

VI Jornada de Direito Civil

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Coordenador Geral

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Membros

Paulo Roque Khouri

Ana de Oliveira Frazão

Gustavo Tepedino

Otávio Luiz Rodrigues Junior

Rogério de Meneses Fialho Moreira

Paulo de Tarso Sanseverino

EDITORACÃO

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

Maria Raimunda Mendes da Veiga

Secretária

SUBSECRETARIA DE INFORMAÇÃO DOCUMENTAL E EDITORAÇÃO

Cyva Regattieri de Abreu – Subsecretária

COORDENADORIA DE EDITORAÇÃO

Milra de Lucena Machado Amorim – Coordenadora

Ariane Emílio Kloth – Chefe de Edição e Revisão de Textos

Luciene Bilu Rodrigues – Servidora da Seção de Editoração e Revisão

Alice Zilda Dalben Siqueira – Servidora da Seção de Programação Visual e Arte-Final

Vinicius Pereira – Estagiário

ILUSTRAÇÃO DA CAPA

Hélcio Corrêa

IMPRESSÃO

Coordenadoria de Serviços Gráficos do Conselho da Justiça Federal



JUSTIÇA FEDERAL
Conselho da Justiça Federal
Centro de Estudos Judiciários

VI Jornada de Direito Civil

Brasília-DF
junho – 2013

Copyright © Conselho da Justiça Federal – 2013

Tiragem: 2.550 exemplares

Impresso no Brasil.

É autorizada a reprodução parcial ou total desde que indicada a fonte.

347 Jornada de Direito Civil (6. : 2013 : Brasília, DF)
J82

VI Jornada de Direito Civil, [11-12 de março de 2013, Brasília]. -- Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.
180 p.

Evento realizado pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ).

1. Código civil (2002) -- coletânea. 2. Direito civil -- estudo e ensino.
3. Enunciados aprovados. I. Conselho da Justiça Federal (Brasil). Centro
de Estudos Judiciários.

Ficha catalográfica elaborada pela Coordenadoria de Biblioteca do CEJ

SUMÁRIO

1	Apresentação	9
2	Abertura <i>João Otávio de Noronha</i>	13
3	Homenagem ao Ministro Moreira Alves <i>João Otávio de Noronha</i>	17
4	Conferências	
	Resolução e indenização por inadimplemento do contrato <i>Paulo Mota Pinto</i>	21
	Dano moral na jurisprudência do STJ <i>Isabel Gallotti</i>	64
	Responsabilidade civil no Código Civil de 2002 e a jurisprudência do STJ <i>Paulo de Tarso Sanseverino</i>	75
	Encerramento <i>João Otávio de Noronha</i>	84
5	Enunciados aprovados	
	Parte Geral	89
	Direito das Obrigações e Contratos	95
	Responsabilidade Civil	101
	Direito das Coisas	109
	Direito de Família e Sucessões	112
6	Anexos	
	Comissões de trabalho da VI Jornada de Direito Civil	119
	Enunciados aprovados da I, III, IV e V Jornadas de Direito Civil	128

I Apresentação

A VI Jornada de Direito Civil – 10 anos de vigência do Código Civil – realizou-se em Brasília, nos dias 11 e 12 de março de 2013, por iniciativa e direção do Conselho da Justiça Federal e do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), sob a coordenação do Ministro João Otávio de Noronha.

O encontro contou com a presença de 140 juristas de todo o país, das diversas categorias jurídicas, professores, magistrados, promotores, defensores, advogados, representantes de instituições públicas e privadas, tais como o CADE, a OAB, a FIESP e o Brasilcon.

O objetivo era o mesmo das reuniões anteriores, com o recebimento, a seleção, a discussão e a aprovação de enunciados interpretativos do Código Civil de 2002.

Na comemoração dos 10 anos de vigência do Código Civil, o Conselho da Justiça Federal decidiu prestar respeitosa homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves, co-autor do projeto do Código Civil e conferencista que inaugurou todas as Jornadas anteriores. Na sessão solene de instalação da Jornada, o Ministro João Otávio de Noronha saudou o homenageado e lhe entregou placa que significa a admiração da magistratura federal e dos juristas presentes pela sua brilhante vida pública, como professor e magistrado, e como figura luminar da nossa ciência jurídica.

