedor inadimplente ou, também, na hipótese de a prestação permanecer com o seu valor de mercado reduzido mesmo após o seu conserto.

Artigo 3:107: Despesas com o recebimento da prestação alheia

O credor que tiver tido despesas para o recebimento da prestação alheia, acrescidas em virtude da mora do devedor, ou que – na hipótese de desfazimento do contrato – não possam ser reaproveitadas numa transação substituta, poderá cobrar indenização suficiente para reparar o dano resultante das despesas efetuadas.

Artigo 3:108: Perda com a prestação conferida pelo credor ao devedor

(1) O credor que tiver conferido uma prestação ao devedor, cuja restituição ao credor fosse devida, poderá sofrer dano representado pelo valor integral ou parcial de mercado da referida prestação, na medida em que:

(a) a restituída em espécie de tal prestação não possa ser efetuada; ou

(b) for justificada a não ocorrência da restituição em espécie de tal prestação, pelo fato de tal restituição trazer prejuízos significativos ao credor ou ao devedor.

(2) Ao invés de cobrar a indenização pelo prejuízo sofrido com o não retorno em espécie da prestação, calculado segundo o critério estipulado na norma anterior, o credor poderá optar por cobrar a restituição do enriquecimento inicialmente conferido para a outra parte, segundo as normas daquele regime jurídico.

(3) Este tipo de dano somente pode ser indenizado na hipótese de não ser mais permitida a realização da prestação por parte do devedor inadimplente.

Artigo 3:109: Perda com a cobrança da prestação devida

O credor que, após o inadimplemento do contrato por parte do devedor, tiver tido despesas (judiciais ou extrajudiciais) com a cobrança da prestação que lhe era devida poderá sofrer dano representado pelo valor de tais despesas. O montante da indenização deverá levar em conta a razoabilidade dos gastos incorridos, assim como os critérios fixados nas normas processuais eventualmente aplicáveis.

Artigo 3:110: Perda com danos atípicos

(1) Quaisquer outros tipos de danos sofridos pelo credor em virtude do inadimplemento do devedor, que não tenham sido previstos nas demais normas ou – ao menos – que não resultem naturalmente do ordinário decurso dos eventos, são considerados danos atípicos.

(2) O credor tem o direito de cobrar indenização para a reparação de tais danos. Entretanto, não cabe indenização para a reparação integral de tais danos se – de acordo com a vontade expressa, tácita ou hipotética das partes contratantes – a possibilidade de sua indenização foi completa ou parcialmente afastada em virtude da ausência de assunção do risco por parte do devedor. Normas

provenientes da legislação, dos costumes ou da boa-fé também podem isentar o devedor, ou atribuir-lhe o risco, de pagar indenização integral pelos danos atípicos causados ao credor.

(3) Em caso de inadimplemento doloso, conforme exposto no artigo 8:101, o devedor responderá integralmente pelos danos atípicos causados ao credor.

Seção 4: Interação entre os tipos de danos patrimoniais indenizáveis

Artigo 4:101: Transação substituta ou custo de complementação, custo de reparo e indenização pela diminuição do valor da prestação

(1) O credor que tem o direito de desfazer o contrato em virtude do inadimplemento do devedor poderá optar entre resolver o contrato e cobrar indenização pelas suas perdas com uma eventual transação substituta ou, alternativamente, mantido o contrato, cobrar indenização pelas suas perdas resultantes do reparo ou diminuição do valor de mercado da prestação desconforme.

(2) A indenização baseada no custo de complementação da prestação incompleta é uma forma especial de indenização do dano resultante da realização de uma transação substituta.

Artigo 4:102: Transação substituta ao invés de lucro esperado com o recebimento da prestação

(1) O credor que, uma vez ocorrida a resolução do contrato, tiver condições de realizar uma transação substituta, deverá cobrar indenização com base na perda que resultaria de tal transação. Ele não terá permissão, em tal caso, para cobrar indenização com base na perda do lucro que ele teria obtido com o recebimento da prestação devida no contrato inadimplido. A indenização com base no lucro somente é permitida na hipótese de ser inviável a realização de uma transação substituta.

(2) A norma prevista no número anterior não se aplica à hipótese prevista no artigo 4:103.

(3) O credor alienante que presta serviços com remuneração por um período de tempo certo, na hipótese de realização de uma transação substituta que não cobre todo o período de tempo em que perdurou o inadimplemento, terá o direito de cobrar indenização baseada no lucro que ele esperava obter no contrato inadimplido, devendo ser descontado do valor da referida indenização o lucro obtido com a transação substituta.

(4) A mesma norma é aplicável na hipótese de a transação substituta cobrir um período de tempo maior do que aquele em que perdurou o inadimplemento, com a ressalva de que o lucro obtido com a transação substituta deverá ser calculado de forma proporcional ao período do inadimplemento.

Artigo 4:103: Credor adquirente que age como intermediário

(1) O credor não poderá cobrar uma indenização do devedor inadimplente com base no critério da suposta perda resultante de uma transação substituta na medida em que ele (credor) consiga repassar o custo do aumento do preço pago em tal transação substituta para um terceiro adquirente, consumidor final do produto que teria de ser entregue pelo devedor inadimplente, em virtude de um contrato entre ele (credor) e o referido terceiro, pelo qual o terceiro havia se comprometido a pagar um preço que refletia os custos de aquisição do referido credor.

(2) Em relação aos custos da transação substituta não repassados ao terceiro, o credor deverá cobrar indenização com base no critério da perda resultante da transação substituta.

(3) Caso o credor não tenha feito uma transação substituta, então ele deverá cobrar indenização com base no lucro que ele teria obtido com o recebimento da prestação devida no contrato inadimplido.

Artigo 4:104: Custo de reparo ou diminuição do valor de mercado da prestação

(1) O credor pode escolher, como critério para o cálculo da sua indenização, entre o custo de reparo e a diminuição do valor de mercado da prestação recebida em desconformidade com o contrato.

(2) Entretanto, o credor deverá optar pelo critério da diminuição do valor da prestação na hipótese de o custo de reparo ser exorbitante; exceto nos casos em que, dadas as circunstâncias e motivos da celebração do contrato, a reparação da prestação desconforme é essencial para satisfazer as expectativas do credor quanto ao uso da referida prestação.

Artigo 4:105: Lucro cessante ou o dano da transação substituta/conserto da prestação

(1) O credor adquirente que for privado da prestação alheia ou que receber uma prestação desconforme, com o objetivo de mitigar os danos caracterizados como lucros cessantes, poderá adquirir uma prestação alternativa (em alguns casos, eventualmente, por meio de uma transação

substituta) ou poderá incorrer em gastos de reparo, desde que a adoção dessas medidas seja recomendável nas circunstâncias do caso concreto a partir de uma análise de custo-benefício.