A conferência inaugural foi proferida pelo Professor Doutor Paulo Mota Pinto, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, saudado pelo Prof. Luis Edson Fachin. A lição do conferencista versou sobre “Resolução em caso de não cumprimento do contrato”. A seguir, a Ministra Isabel Galotti e o Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino participaram de painel sobre o Código Civil e a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Os participantes inscreveram-se nas cinco comissões de trabalho: Parte Geral do Código Civil, Responsabilidade Civil, Obrigações e Contratos, Coisas e Família e Sucessões. Examinaram-se 208 proposições, com a aprovação em plenário de 46 enunciados, sendo 10 da Parte Geral, 10 de Obrigações e Contratos, 13 de Responsabilidade Civil e 6 de Direito de Família e Sucessões. Dirigiram os trabalhos das Comissões, como Presidentes e relatores, os Doutores Carlos Nelson Konder, Milena Donato Oliva e Eduardo Nunes na Comissão sobre a Parte Geral do Código Civil; Teresa Ancona Lopez, Flávio Tartuce e Anderson Schreiber na Comissão sobre Responsabilidade Civil; Fábio Ulhoa Coelho, Jorge Cesa Ferreira da Silva e Alexandre Ferreira de Assumpção Alves na Comissão sobre Obrigações e Contratos; José Osório de Azevedo Júnior, Pablo Rentería e Vivianne da Silveira Abílio na Comissão sobre Direito das Coisas; Luiz Edson Fachin, Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Torquato da Silva Castro Júnior na Comissão sobre Família e Sucessões.

Na VI Jornada não foi instalada a comissão sobre Direito de Empresa, como acontecera nas jornadas anteriores, uma vez que a matéria comercial foi objeto da Jornada de Direito Comercial, realizada pelo Conselho, em outubro de 2012.

A preparação da Jornada, resultado da competência e elogiável qualidade da Secretaria do Conselho, neste ano ainda contou com a colaboração do qualificado serviço de pesquisa jurisprudencial, que previamente selecionou e divulgou os precedentes do Superior Tribunal de Justiça e os enunciados das anteriores Jornadas, sobre os temas abordados nas proposições apresentadas.

A partir desta VI Jornada de Direito Civil, além da exigência de maioria qualificada de 2/3 para aprovação nos enunciados nas Comissões, adotou-se o procedimento de fazer constar a fundamentação dos enunciados aprovados, pois muitas vezes possuem redação distinta da proposta original, resultante de debates e votações nas Comissões de Trabalho e em Plenário. A Comissão Científica entendeu necessária a alteração do regimento da Jornada, determinando a obrigatoriedade de cada Comissão apresentar os enunciados para votação em Plenária acompanhados da respectiva exposição de motivos.

Em razão do número de enunciados já aprovados em Jornadas anteriores, bem como da ampla utilização destes enunciados nas diversas atividades relacionadas ao Direito, o CEJ identificou a necessidade de oferecer um tratamento da informação em uma base pesquisável e desenvolveu um sistema a fim de facilitar a pesquisa destes enunciados pelos usuários. O sistema estará disponível no *site* do CJF a partir do segundo semestre de 2013.

A direção da Jornada foi exercida pelo Ministro João Otavio de Noronha, figura singular de magistrado preocupado com o aperfeiçoamento da ordem jurídica e a permanente qualificação da magistratura nacional. Contou ele com a colaboração da comissão científica, integrada pelos Professores Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Professor Gustavo José Mendes Tepedino, Desembargador Rogério de Meneses Fialho Moreira, Professora Ana de Oliveira Frazão, Professor Otavio Luiz Rodrigues Junior e Professor Paulo Roque Khouri, além do signatário.

Todos os que participaram da VI Jornada de Direito Civil saíram convencidos do êxito e da oportunidade do evento, conscientes de que colaboraram de algum modo para a discussão e a interpretação de relevantes e atuais temas do Direito Civil, sabendo-se que os Enunciados são de frequente utilização na academia e no foro, constando dos principais repertórios editados no país.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça

2 Abertura

Senhoras e senhores aqui presentes, como é do conhecimento de todos, o Conselho da Justiça Federal, por meio do Centro de Estudos Judiciários, institucionalizou a realização da Jornada de Direito Civil, hoje na sexta edição. O evento, a cada dois anos, instala-se como grande fórum de debates e análise de temas relevantes do Direito Civil, para adequá-los às inovações legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais.

As discussões, nesta jornada, propiciarão a oportunidade de olharmos para os dez anos de vigência do novo código, sopesando a velocidade das transmutações e os anseios sociais contemporâneos.

O convívio em uma sociedade dinâmica demanda a abertura de espaços como este, que nos conduzem a interpretações mais justas e eficazes, permitindo o amadurecimento da compreensão sobre as questões trazidas pelo texto do código e pelas inovações legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais ocorridas nesse ínterim.

Além disso, a rapidez das transformações das sociedades modernas, de certa forma, legitima a carência de previsão legal acerca de diversos assuntos relacionados com os direitos civis, de modo que os enunciados produzidos nas jornadas representam importante fonte de aproveitamento nos processos de alteração legislativa do Código Civil e da legislação de Direito Privado em geral.

Desde o primeiro encontro, foram aprovados e publicados 529 enunciados, amplamente divulgados em periódicos, artigos jurídicos e obras, como, por exemplo, o Código Civil, a Constituição Federal e o *Vade Mecum* editados no ano de 2013 pela Saraiva. Segundo a editora, os enunciados foram incluídos por iniciativa do corpo editorial, após ouvir vários profissionais, alunos e professores de Direito, em pesquisa de mercado realizada no ano de 2012. Além disso, os enunciados também são registrados em petições, sentenças e acórdãos, o que confirma a importância do produto dessas jornadas como referencial na interpretação jurídica dos institutos do Direito Civil.

Somente para esta jornada, foram encaminhadas 206 propostas de enunciados, a serem discutidas e debatidas pelas comissões de trabalhos. Como novidade e para melhor orientação dos debates, foi introduzida nesta versão, por sugestão do coordenador científico, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, a pesquisa de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, realizada com o apoio da equipe do CEJ. Além disso, a partir desta edição, os enunciados receberão o “tratamento da informação”, ou seja, ficarão disponíveis na página do Conselho da Justiça Federal para pesquisa, com recursos que facilitarão a busca.

Tais novidades representam pequenos avanços na consolidação do propósito do Conselho da Justiça Federal de contribuir para a interpretação de questões que despontam no exercício cotidiano das atividades dos profissionais do Direito.

Portanto, agradeço aos coordenadores e aos senhores, que, durante estes dois dias, estarão afastados de suas atividades profissionais para gentilmente doar tempo e

compartilhar saberes em prol do afinamento do ordenamento jurídico brasileiro. São pessoas como os senhores que, em profícua cidadania, honram o Judiciário brasileiro e encorajam os julgadores deste Brasil afora no enfrentamento de questões tão relevantes do Direito Civil.

Muito obrigado. Tenhamos todos um excelente trabalho!

Ministro João Otávio de Noronha
Corregedor-Geral da Justiça Federal e
Diretor do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal
(período 8/2011 a 3/2013)

3 Homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves

O ministro José Carlos Moreira Alves tradicionalmente é o conferencista das sessões inaugurais das Jornadas de Direito Civil, esse magnífico evento do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, idealizado por outro grande brasileiro, que é o ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Hoje, faremos uma pequena, mas significativa, mudança nessa tradição: ele não mais homenageará a distinta assistência, formada por ilustres juristas, magistrados e professores de todo o País, com suas magníficas exposições; nós é quem vamos homenageá-lo nesta cerimônia de abertura da IV Jornada de Direito Civil.

Para essa finalidade e com esse efeito, tenho a honra de proferir algumas palavras em honra ao ministro José Carlos Moreira Alves, sem qualquer pretensão maior do que o singelo repassar de alguns importantes fatos de sua riquíssima existência, inteiramente devotada ao Brasil, à Universidade e à Justiça.

Nascido no ano de 1933, no Vale do Paraíba, no seio de uma família de classe média, Moreira Alves, por força das atividades profissionais de seu pai, Luiz de Oliveira Alves, mudou-se para o Rio de Janeiro, onde cursou a Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil. Aluno brilhante, Moreira Alves dedicou-se com disciplina férrea a aprender o latim. E, nos bancos da faculdade, o amor que já o havia tocado nos tempos ginasiais pela jovem Evany de Albuquerque Maul, de ascendência alemã, floresceu e transformou-se em uma relação de toda uma vida.

Alguns contemporâneos, com absoluta indiscrição, chegam a dizer que Evany ultrapassava em brilhantismo seu já reconhecidamente excepcional namorado José Carlos. Não se sabe ao certo se isso é uma lenda, mas o fato é que Evany se tornou o esteio e a companheira de todos os momentos desse homem que muito contribuiria para seu País e que, sem essa mulher de grandes qualidades, por certo não teria conseguido tão assombroso êxito em sua vida pública ao tempo em que educou e formou os filhos Sônia Moreira Alves Mury, advogada da União, e Carlos Eduardo Maul Moreira Alves, desembargador federal.

Naqueles tempos iniciais, Moreira Alves integrou os quadros do serviço jurídico do Banco do Brasil. Mesmo com intensa carga de trabalho, conseguia terminar sua quota diária de serviço e o tempo que lhe restava era dedicado ao estudo rígido e disciplinado na biblioteca dessa admirável instituição.

Moreira Alves retornou a São Paulo, após doutorar-se em Direito Privado e ter sido professor em diversas instituições universitárias no Rio de Janeiro, como a Faculdade Nacional de Direito, a Pontifícia Universidade Católica e a Universidade Cândido Mendes. Seu ingresso na tradicional Faculdade de Direito do Largo São Francisco, como em tudo em sua vida, foi outro marco em sua existência. Vindo de fora da Universidade de São Paulo, Moreira Alves conseguiu se impor graças a seu brilhantismo. Ele foi o último “Catedrático de Direito”, o antigo nome dado aos atuais professores titulares das universidades brasileiras, da velha Faculdade.