(2) Os lucros cessantes, na hipótese de o credor ter adquirido a prestação inadimplida com a finalidade de usá-la como um bem de capital consumível, especificamente para ser revendida, são representados pela diferença entre o preço de aquisição da prestação inadimplida e o valor médio de mercado que tal prestação teria tido para a sua revenda, o qual seria estimado no período compreendido a partir da data em que estava programada a sua entrega até a data em que o credor provavelmente conseguiria revendê-la, se o contrato tivesse sido corretamente cumprido.

(3) Por sua vez, na hipótese de o credor adquirente ter realizado uma transação substituta para mitigar os seus lucros cessantes, e desde que a adoção de tal medida fosse recomendável nas circunstâncias do caso, tais lucros cessantes são então representados pela diferença entre o preço de aquisição combinado no contrato inadimplido e o preço obtido na revenda da prestação que foi adquirida na transação substituta. Caso a realização da transação substituta não fosse recomendável, o credor adquirente não poderá se valer dessa fórmula para o cálculo da sua indenização, sendo então os seus lucros cessantes calculados com base na fórmula exposta anteriormente, como se nunca tivesse realizado tal transação.

(4) Nas hipóteses anteriormente descritas, em que o credor pretendia fazer uso da prestação como um bem de capital consumível, especificamente destinado à revenda, o credor adquirente não poderá cobrar indenização dos prejuízos decorrentes da realização de uma transação substituta de forma autônoma e separada da indenização dos lucros cessantes.

(5) Em todas as outras hipóteses, em que o credor pretendia fazer uso da prestação como um bem de capital, mas em que a finalidade da aquisição fosse diversa das hipóteses anteriormente mencionadas, por não envolver o uso da prestação inadimplida como um bem de capital consumível, especificamente destinado à revenda, tal credor terá a opção de cobrar a indenização do prejuízo sofrido com a transação substituta como dano autônomo ou, alternativamente, poderá embutir a indenização desse dano no montante dos lucros cessantes. Além disso, mesmo nos casos em que o uso pretendido era aquele, o credor também terá a opção de cobrar a indenização do prejuízo sofrido com o reparo da prestação desconforme como dano autônomo ou, alternativamente, poderá embutir a indenização desse dano no montante dos lucros cessantes.

(6) Caso opte pela cobrança da indenização desses danos (decorrentes da realização de uma transação substituta ou decorrentes do reparo) de forma autônoma e separada, os prejuízos relacionados aos lucros cessantes serão ordinariamente interrompidos a partir do recebimento da prestação substituta ou a partir do reparo da prestação desconforme, salvo situações em que a prestação substituta seja necessariamente inferior à prestação inadimplida, em sua capacidade de gerar lucros, ou situações em que o reparo seja necessariamente imperfeito, por não restaurar a plena capacidade produtiva que era esperada da prestação inadimplida. Por outro lado, caso opte por embutir a indenização daqueles danos no seio da indenização dos lucros cessantes, o período de tempo coberto pela indenização de tais lucros poderá ser eventualmente estendido para além da data do recebimento da prestação substituta ou da data da realização do reparo, levando-se em conta o tempo necessário para compensar o credor adquirente:

(a) por uma eventual redução da sua margem de lucro, causada pelo fato de ele ter de suportar o custo adicional relacionado à realização da transação substituta, ou o custo do reparo, sem repassá-lo aos seus clientes (redução da margem de lucro causada pela ausência de repasse de custos aos clientes); ou

(b) por uma eventual redução do seu volume de vendas, causada pelo fato de ele embutir o custo adicional relacionado à realização da transação substituta, ou o custo do reparo, no preço de venda do produto final alienado aos seus clientes (redução do volume de vendas causada por um repasse de custos aos clientes).

(7) O credor também poderá fazer a opção entre a indenização dos lucros cessantes ou a indenização, de forma autônoma, de outros tipos de danos que possam ter um impacto nos seus lucros.

Artigo 4:106: Lucro cessante/danos emergentes da privação do dinheiro ou juros

(1) O contratante que deixar de pagar uma dívida pecuniária, ou uma dívida originalmente não pecuniária à qual tenha sido atribuído um valor em virtude de sentença ou acordo entre as partes, terá de indenizar a outra parte pela privação do uso do dinheiro (lucros cessantes e danos emergentes). O credor poderá optar entre provar os seus danos ou realizar a cobrança de juros sobre o valor da dívida existente.

(2) O credor que quiser cobrar juros não precisa provar os prejuízos resultantes da privação do uso do dinheiro. Entretanto, ele poderá cobrar uma indenização suplementar baseada nos seus lucros cessantes ou danos emergentes, desde que prove que os juros são insuficientes para cobrir o seu prejuízo.

(3) O credor não terá o direito de cobrar indenização baseada nos juros se, por causa de uma transação substituta vantajosa ou por causa do recebimento de indenização por outros tipos de danos, não restar configurado o prejuízo pelo não recebimento do dinheiro no tempo devido.

(4) O termo inicial dos juros, nas dívidas líquidas, começa a correr no dia seguinte ao da sua exigibilidade, que pode ser a data de vencimento ou o término do prazo de cumprimento fixados no contrato, a data que decorre de uma interpelação judicial ou extrajudicial em que foi exigido o cumprimento, ou a data da citação em uma ação judicial. O termo inicial dos juros, nas dívidas ilíquidas, começa a correr no dia seguinte ao da data da citação. O termo final dos juros é o da data do pagamento da dívida ou o da data do recebimento de uma vantagem patrimonial que compense o não pagamento da dívida.

(5) Os contratantes podem fixar a taxa de juros aplicável, desde que ela não possua caráter abusivo. Caso não o façam, ou caso a sua fixação deva ser considerada nula, o valor da referida taxa será fixado de acordo com os critérios previstos no ordenamento jurídico.

(6) O credor não poderá cobrar indenização com base nos juros na medida em que, pelo emprego de medidas razoáveis, ele pudesse evitar os prejuízos resultantes da privação do uso do dinheiro.