Em suas disputas para ingressar na Universidade de São Paulo, há um fato inusitado: graças à reação dos estudantes a sua preterição, após inegável superioridade nas provas, o vetusto Estado de São Paulo publicou um editorial condenando a atuação rebelde de um “jovem carioca”, de “tendências subversivas” que viera para perturbar as centenárias tradições da Casa do Visconde de Caravelas e do Barão de Ramalho. Nada mais equívoco, embora saborosamente irônico.

Nos anos 1970, Moreira Alves foi chefe de gabinete do ministro da Justiça e procurador-geral da República. Além disso, integrou a Comissão do Anteprojeto de Código Civil brasileiro, liderada por Miguel Reale, que redundou na atual Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Coube a Moreira Alves a elaboração da Parte Geral do novo Código e é dele a responsabilidade por muitos dos mais importantes institutos jurídicos da vigente codificação.

Seu ingresso no Supremo Tribunal Federal, em 1975, aos 42 anos, foi reconhecido, à época, como o justo galardão pelos inextinguíveis méritos daquele ainda jovem professor catedrático da Universidade de São Paulo. Desde então, pouco a pouco, sua liderança foi-se consolidando no Tribunal, a ponto de hoje os historiadores já se referirem a seu período no STF, com certo sabor da historiografia norte-americana, como a “Corte Moreira Alves”.

Grandes tendências jurisprudenciais, julgamentos e institutos jurídicos formaram-se e desenvolveram-se no País graças a Moreira Alves no Supremo Tribunal Federal. Mesmo sendo um renomado civilista, a construção do moderno sistema de controle de constitucionalidade do Brasil é fortemente tributária a seus julgados no STF, com a inegável influência das teorias alemãs. No Direito Civil, institutos e conceitos como a conversão substancial do negócio jurídico, a natureza da alienação fiduciária em garantia e a estrutura da posse e da retrovenda encontraram no Ministro sua mais perfeita tradução em seus livros e acórdãos.

Moreira Alves é um homem tão singular que foi presidente dos três Poderes da República, além de haver presidido a Assembleia Nacional Constituinte. Circunstâncias históricas levaram-no a ocupar essas importantíssimas funções de Estado, o que impeliu um famoso jurista italiano em visita ao Brasil, ao tomar conhecimento dessa singularidade, a exclamar com notável estupefação: “Tudo isso? Em uma só vida?”

É esse homem, sempre vestido em seus ternos escuros, formal e extremamente simples, que também fez fama como um docente de qualidades inigualáveis. Tendo lecionado, desde sua vinda para a o Planalto Central, na Universidade de Brasília, ele conquistou uma legião de admiradores dentre seus alunos, seguindo-se o que já sucedera no Rio de Janeiro e em São Paulo. Com precisão de conceitos, exposição didática (muito profunda) e respeito pelas melhores tradições do Direito Civil, seu nome atravessou gerações como sinônimo de um professor por excelência e de excelência.

O Direito Romano, sua paixão da juventude, nunca foi por ele abandonado. Seu clássico “Direito Romano”, com dezenas de reedições, é hoje, sem favor, a obra de referência nessa matéria em nosso País. Moreira Alves não nega a fortíssima influência do cearense

José Carlos de Matos Peixoto, catedrático de Direito Romano da Nacional de Direito e da Faculdade de Direito de Niterói, que foi seu professor e modelo de docente. Até hoje, o ministro Moreira Alves é ativo participante de congressos e associações internacionais de Direito Romano.

Nosso homenageado é um homem que conheceu e vivenciou as principais transformações de nosso País desde o final da II Guerra Mundial. Ele soube construir uma reputação respeitável em meio a tantas transformações e mudanças de paradigmas. Mais que tudo, seu nome associou-se de tal maneira ao Direito Civil, que não é mais possível escrever a história dessa milenar província jurídica sem referir ao nome de José Carlos Moreira Alves. Parafraçando o jurista italiano, ele conseguiu sim, “em uma só vida”, ser tudo isso. E dá-nos, até hoje, o exemplo da simplicidade, da dedicação e do amor aos estudos dessa ciência que herdamos dos antigos romanos e que hoje vive e se adapta aos desafios de tempos tão contraditórios e perturbadores.

O Superior Tribunal de Justiça, esse grande tribunal da federação, a última instância do Direito Civil na jurisdição ordinária, honra, neste momento, o maior civilista brasileiro vivo.

Ministro José Carlos Moreira Alves, Professor José Carlos Moreira Alves, estas Jornadas de Direito Civil, que sempre contaram com seu apoio e presença, são um tributo a essa vida magnífica de renúncias e de entrega ao Brasil e a seu povo. Reúnem-se aqui juristas de todas as regiões do Brasil, de diferentes origens, de variadas posições ideológicas, oriundos da advocacia, da magistratura, do Ministério Público e do magistério, todos querendo, com esta homenagem, dizer-lhe: Muito obrigado.

Ministro João Otávio de Noronha

RESOLUÇÃO E INDENIZAÇÃO POR INADIMPLEMENTO DO CONTRATO

Paulo Mota Pinto

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

I SURGIMENTO E SUPERAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DA INDENIZAÇÃO POR INTERESSE NO CUMPRIMENTO EM CASO DE RESOLUÇÃO POR NÃO CUMPRIMENTO

1 O problema, as respostas do Supremo Tribunal de Justiça e o dogma (errado) da impossibilidade de uma indenização por não cumprimento do contrato em caso de resolução por não cumprimento

A questão fundamental de que pretendemos tratar é a do cômputo da *indenização cumulável com a resolução do contrato por não cumprimento*: pode tal indenização corresponder ao interesse contratual *positivo*, ou interesse no cumprimento, visando colocar o contraente lesado *na situação em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido*? Ou, diversamente, em caso de resolução do contrato, o lesado apenas tem direito a uma indenização pelos danos correspondentes ao interesse contratual *negativo*, isto é, uma indenização que o coloque *na situação em que estaria se não tivesse sequer celebrado o contrato*?

Se é claro que, nos casos de *manutenção do contrato*, a medida da indenização por não cumprimento corresponde ao interesse contratual positivo ou interesse no cumprimento¹, já a medida da indenização *em caso de resolução* tem sido objeto de *discussão* doutrinal e jurisprudencial.

1.1 Relevância no direito brasileiro

O problema também é relevante no Brasil, segundo creio.

No direito *brasileiro*, o art. 475 do Código Civil de 2002 prevê que 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* (no mesmo sentido, já o art. 1092, parágrafo único, do Código de 1916).

¹ Discutindo-se apenas se o credor deverá ou não ter *igualmente* a possibilidade de reclamar uma indenização correspondente ao interesse negativo, na confiança, ou se será, pelo menos, de admitir, uma “presunção de rentabilidade” de despesas ou outros custos suportados – sobre a questão, a nossa obra *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, n. 48, *b*, pp. 1543 e ss.

A jurisprudência, tanto quanto julgo saber, admite a cumulação da resolução com a indenização por não cumprimento.

Na doutrina, v. Pontes de Miranda, *Tratado...*, ob. cit., vol. 38, p. 340, Orlando Gomes, *Contratos*, ob. cit., n. 136, p. 196 (afastando expressamente a orientação do direito suiço e aceitando a liquidação da indenização pela “teoria da diferença”), R. R. de Aguiar Júnior, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor – resolução*, ob. cit., 2004, pp. 267-269 (admitindo a indenização pelo interesse positivo, seguindo os arg. de L. Coviello, Jr., ob. cit., mas notando que tal orientação não pode levar à cumulação de parcelas, *devendo optar-se pela solução que melhor componha o interesse de ambas as partes, com predominância para o interesse positivo, de acordo com as exigências da equidade, da qual a indenização é instrumento*), D. Ustároz, *A responsabilidade contratual no novo Código Civil*, ob. cit., 2003, pp. 160 e s. (rejeitando, como o Aut. anteriormente cit., a orientação dominante na doutrina portuguesa). Ver também M. Carvalho de Mendonça, *Doutrina e prática das obrigações...*, ob. cit., 1912, vol. II, pp. 342 e s. (rejeitando o sistema germânico, no que toca à proibição de cumular indenização com resolução).

Mas há também quem defenda, com base em argumentos de ordem lógica, a resposta no sentido da incompatibilidade entre a indenização por interesse no cumprimento e a resolução. Assim, Araken de Assis, “Dano positivo e dano negativo na dissolução do contrato”, ob. cit., *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, 1994, pp. 121-128, qualifica a cumulação como *grave incongruência lógica (Se o contrato se dissolveu, nem há a prestação do parceiro infiel, como chegar a este resultado?)*, que levaria a um “enriquecimento injustificado”. Ver ainda Araken de Assis, *Resolução do contrato por inadimplemento*, 4. ed., ob. cit., pp. 149-152.

A distinção entre interesse contratual negativo e interesse contratual positivo é, aliás, há muito, bem conhecida no Brasil:

Consulte-se, aliás, o art. 182 do Código Civil, na versão da Lei n. 10.406, de 10 de Jan. de 2002 (*Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente*), e, entre nós, D. Moura Vicente, *A responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro de 2002*, ob. cit., p. 328.