Artigo 4:107: Custos do credor com o cumprimento da sua própria prestação ou perda com a prestação conferida pelo credor ao devedor

O credor que tiver tido despesas para o cumprimento da sua própria prestação e que tenha sofrido dano, conforme definido no artigo 3:101 (1) (a), poderá optar entre a cobrança da indenização desse dano, segundo o procedimento previsto no artigo 3:101 (4) ou (5), ou poderá optar pela cobrança da indenização do dano sofrido com a perda da prestação por ele conferida ao devedor, segundo o procedimento previsto no artigo 3:108, na medida em que tais despesas tenham sido convertidas na prestação por ele conferida. É proibido o cúmulo das respectivas pretensões indenizatórias. Entretanto, a indenização das despesas remanescentes do credor que não tenham sido convertidas na prestação por ele conferida poderá ser cumulada com a indenização do dano sofrido com a perda da referida prestação.

Seção 5: Circunstâncias em que cabe indenização com base na proteção do interesse negativo

Artigo 5:101: Proteção do interesse negativo

(1) Caso o credor tenha dificuldades de provar os danos sofridos com base nas fórmulas contidas nas regras anteriores (indenização pela expectativa), então o referido credor poderá optar por cobrar uma indenização que o coloque na posição em que ele estaria na hipótese de o contrato nunca ter sido celebrado (indenização pela confiança).

(2) O credor alienante não poderá cobrar uma indenização pelas despesas efetuadas no cumprimento da sua própria prestação que exceda o montante do preço combinado no contrato inadimplido.

(3) O credor adquirente não poderá cobrar uma indenização pelas despesas efetuadas para o melhor aproveitamento da prestação inadimplida que exceda o montante do proveito que ele poderia razoavelmente esperar obter por meio do gozo da referida prestação.

Seção 6: Nexos de causalidade entre o inadimplemento e o dano

Artigo 6:101: Incerteza quanto ao nexo de causalidade

Os danos indenizáveis são apenas aqueles que decorrem diretamente do inadimplemento de algum dever contratual por parte do devedor. Caso exista alguma incerteza quanto ao nexo de causalidade, o montante da indenização poderá ser reduzido equitativamente para refletir o grau de incerteza quanto ao referido nexo.

Seção 7: O dever de mitigar o dano

Artigo 7:101: Escopo e consequências do descumprimento do dever

Exceto nos casos em que:

- (a) a mitigação dos danos possa ferir interesses fundamentais do credor; ou
 - (b) exista uma cláusula contratual, de caráter não abusivo, afastando o dever de mitigação;
- o credor tem o dever de mitigar os seus danos. Quaisquer danos por ele sofridos em virtude do descumprimento de tal dever não serão indenizáveis.

Artigo 7:102: Ganhos obtidos com o tempo liberado para o credor

Quaisquer ganhos obtidos pelo credor, que tenham se tornado possíveis por causa do tempo extra que lhe foi liberado por não estar mais obrigado a cumprir as suas obrigações no contrato inadimplido pelo devedor, serão utilizados para abater o valor da indenização devida pelo devedor ao credor.

Artigo 7:103: Danos suplementares

Quaisquer despesas incorridas pelo credor no cumprimento do seu dever de mitigação poderão ser cobradas pelo referido credor como parte dos danos indenizáveis.

Seção 8: Redução da indenização em caso de danos extremamente elevados

Artigo 8:101: Redução com base no grau de risco assumido pelo devedor

(1) Os danos sofridos pelo credor que tenham um valor extremamente elevado, em comparação com o valor da prestação devida por tal credor ao devedor inadimplente, não serão integralmente indenizados caso o devedor não tenha assumido validamente o risco de pagar tão elevada indenização ao seu credor.

(2) Presume-se que o devedor não tenha assumido o risco de pagar uma indenização exorbitante nos casos em que:

- (a) o credor tenha grande capacidade para mitigar ou tomar providências para se proteger contra as consequências negativas do inadimplemento do devedor; ou
- (b) o devedor tenha maior dificuldade para estimar a probabilidade do seu inadimplemento, tomar precauções para reduzir as chances da sua ocorrência ou, na hipótese de ser obrigado a indenizar a outra parte, se proteger contra as consequências negativas do inadimplemento no seu patrimônio.

(3) Entretanto, a ausência de assunção do risco será ignorada, devendo então o devedor pagar uma indenização integral, na hipótese de o inadimplemento do contrato por parte do devedor ter sido doloso.

Seção 9: Indenização pré-fixada por cláusula contratual

Artigo 9:101: Cláusulas que fixam o montante da indenização

(1) Uma cláusula contratual (denominada cláusula penal), desde que não seja abusiva, poderá estipular determinada quantia, a título de indenização pelo inadimplemento, em substituição ao montante que seria fixado com base na aplicação das regras anteriores. Tal quantia também pode ser estipulada como o valor a ser minimamente indenizado. O credor não precisa provar o seu prejuízo para cobrar a quantia estipulada, seja na hipótese de a referida quantia ter sido estipulada em substituição à indenização ou na hipótese de ela ter sido estipulada como o valor mínimo da indenização.

(2) Entende-se que a quantia foi fixada como o valor a ser minimamente indenizado na hipótese de o credor ter se reservado, de forma ampla ou restrita, o direito de cobrar indenização suplementar. Em tal hipótese (quantia fixada como o mínimo indenizatório), a cláusula contratual poderá esclarecer se o montante dos danos a serem provados pelo credor deverá ser incluído na referida quantia, cabendo indenização suplementar daquilo que exceder a quantia, ou se o montante dos

danos a serem provados pelo credor poderá ser indenizado de maneira separada, cabendo indenização suplementar do montante total dos danos provados sem prejuízo da cobrança do valor integral da quantia estipulada.

(3) O credor alienante, na hipótese de resolução do contrato, terá de restituir ao devedor a parte do preço que ele já tenha recebido que exceda a quantia necessária para reparar o montante total do seu prejuízo, exceto no caso de o referido pagamento ser considerado uma arra ou sinal, que valerá como o mínimo a ser indenizado.

(4) O valor indenizatório fixado na cláusula, seja ela uma cláusula penal, uma arra ou sinal, poderá ser reduzido pelo juiz na hipótese de tal valor ser considerado manifestamente desproporcional ao valor dos danos a serem indenizados.



Luiza Resende <luizaresendeg@gmail.com>

Fwd: Imputação do devedor, exceção de contrato não cumprido e resolução do contrato

1 message

código civil reforma <codigocivil.mg@gmail.com>

Fri, Nov 10, 2023 at 7:02 AM

To: luizaresendeg@gmail.com

----- Forwarded message -----

De: Flávio Ferreira <flaviohsf@hotmail.com>

Date: qua., 8 de nov. de 2023 18:28

Subject: Imputação do devedor, exceção de contrato não cumprido e resolução do contrato

To: codigocivil.mg@gmail.com <codigocivil.mg@gmail.com>

Prezados, em anexo a redação dos dispositivos legais propostos e abaixo a justificativa para a alteração do código civil.

Atenciosamente,

Flávio H. S. Ferreira

Professor Associado no Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da UFJF

A legislação que lida com o regime jurídico das sanções cabíveis ao credor na hipótese de inadimplemento do contrato é obscura e lacunosa. Por isso, elaborei regras ideais que explicam o sentido querido por várias dessas normas obscuras da legislação. Além de tentar esclarecer o sentido das normas obscuras existentes na legislação, bem como a questão de onde tais normas deveriam se encaixar na estrutura da lei e qual seria a sua função, também elaborei normas complementares, não encontradas explicitamente na lei, mas subentendidas pela doutrina e pela jurisprudência. Os tópicos abordados lidam com uma “parte geral” do regime jurídico dos remédios cabíveis ao credor, envolvendo as questões dos critérios de responsabilização (imputação) do devedor e da relação dos vários remédios uns com os outros. Em seguida, abordo uma “parte especial” do regime dos remédios, apresentando as normas jurídicas aplicáveis a dois remédios específicos: exceção de contrato não cumprido e resolução.

Seguem alguns exemplos das normas obscuras que eu mencionei:

REMÉDIOS CABÍVEIS AO CREDOR (PARTE GERAL)

Responsabilização por inadimplemento de dever contratual

Imputação do devedor e exercício dos remédios do credor em geral

“Código civil:

Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.”

Essa norma deve ser generalizada, envolvendo qualquer tipo de inadimplemento e não apenas a mora. Não há “fato ou omissão imputável ao devedor” quando, em primeiro lugar, o credor provoca o inadimplemento do devedor (mora creditoris) e quando, em segundo lugar, a conduta do devedor ao descumprir o contrato não se enquadra num dos critérios de imputação eventualmente aplicáveis (por exemplo, o dolo ou a culpa).

“Art. 401. Purga-se a mora:

(...)

II - por parte do credor, oferecendo-se este a receber o pagamento e sujeitando-se aos efeitos da mora até a mesma data.”

Embora o código civil não esclareça a relevância da purgação da mora por parte do credor, tal purgação da mora – entre outras coisas – é necessária para que o credor possa voltar a responsabilizar o devedor pelo inadimplemento.

Responsabilização por meio de notificação do devedor

“Art. 397. (...)”

Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.”

Embora não explicitado pela norma, o principal âmbito de aplicação da responsabilização do devedor mediante “interpelação” (“notificação”) não são as situações em que não há data certa de vencimento da obrigação, conforme sugerido pelo texto do parágrafo único do art. 397, mas sim as situações em que o devedor não tinha como saber do fato de que ele descumpriu o contrato. Por exemplo, ele não sabia que entregou um bem defeituoso. Além disso, a necessidade da notificação é apenas para que o credor possa, depois de algum tempo, sancionar o devedor com a resolução do contrato e a cobrança de certos tipos de danos. Mesmo sem a notificação, outras sanções, como a exceção de contrato não cumprido, poderiam ser cabíveis. Nada disso está explícito na norma acima reproduzida.

Responsabilização para o exercício da indenização em geral

Critérios de imputação aplicáveis para o exercício da indenização

“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.

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.”

Os dispositivos acima reproduzidos possuem muitas lacunas. Não há uma definição de dolo ou de culpa. Não é feita uma distinção entre as obrigações de meio e as de resultado. Não há uma exposição a respeito da distribuição do ônus da prova da culpa, entre outras questões omitidas. Os dispositivos nem mesmo deixam claro que eles são aplicáveis basicamente para o exercício do remédio da indenização, não sendo aplicáveis para a responsabilização do devedor para o exercício de outros remédios (como, por exemplo, a resolução, a exceção de contrato não cumprido, etc.).

Os dispositivos não esclarecem a questão de que a presença de um caso fortuito ou força maior significa a ausência de culpa do devedor. Por isso, não fica muito evidente para o leitor qual é a relação existente entre o art. 393 e o art. 392. Os dispositivos, salvo a expressão “se expressamente não se houver por eles responsabilizado” constante do art. 393, sequer deixam claro o papel da autonomia privada na modificação dos critérios de imputação ali previstos.

Relação dos remédios entre si

Remédios incompatíveis entre si

“Código civil:

Art. 475. 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.”

O código civil não possui uma norma genérica, numa parte geral dos remédios cabíveis ao credor, lidando com as hipóteses de incompatibilidade dos remédios entre si. O máximo que o código contém são normas esparsas, como o art. 475, listando algumas hipóteses específicas de incompatibilidade, como a incompatibilidade entre a resolução do contrato e o pedido de cumprimento específico.

Restrições ao direito do credor de mudar o remédio escolhido

O código não lida com o problema da mudança de escolha entre remédios por parte do credor, não esclarecendo a questão de se o credor tem ou não tem permissão para fazer isso. Por exemplo, não é esclarecida a questão de se o credor que ajuizou uma ação para obter a resolução do contrato em permissão para mudar de opinião e passar a exigir o cumprimento.

Livre escolha ou prioridade quanto ao exercício

“Código de defesa do consumidor:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade (...), podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

(...)

§ 3º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.”

O assunto relativo a eventuais restrições temporais quanto ao exercício de determinados remédios não é suficientemente esclarecido na legislação. O art. 18 e seus parágrafos do CDC lida com o assunto de forma razoavelmente compreensível. Entretanto, o tópico é abordado de forma obscura no código civil brasileiro. Tal código não esclarece quais são as circunstâncias em que o pedido de cumprimento específico tem prioridade sobre o pedido de resolução do contrato.

REMÉDIOS EM ESPÉCIE

Exceção de contrato não cumprido

Requisitos para o cabimento e duração do remédio

“Código civil:

Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.”

A redação do art. 476 do código civil descreve incorretamente o âmbito de aplicação da exceção de contrato não cumprido. Ele não descreve o fator relevante: a existência de inadimplemento por parte do devedor, que autoriza o credor a suspender o cumprimento das suas obrigações. O dispositivo também não esclarece o modo de exercício do remédio (se judicial ou extrajudicial, se é necessária ou não uma notificação do devedor) e nem mesmo até quando tal remédio pode continuar a ser exercido, já que ele é um remédio de caráter temporário. Finalmente, o dispositivo também omite qual é a solução cabível na hipótese de inadimplemento parcial do devedor, pressupondo que o referido inadimplemento será sempre integral.

Resolução do contrato

Cabimento e modo de exercício

“Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

Art. 475. 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.”