Em geral:

Francisco Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, vol. XXXVIII, pp. 319, 340;

Orlando Gomes, *Contratos*, 12. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 64;

Antônio Chaves, *Responsabilidade pré-contratual*, 2. ed., São Paulo, Lejus, 1997 (1. ed. de 1959), pp. 205 e ss.;

Regis Fichtner Pereira, *A responsabilidade civil pré-contratual, teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, São Paulo-Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pp. 371 e ss.;

Carlyle Popp, *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*, Curitiba, Juruá, 2001, pp. 278 e ss.;

E. Costa Garcia, *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*, ob. cit., 2003, pp. 282 e ss.;

Judith Martins Costa, *Do inadimplemento das obrigações*, ob. cit., pp. 329 e ss., 334 (e pp. 109 e ss., tratando do “dano pré-negocial” do “dano negocial” e do “dano pós-negocial”).

1.2 Em Portugal – posição da jurisprudência

A orientação do Supremo Tribunal de Justiça sobre esta questão tem conhecido flutuações, deixando de se afirmar uma *negação total* da indenização correspondente ao interesse no cumprimento em caso de resolução do contrato, reconhecendo por vezes que *só excepcionalmente* poderá ter lugar uma tal indenização (assim, no acórdão de 12 de fevereiro de 2009²), no que seria um caminho “particularmente estreito”, mas já se tendo também aceito *que será admissível a cumulação da resolução do contrato com o pedido de indenização pelo interesse positivo*, *embora havendo ainda que operar com o “crivo” do equilíbrio e/ou benefício justificado, por contraposição a aquele que levaria a um desequilíbrio manifesto e ostensivo* (assim, mais recentemente, no acórdão de 21 de outubro de 2010)³.

Remete-se, na fundamentação destes arestos, na apreciação desse “equilíbrio” ou “desequilíbrio” injustificados, para um *casuismo* cujos critérios não são precisados, por vezes invocando-se a *boa-fé* ou uma análise do *montante* que faltava ainda cumprir⁴. Como já notamos⁵, porém, este não pode ser um caminho correto, pois, além da insegurança de tal “critério”, o problema nem é de *grau* (como pressupõe a referência ao não cumprimento parcial) nem de *correção* de um resultado obtido por outra forma ou de valoração da lealdade, correção e honestidade da conduta (como se indica pela referência à boa-fé). É, antes, um problema de *causalidade* do evento que é fundamento da indenização, havendo que procurar aí o *critério* também para a resolução por não cumprimento de contratos em que não existem prestações fracionadas ou repartidas, e independentemente da intervenção conformadora do princípio da boa-fé⁶.

2 Processo n. 08B4052, disponível em www.dgsi.pt.

3 Processo n. 1285/07, disponível no sítio cit. Anotamos estes dois acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, em “Indenização em caso de resolução do contrato”, anotação aos acórdãos do S.T.J. de 12 de fevereiro de 2009, Processo n. 08B4052, e de 21 de outubro de 2010, Processo n. 1285/07, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 140, n. 3968 (Mai./Jun. 2011), pp. 300-324.

4 Principalmente, quando falta uma pequena parte das prestações, o interesse contratual negativo surge-nos obnubilado ante a tutela do dano positivo.

5 Ver a nota anot. cit., “Indenização em caso de resolução do contrato”, p. 319.

6 A remissão para a relevância do princípio da boa-fé na liquidação do negócio jurídico em caso de nulidade ou de anulabilidade (que se faz, por exemplo, no citado acórdão do STJ de 12 de fev. de 2009) não é, com efeito, suficiente para resolver a questão da *regra* a seguir para computar a indenização, e, sem esclarecimento desta regra, apenas pode servir para obnubilizar e obscurecer as valorações relevantes, e o regime aplicável, no cálculo da indenização na responsabilidade contratual.

Apesar dessa remissão para uma apreciação casuística, o Supremo Tribunal de Justiça não deixa, aliás, de reconhecer (por exemplo, no seu citado acórdão de 15 de dezembro de 2011⁷), a existência de *duas posições, ou “doutrinas”, opostas na questão* do cálculo da indenização que pode ser exigida pelo credor em caso de resolução do contrato. E se nesse acórdão de 15 de dezembro de 2011 (como, já, antes, no de 12 de fevereiro de 2009), o nosso Supremo Tribunal de Justiça se situou *ainda no terreno da posição dominante na jurisprudência*, segundo a qual a *regra* há de ser a da *impossibilidade* de “cumulação” entre a resolução do contrato e a indenização por incumprimento (salvo casos excepcionais, não precisados mais de perto) já no acórdão de 21 de outubro de 2010, pelo contrário, reconhecendo-se também a oposição entre aquelas duas posições, se optou, com detida fundamentação, pela *aceitação da indenização correspondente ao interesse contratual positivo, por a consideração do mesmo não levar a qualquer situação geradora de desequilíbrios ou benefícios injustificados, permitindo-se à Autora libertar-se do contrato sem para tal ter que renunciar aos lucros frustrados pelo seu não cumprimento*.

O reconhecimento expresso da existência de *posições contrapostas* sobre esta questão, e a *clara e fundamentada opção por posições diversas*, nos arestos citados, levaram a que, com aquele último acórdão, de 15 de dezembro de 2011, o Supremo Tribunal de Justiça tenha voltado a decidir, no domínio da *mesma legislação* e sobre *a mesma questão fundamental de direito* – a possibilidade de o credor exigir uma indenização correspondente ao interesse no cumprimento em caso de resolução do contrato por não cumprimento –, em sentido diverso do *de um seu anterior acórdão*, já transitado em julgado, justamente o *proferido em 21 de Outubro de 2010*, no qual essa possibilidade foi *correta e fundamentadamente reconhecida*.

E estamos – importa frisá-lo – perante uma questão de *grande importância prática e econômica*, cuja dilucidação é verdadeiramente *indispensável* para a aplicação do direito pelos tribunais e pelas partes, e onde estão em causa *interesses e questões de particular relevância social e jurídica*, para a *certeza do direito* e a *segurança da atividade econômica*: na gestão da sua atividade e das suas relações contratuais, os particulares e as empresas têm de poder saber, com segurança, se podem libertar-se dos contratos não cumpridos pela outra parte, e com que consequências para o cálculo da indenização devida pelo não cumprimento desses contratos.

É nesse contexto que importa proceder a uma revisitação do problema da indenização que pode ser exigida pelo credor, com fundamento no não cumprimento do contrato, em caso de resolução deste por inadimplemento. Começemos por uma revisitação ao panorama comparatístico – sendo certo que, se existir uma solução claramente predominante na generalidade das ordens jurídicas, e que continua a ser adotada em regimes mais recentes, dificilmente lhe poderá ser negada, pelo menos, uma presunção de “acerto” ou de “correção”.

7 Neste caso, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu negar à franquidora o direito a uma indenização por interesse no cumprimento com fundamento em que aquela resolvera o contrato.

2 O direito comparado: superação da impossibilidade de cumulação de indenização e resolução por não cumprimento na generalidade das ordens jurídicas

O que nos ensina a observação do direito comparado é que as divergências sobre a possibilidade de exigir uma indenização por não cumprimento em caso de resolução do contrato apenas existiram nalgumas ordens jurídicas, e mesmo nessas têm vindo a *diminuir*, registando-se um *consenso* generalizado no sentido de que *nada se deve opor a tal cumulação*⁸.

Pode, mesmo, dizer-se que a orientação *generalizadamente aceite* nas outras ordens jurídicas, em tema de cálculo de indenização em caso de resolução do contrato por incumprimento, é já há algum tempo a que admite a indenização pelo interesse no cumprimento, sendo a restrição da indenização ao interesse contratual negativo vista como um *verdadeiro erro de regime jurídico*, plenamente superado já pela doutrina, pela jurisprudência e/ou pelo legislador⁹.

Nalguns direitos, o problema *nunca chegou verdadeiramente a pôr-se*. Assim, por exemplo, no direito *francês*, a possibilidade de exigir uma indenização por não cumprimento quando o contrato foi resolvido por não cumprimento está prevista no art. 1184 do *Code Civil*, segundo o qual *a parte perante a qual a obrigação não foi cumprida tem a opção de forçar a outra à execução da convenção quando for possível ou de pedir a sua resolução com indenização*. Também o credor que resolve o contrato pode, pois, reclamar uma indenização por não cumprimento¹⁰.

Noutros, o problema pôs-se, mas a hesitação quanto à possibilidade de exigir uma indenização por interesse no cumprimento em caso de resolução do não cumprimento foi claramente *superada*, por ação da jurisprudência, por crítica da doutrina ou devido a intervenção do legislador.

8 Com efeito, a única ordem jurídica onde a lei veda expressamente a referida cumulação é, tanto quanto sabemos, a helvética (art. 109, n. 2, do Código das Obrigações), mas a solução é aí *criticada e corrigida* pela doutrina e pela jurisprudência de vários modos (sendo um deles a admissão da indenização nos termos da “teoria de diferença”, isto é, pela diferença de valor entre a prestação não cumprida e a contraprestação).

9 A fim de não sobrecarregar o texto com notas de rodapé, optamos por reduzir as referências bibliográficas, incluindo apenas as mais relevantes. Para uma exposição e tratamento mais desenvolvidos da questão, incluindo mais indicações do direito comparado e análise dos diversos argumentos em confronto e conceções subjacentes, ver o nosso *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, ob. cit., 2008, vol. II, n. 49, pp. 1604 e ss.

Para outras visões comparatísticas sobre a compatibilidade entre a resolução e a indenização por não cumprimento, consultar, por exemplo, Guenter H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract – A Comparative Account*, Oxford, Clarendon, 1988, pp. 392-396, Hugh Beale/Arthur Hartkamp/Hein Kötz/Dennis Tallon, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford-Portland (Oreg.), Hart Publ., 2002, pp. 748 e ss., 792. Uma exposição sobre as técnicas de “libertação do contrato devido ao não cumprimento” pode ver-se em Axel Flessner, “Befreiung vom Vertrag wegen Nichterfüllung”, *ZEuP*, 1997, pp. 255-320, e em Peter Schlechtriem, “Abstandnahme vom Vertrag”, in Jürgen Basedow (org.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, pp. 159-177.