A lei omite diversas questões: qual é o significado de “inadimplemento substancial”, relevante para o cabimento da resolução; o que fazer na hipótese de “inadimplemento antecipado”, quando o devedor anuncia que não irá cumprir o contrato na data do vencimento; qual deve ser o conteúdo da “interpelação judicial” (“notificação”), se o credor apenas deve comunicar a resolução ou se deve conceder uma segunda chance de cumprimento.

Cura do inadimplemento e direito de resolver o contrato

“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;”

(Leia-se “do dia da oferta” como se fosse “até o dia da oferta”, conforme era a redação correta do código civil brasileiro de 1916)

Embora a lei forneça um conceito, parcialmente equivocado, de purgação da mora por parte do devedor, não é esclarecida a relevância dela. Não há qualquer esclarecimento da questão de como a purgação da mora por parte do devedor afeta o direito do credor de obter a resolução do contrato, e muito menos da questão das circunstâncias em que o devedor tem (ou não tem) o direito de purgar a mora, mesmo contra a vontade do credor.

Efeitos da resolução

“Art. 128. Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.”

O código civil brasileiro não esclarece adequadamente quais são as consequências da resolução do contrato. Uma das eventuais consequências, que é a criação de obrigações de restituição das prestações reciprocamente recebidas durante a vigência do contrato é regulada num dispositivo muito mal redigido, que é o art. 128, que fica bem distante dos arts. 474 e 475, que deveriam regular integralmente o regime jurídico da resolução do contrato. Vários pontos são omitidos, entre eles a questão de como alocar o risco de perecimento da prestação a ser restituída. Há um dispositivo que altera tal alocação de risco, que não foi colocada de forma explícita, mas cuja redação é de difícil compreensão:

“Art. 444. A responsabilidade do alienante subsiste ainda que a coisa pereça em poder do alienatário, se perecer por vício oculto, já existente ao tempo da tradição.”

CONCLUSÃO

Eu procurei redigir normas mais claras, complementando todas essas lacunas. Infelizmente, não pude elaborar um texto explicativo, com todas as referências jurisprudenciais e bibliográficas, já que isso poderia ocupar centenas de páginas e não ficaria pronto em tempo hábil. Daí o texto na forma de uma legislação ideal, de caráter mais sucinto, mas capaz de transmitir um grande volume de informações de forma organizada e direta.



REMÉDIOS CABÍVEIS AO CREDOR _ NORMAS.docx

28K

PARTE I – REMÉDIOS CABÍVEIS AO CREDOR (PARTE GERAL)

Capítulo 1: Introdução

Seção 1: Escopo das normas e autonomia privada

Artigo 1:101: Escopo das normas

- (1) Estas normas se aplicam a todos os remédios cabíveis ao credor na hipótese de inadimplemento do contrato por parte do devedor.
- (2) Tais normas são aplicadas, com as devidas adaptações, na hipótese de o contratante ter inadimplido algum dever contratual ao qual estava submetido na sua posição de credor, como um eventual dever – a ele atribuído – de receber a prestação devida pela outra parte.

Artigo 1:102: Autonomia privada

Os contratantes podem modificar o conteúdo destas normas, salvo quando a alteração for expressa e especificamente proibida. Entretanto, não são permitidas modificações que provoquem um desequilíbrio contratual ou que digam que um dos contratantes não pode ser responsabilizado nem mesmo por conduta dolosa (completa exoneração da responsabilidade pelo inadimplemento). Os contratantes respondem, no mínimo, por dolo.

Capítulo 2: Responsabilização por inadimplemento de dever contratual

Seção 1: Proteção do devedor

Artigo 2:101: Proteção do devedor e sua responsabilização

- (1) Exceto quando houver previsão legal em sentido contrário, o devedor cujo dever de cumprimento já estiver temporariamente suspenso ou definitivamente afastado não poderá ser responsabilizado e nem sancionado por motivo de inadimplemento. Essa norma tem natureza cogente.
- (2) Na hipótese de suspensão do dever de cumprimento, causada por impossibilidade ou excessiva onerosidade temporárias, o credor que tiver urgência em receber a prestação terá a opção de resolver o contrato.

Seção 2: Responsabilização do devedor em geral

Artigo 2:201: Imputação do devedor e exercício dos remédios do credor em geral

- (1) O credor não pode exercer nenhum remédio contra o devedor, cuja prestação tenha acidentalmente perecido ou se deteriorado, pela não entrega da prestação ou pela entrega da prestação deteriorada, a partir do momento da transferência para tal credor do risco da ocorrência de tais eventos. Entretanto, respeitadas as demais normas previstas nesta seção, o credor poderá sancionar o devedor desde que, no momento da ocorrência desses eventos, tal devedor: (i) já estivesse inadimplente; e (ii) o seu prévio inadimplemento tenha conexão com o agravamento dos riscos corridos pelo credor.
- (2) O credor não pode exercer nenhum remédio contra o devedor na medida em que a sua própria conduta tenha causado o inadimplemento do devedor (mora do credor). Essa norma é cogente.

(3) Não obstante o disposto na norma anterior, o credor poderá exigir o cumprimento da prestação, desde que indenize os prejuízos que foram causados ao devedor. Em tal hipótese (purgação da mora por parte do credor), o devedor terá de cumprir num prazo razoável as suas obrigações já vencidas, sob pena de ser suscetível de ser responsabilizado pelo inadimplemento.

(4) Além da inexistência de mora atual do credor, bem como a ausência de passagem do risco ao credor, a responsabilização do devedor também depende do preenchimento de eventuais outros requisitos estipulados na lei ou no acordo das partes. Em princípio, o credor também não pode exercer nenhum remédio contra o devedor na medida em que:

- (a) o devedor não possa ser responsabilizado por meio de notificação (seção 3); ou
- (b) a conduta do devedor não se enquadre num dos critérios de imputação aplicáveis, nas circunstâncias do caso concreto, ao exercício da indenização (seção 4) ou ao exercício dos demais remédios (seção 5); ou
- (c) o devedor não possa ser responsabilizado pelo seu comportamento posterior ao inadimplemento (seção 6).

Seção 3: Responsabilização por meio de notificação do devedor

Artigo 2:301: Âmbito de aplicação

(1) O mecanismo de responsabilização do devedor previsto nesta seção é um pré-requisito para o exercício da resolução do contrato, redução do preço ou cobrança de indenização por lucros cessantes aplicável àquelas situações em que é impossível para o devedor tomar ciência da ocorrência do inadimplemento.

(2) Fora das circunstâncias acima mencionadas (âmbito de aplicação), a responsabilização do devedor, como pré-requisito para o exercício dos remédios anteriormente mencionados, será aferida de acordo com os critérios de imputação do devedor estipulados nas seções 4, 5 e 6.

(3) A responsabilidade do devedor, como pré-requisito para o exercício de quaisquer outros remédios, incluindo o direito de cobrar indenização por outros tipos de danos, será aferida de acordo com os critérios de imputação do devedor estipulados nas seções 4, 5 e 6.

Artigo 2:302: Necessidade de notificação do devedor

Naquelas situações em que é impossível para o devedor saber que houve o descumprimento de um dado dever contratual, o credor precisa interpelar o devedor, informando-o sobre o inadimplemento e fixando um prazo para a tomada de providências, para que o referido devedor possa ser responsabilizado pelo inadimplemento.

Artigo 2:303: Conteúdo da notificação e suas consequências

(1) Em sua notificação, o credor deverá apontar precisamente os deveres descumpridos pelo devedor. O credor não poderá obter a resolução do contrato, a redução do preço ou cobrar indenização por lucros cessantes antes de decorridos 30 dias após a notificação do devedor.

(2) Caso o devedor, devidamente notificado, não cure o seu inadimplemento dentro do prazo acima estipulado, então o credor poderá exercer os referidos remédios contra o devedor, se preenchidos os seus requisitos específicos. A indenização dos lucros cessantes, nesta hipótese, cobrirá os danos surgidos após a data da notificação do devedor. A mesma regra é aplicável aos juros de mora.

Seção 4: Responsabilização para o exercício da indenização em geral

Artigo 2:401: Critérios de imputação aplicáveis para o exercício da indenização

(1) Na hipótese de um contrato gratuito, a parte que confere o benefício responde por dolo e a parte que recebe o benefício responde por culpa. Esta última tem o ônus de provar que o seu descumprimento não foi culposos.

(2) Na hipótese de um contrato oneroso, ambas as partes respondem por culpa. Caso a obrigação envolvida seja de meio, o ônus da prova da culpa do devedor recai sobre o credor. Caso a obrigação seja de resultado, o devedor terá o ônus de provar que não teve culpa no descumprimento do dever contratual.

Artigo 2:402: Fatores relevantes para distinguir entre a obrigação de meio e a de resultado

Entre os fatores relevantes para distinguir entre a obrigação de meio e a de resultado devem ser levados em conta os seguintes:

- (a) probabilidade de ser alcançado o resultado esperado;
- (b) linguagem empregada no contrato;
- (c) preço e outros termos contratuais;
- (d) grau de influência do credor no cumprimento da prestação pelo devedor.

Artigo 2:403: Definição de dolo e culpa

(1) O descumprimento doloso é aquele no qual há o inadimplemento intencional e consciente de um dado dever contratual, sem que houvessem empecilhos significativos ou justificativas razoáveis para o referido inadimplemento. Equipara-se ao descumprimento doloso a ausência de tomada de precauções manifestamente evidentes, que poderiam ter reduzido as chances do inadimplemento, sem custos significativos para o devedor, por causa da indiferença do referido devedor quanto à ocorrência ou não do inadimplemento. O ônus da prova do dolo do devedor recai sobre o credor.

(2) O descumprimento culposos é aquele no qual o devedor deixa de tomar uma precaução que lhe era exigível nas circunstâncias do caso concreto e que poderia ter reduzido as chances de ocorrência do inadimplemento. A inexistência de precauções exigíveis ou a tomada daquelas exigíveis eximem o devedor de culpa pelo inadimplemento. O devedor é obrigado a tomar aquelas precauções que sejam justificadas com base numa análise global de custo-benefício, levando-se em conta o custo de tais precauções em comparação com o seu benefício social. Tal benefício social é, aproximadamente, o montante estimado dos danos, evitados pelas precauções, que seriam previsivelmente causados ao credor na hipótese de inadimplemento, cujo valor deve ser adequadamente ajustado para refletir as chances de sucesso das mencionadas precauções. O devedor, além daquelas precauções ordenadas com base numa análise global de custo-benefício, também é obrigado a tomar aquelas precauções que lhe sejam especificamente ordenadas por alguma norma reconhecida pelo ordenamento jurídico. O ônus da prova da culpa depende da gratuidade ou da comutatividade do contrato, bem como da classificação do dever inadimplido como sendo uma obrigação de meio ou de resultado, conforme estipulado nos artigos 2:401 e 2:402.

(3) A presença ou a ausência do dolo e ou da culpa deverão ser constatadas pelo julgador com base nas provas, indícios e circunstâncias do caso concreto. Caso o julgador não consiga formar uma convicção segura, ele poderá se valer das normas relativas à distribuição do ônus da prova. O ônus da prova funciona, aqui, como uma regra de julgamento que permite ao juiz atribuir a existência de um fato desfavorável ao sujeito a quem recai tal ônus. Recaindo o ônus ao credor,

em caso de dúvida, o juiz deve entender que não houve dolo ou culpa do devedor. Recaindo o ônus ao devedor, em caso de dúvida, o juiz deve entender que houve dolo ou culpa do devedor.

(4) O dolo e a culpa são critérios de imputação independentes um do outro, podendo ocorrer simultaneamente ou não. A constatação da sua presença ou da sua ausência deve ser avaliada segundo os seus respectivos parâmetros, conforme elucidados nas normas anteriores. É desnecessária a apuração da culpa nos casos em que o devedor responde tão somente por dolo. Entretanto, nos casos em que o devedor responde por culpa, a apuração da presença do dolo pode ser relevante em virtude da possibilidade de agravamento das sanções do devedor.

Seção 5: Responsabilização para o exercício dos demais remédios em geral

Artigo 2:501: Critérios de imputação aplicáveis para o exercício dos demais remédios

Em relação aos demais remédios, salvo as exceções legais ou convencionais, o risco em relação ao descumprimento do contrato corre por conta do devedor (responsabilidade objetiva).

Seção 6: Responsabilização pelo comportamento posterior ao inadimplemento

Artigo 2:601: Responsabilização do devedor que não foi inicialmente responsabilizado

(1) Nos casos em que o devedor inadimplente responde por dolo ou culpa, constatado que o inadimplemento não foi doloso ou culposo, uma vez superados os obstáculos temporários que impossibilitaram ou de outra forma tornaram inviável o cumprimento, o devedor deverá providenciar o referido cumprimento de maneira expedita, sob pena de ser responsabilizado pelo inadimplemento.

(2) O devedor inadimplente cujo cumprimento não é mais possível de ser feito, independentemente de ser considerado ou não responsável pelo inadimplemento, deverá notificar o credor que ainda não tem ciência dessa impossibilidade, dentro de um prazo razoável, informando-o sobre a referida impossibilidade de cumprimento, sob pena de ser responsabilizado pelo inadimplemento.

Capítulo 3: Relação dos remédios entre si

Seção 1: Incompatibilidade

Artigo 3:101: Remédios incompatíveis entre si

(1) O credor não pode exercer, ao mesmo tempo, remédios incompatíveis entre si. Entretanto, numa eventual ação judicial, é lícito pedir ao juiz a concessão de remédios incompatíveis entre si, desde que os pedidos sejam formulados de forma sucessiva, de modo que eles não possam ser acolhidos ao mesmo tempo.

(2) Entre os remédios incompatíveis entre si estão aqueles que pressupõem o desfazimento do contrato e aqueles que pressupõem a permanência do referido contrato, ainda que modificado, sem prejuízo de outras hipóteses de incompatibilidade.

Seção 2: Restrições à mudança

Artigo 3:201: Restrições ao direito do credor de mudar o remédio escolhido

(1) Embora o credor tenha o direito de resolver o contrato extrajudicialmente, mediante notificação, ele tem a faculdade de solicitar a resolução em juízo. O credor que tiver pedido a

decretação da resolução do contrato em juízo não poderá desistir de tal pedido em favor do pedido de cumprimento específico do contrato. Não há empecilhos, em qualquer fase do processo judicial ou fora dele, salvo o disposto na norma abaixo, para a mudança do pedido de cumprimento para o pedido de resolução.

(2) O credor que tiver comunicado ao devedor o exercício de um dado remédio não poderá desistir da sua escolha em favor de outro remédio incompatível com o primeiro, caso o devedor já tenha tomado providências para atender ao pedido do credor, antes do decurso de um prazo razoável.

Seção 3: Livre escolha ou prioridade quanto ao exercício

Artigo 3:301: Liberdade quanto à escolha do remédio a ser exercido

Exceto quanto às hipóteses previstas em lei ou no acordo das partes, o credor tem plena liberdade de escolha quanto ao primeiro remédio a ser exercido contra o devedor, inexistindo qualquer prioridade temporal. Eventualmente, o credor pode ser obrigado a exercer determinado remédio antes de outro (ou alguns outros). Existindo tal prioridade, o credor somente poderá exercer os remédios não prioritários se permanecer infrutífero o exercício do remédio prioritário após o decurso do prazo fixado em lei ou no acordo das partes para o seu exercício. Os remédios que não se encontram numa relação de prioridade podem ser exercidos ao mesmo tempo, desde o início, se não forem incompatíveis entre si.

PARTE II – REMÉDIOS EM ESPÉCIE

Capítulo 4: Exceção de contrato não cumprido

Seção 1: Escopo do remédio

Artigo 4:101: Requisitos para o cabimento e duração do remédio

(1) O credor poderá suspender parcialmente o cumprimento da sua prestação diante do inadimplemento da outra parte, de forma proporcional ao referido inadimplemento, desde que:

- (a) o montante do inadimplemento da outra parte possa ser mensurado com razoável precisão; e
- (b) a sua própria prestação tenha caráter divisível.

(2) Caso não estejam presentes as condições para a suspensão parcial do cumprimento, o credor poderá suspender integralmente o cumprimento da sua prestação, desde que o inadimplemento da outra parte não seja diminuto.

(3) O direito do credor de suspender a sua prestação deixa de existir a partir do momento em que a outra parte cumpre ou oferece o cumprimento – de maneira correta – daquilo que ela deve prestar. Tal direito também deixa de existir a partir do momento em que, mesmo não recebendo o cumprimento ou a oferta de cumprimento da outra parte em conformidade com o contrato, o credor é adequadamente compensado por tal parte de alguma outra maneira, de modo que ele não mais seja prejudicado pelo inadimplemento.

(4) O credor também poderá suspender parcial ou integralmente o cumprimento da sua prestação, em consonância com as normas anteriores, caso:

- (a) a ocorrência de um futuro inadimplemento da outra parte seja certa ou bastante provável (perigo de inadimplemento); ou
- (b) a outra parte tenha anunciado a sua intenção de descumprir o contrato.

(5) Em caso de perigo de inadimplemento, o direito do credor de suspender a sua prestação, além das hipóteses mencionadas na regra (3), também pode deixar de existir depois que o credor tiver tido uma oportunidade razoável de verificar eventuais garantias oferecidas pela outra parte quanto ao futuro cumprimento, desde que tais garantias sejam suficientes para afastar os riscos corridos pelo credor.

Seção 2: Modo de exercício

Artigo 4:201: Como a exceção deve ser exercida

O credor pode exercer a exceção de contrato não cumprido extrajudicialmente, sem necessidade de autorização judicial ou de prévia notificação da outra parte. Entretanto, o credor deve notificar o devedor, tão logo isso possa ser feito, informando-o a respeito da suspensão do cumprimento das suas obrigações. Em tal notificação, o credor deve apontar detalhadamente os deveres alegadamente descumpridos pelo devedor. O não fornecimento da notificação não invalidará o exercício da exceção de contrato não cumprido, mas poderá sujeitar o credor ao dever de indenizar eventuais prejuízos sofridos pelo devedor por confiar no recebimento tempestivo da prestação devida pelo credor, desde que o referido devedor pudesse razoavelmente contar com o recebimento de tal prestação.

Capítulo 5: Resolução do contrato

Seção 1: Cabimento e modo de exercício

Artigo 5:101: Requisitos para o cabimento e forma de obtenção da resolução

(1) Ocorrendo um inadimplemento imputável ao devedor, o credor poderá exercer a resolução do contrato, mediante notificação, na hipótese de:

- (a) o cumprimento atrasado ser objetivamente inútil ao credor; ou
- (b) o inadimplemento ser considerado substancial; ou
- (c) o inadimplemento ter caráter oportunista ou reiterado; ou
- (d) o inadimplemento persistir, mesmo após a concessão de uma oportunidade razoável de cura ao devedor.

(2) Caso um futuro inadimplemento, de caráter substancial, seja certo ou bastante provável (perigo de inadimplemento), e o devedor, após ter sido solicitado, não tenha fornecido garantias suficientes para afastar os riscos corridos pelo credor num prazo razoável; o credor terá a opção de resolver o contrato mediante notificação.

(3) Caso o devedor tenha anunciado a sua intenção de descumprir o contrato sem uma justificativa legítima (repúdio), o contrato será resolvido na data em que houver a renúncia, expressa ou tácita, do credor ao seu direito de exigir o cumprimento. Entretanto, o credor não terá a opção de exigir o cumprimento caso a resolução do contrato seja a melhor medida a ser adotada para a mitigação dos seus danos, hipótese em que a resolução ocorrerá na data do repúdio efetuado pelo devedor.

Seção 2: Comunicação da resolução

Artigo 5:201: Conteúdo da notificação e seus efeitos

(1) Em sua notificação, o credor deve apontar detalhadamente os deveres alegadamente descumpridos pelo devedor.

(2) Embora retenha a faculdade de fazê-lo, o credor não precisa conceder ao devedor um prazo de cumprimento suplementar caso o cumprimento tardio seja objetivamente inútil ao credor; caso o inadimplemento seja considerado substancial; caso o inadimplemento tenha caráter reiterado ou oportunista; caso exista um perigo de inadimplemento não atenuado pelo devedor; ou caso o devedor tenha repudiado o contrato. Em caso de repúdio, o credor sequer precisa notificar o devedor para obter a resolução do contrato. Nas demais hipóteses anteriormente mencionadas, a notificação, ainda que imprescindível, pode apenas comunicar a resolução, sem a necessidade de concessão de um prazo suplementar de cumprimento.

(3) Nas situações remanescentes, não enquadradas na norma anterior, a concessão de um prazo suplementar de cumprimento ao devedor é obrigatória, devendo o credor estipular tal prazo em sua notificação, salvo previsão em sentido contrário em cláusula resolutiva expressa, sob pena de ineficácia da comunicação da resolução. O legislador, por meio de normas cogentes ou não cogentes, também pode estipular prazos suplementares em determinados contextos específicos, que deverão ser incorporados ao conteúdo da notificação movida pelo credor.

(4) Durante o decurso do prazo suplementar de cumprimento, o credor poderá reter o cumprimento das suas próprias obrigações de caráter recíproco e poderá exigir indenização, mas não poderá se valer de quaisquer outros remédios. Caso o credor receba uma notificação da outra parte informando-o que esta última não irá cumprir durante tal período, ou se – expirado tal período – ainda não tenha havido o devido cumprimento, o credor poderá se valer de qualquer um dos remédios disponibilizados pelo ordenamento jurídico.

(5) O credor poderá resolver o contrato ao término do prazo suplementar. O contrato será considerado resolvido na data da chegada da notificação na esfera de controle do seu destinatário. O credor poderá, em sua notificação, estabelecer que, se a outra parte não cumprir dentro do prazo fixado, o contrato será automaticamente desfeito ao término do prazo. Entretanto, se o prazo suplementar de cumprimento for muito curto, o credor poderá resolver ou, se for o caso, o contrato será automaticamente desfeito, apenas após o decurso de um período de tempo razoável a partir da chegada da notificação. É de se presumir a adequação do prazo suplementar dado pelo credor diante da ausência de qualquer objeção imediata do devedor quanto à extensão do referido prazo.

Seção 3: Cura do inadimplemento

Artigo 5:301: Direito do devedor de curar o inadimplemento (purgação da mora)

(1) A cura do inadimplemento, ou a oferta válida da cura do inadimplemento, faz com que o credor perca o seu direito de resolver o contrato. Para efetuar a cura, salvo acordo em sentido contrário, o devedor deverá oferecer a prestação originalmente devida, em conformidade com o contrato, acompanhada de eventual indenização dos prejuízos sofridos pelo credor em virtude do atraso.

(2) O devedor tem o direito de oferecer a cura do seu inadimplemento, independentemente de solicitação do credor. Entretanto, tal devedor perderá o direito de curar o seu inadimplemento, exceto nas hipóteses em que a lei ou o credor lhe concedam especificamente tal oportunidade de cura, nos casos em que:

- (a) o cumprimento tardio tenha se tornado objetivamente inútil ao credor; ou
- (b) o inadimplemento seja considerado substancial; ou
- (c) o inadimplemento tenha caráter reiterado ou oportunista.

Seção 4: Efeitos da resolução

Artigo 5:401: Consequências da resolução e obrigações de restituição

- (1) A resolução do contrato libera ambos os contratantes dos seus respectivos deveres de cumprimento das prestações reciprocamente devidas.
- (2) A resolução não extingue as cláusulas contratuais que as partes acordaram que deveriam permanecer vigentes mesmo após a extinção do contrato; ou as cláusulas contratuais que, por sua natureza, devam permanecer vigentes.
- (3) Eventualmente, quando não tiver havido reciprocidade entre as partes, devido ao fato de uma delas ter conferido uma prestação à outra sem nada receber em troca, ou devido ao fato de uma delas ter recebido uma contraprestação de valor significativamente inferior ao valor da prestação por ela conferida, caberá restituição da prestação ou das prestações conferidas durante a vigência do contrato. A restituição das prestações deverá ser feita em espécie, admitindo-se a restituição pelo seu valor monetário nos casos em que, dada a natureza da prestação conferida, a restituição em espécie seja inviável. Não caberá restituição na medida em que tenha havido reciprocidade quanto às prestações conferidas pelas partes.
- (4) O risco do perecimento ou impossibilidade de retorno em espécie das prestações a serem restituídas corre por conta das partes obrigadas a restituir, que deverão restituir o seu valor monetário em tais hipóteses. O valor monetário deve levar em conta o enriquecimento inicialmente obtido pela parte recebedora da prestação alheia, levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto.
- (5) Entretanto, na hipótese de perecimento da prestação a ser restituída em virtude de um defeito preexistente, o risco correrá por conta do alienante. Em tal hipótese, o adquirente não será obrigado a restituir o valor monetário da prestação recebida, embora permaneça com o direito de receber de volta o preço pago.
- (6) Em princípio, ainda que caiba a restituição em espécie ou pelo valor monetário das prestações conferidas durante a vigência do contrato, nenhuma das partes poderá cobrar a restituição do enriquecimento obtido pela outra em virtude do uso e gozo das prestações respectivamente recebidas, incluindo-se o valor de uso das próprias prestações em si mesmas e eventuais frutos e produtos delas derivados. Entretanto, caberá restituição de tal enriquecimento se o contratante cuja prestação foi conferida para a outra parte não tiver tido a oportunidade de gozar da contraprestação que lhe deveria ter sido conferida (ausência de reciprocidade) e, além disso, a parte beneficiada não pudesse razoavelmente contar com o uso e gozo dessa prestação de forma definitiva no momento em que dela se beneficiou (ausência de legítima expectativa). Considera-se como marco inicial para a aferição do enriquecimento restituível, consistente no valor de uso e eventuais frutos e produtos, a data a partir da qual restaram configuradas as ausências de reciprocidade e legítima expectativa.