10 Consultar Ambroise Colin/Henri Capitant/Léon Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil, t. 2 (Obligations, Droits réels principaux)*, Paris, Dalloz, 1959, n.1020 e ss., pp. 568 e ss., F. Terré/P. Simler/Y. Lequette, *Droit civil – Les obligations*, 9. ed., Paris, Dalloz, 2005, pp. 632 e ss., 639, A. Bénabent, *Droit civil – Les obligations*, ob. cit., pp. 275 e ss., 277, M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, ob. cit., 2004, pp. 562 e ss., Ph. Malaurie/L. Aynès/Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, ob. cit., 2005, pp. 443 e ss.. E ainda Yves-Marie Serinet, “L’effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit français” e Paul-Henry Delvaux, “Les effets en droit belge de la résolution des contrats pour inexécution”, in Marcel Fontaine/Geneviève Viney (orgs.), *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles / Études de droit comparé*, Paris-Bruxelles, L.G.D.J.-Bruylant, 2001, resp. pp. 589-668, 669-697 (681 e ss.).

Foi este último o caso do direito alemão, onde a resolução (“*Rücktritt*”) fora posta numa relação de estrita alternatividade com a indenização pelo BGB, baseado no efeito *ex tunc* da resolução e receando um excessivo avantajamento do credor – o originário § 325, n. I (1.ª frase), desse Código previa que, tornando-se impossível a prestação devida por uma das partes, por causa de uma circunstância pela qual ela responde, a *outra parte pode exigir indenização por não cumprimento ou resolver o contrato*¹¹.

Mas na prática jurisprudencial admitiu-se logo, por via do cálculo da indenização segundo o “método da diferença” entre o valor da prestação e o da contraprestação, que o credor se considerasse desobrigado de realizar a contraprestação, retendo-a¹². E também praticamente logo após a entrada em vigor do Código alemão, um setor doutrinal defendeu a concessão ao credor de um “direito de escolha” da indenização calculada nos termos desse método, mesmo que o credor já tivesse realizado a sua contraprestação, o que levaria a um *resultado prático idêntico ao da “cumulação” da resolução com a indenização*.

Tal orientação não prevaleceu, porém, entendendo-se que, nos casos em que já efetuara a sua contraprestação (“*Vorleistungsfälle*”), o credor não podia obter a restituição desta e uma indenização pelo não cumprimento (apenas correspondente ao valor da diferença), que seria incompatível com a alternatividade legalmente imposta entre a resolução e a indenização. Por isso, alguma doutrina propôs que o credor resolvente só não pudesse reclamar uma indenização correspondente ao interesse *no cumprimento*, mas já pudesse exigir uma indenização correspondente ao interesse *negativo*¹³, tendo-se mesmo defendido que a resolução visava ao interesse negativo (ou, pelo menos, a “uma parte do interesse negativo”)¹⁴. Mas essa posição não era dominante, e parecia insuficiente para proteger o credor.

Mesmo com tais mitigações (incluindo a ressalva dos meros danos moratórios ou dos casos em que o credor dispunha de pretensões reais, e o reconhecimento limitado de um *jus variandi* ao credor que tivesse optado pela resolução, facultando a revogação desta¹⁵), a verdade é que, devido ao *efeito preclusivo da indenização*, a resolução tornara-se, no direito alemão numa verdadeira “armadilha” para o credor (a “*Rücktrittsfälle*”)¹⁶. Este podia sempre

11 Para indicações sobre os trabalhos preparatórios, ver Dagmar Kaiser, *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB: Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht*, Tübingen, Mohr, 2000, p. 155, e já Hans Leser, *Der Rücktritt vom Vertrag*, 1975, p. 33.

12 Assim logo numa decisão do *Reichsgericht*, de 11 de abr. de 1902.

13 A introdução no direito alemão da ideia de que, em caso de resolução, o credor pode pedir uma indenização pelo interesse contratual negativo parece ter sido de Heinrich Stoll, por via de um paralelo com a rescisão pelo comprador na venda de coisas defeituosas (*Wandlung*). Ver “*Rücktritt und Schadensersatz*”, *AcP*, vol. 131 (1929), 141-185. A posição majoritária nunca foi, porém, neste sentido, antes excluindo a cumulação da resolução com qualquer indenização, mesmo pelo interesse negativo. Ver, por ex., a cit. decisão do BGH de 10 de Dez. de 1986, bem como H. Leser, *Der Rücktritt...*, ob. cit., pp. 148 e s., Sven Erik Wunner, “*Zielkonflikte bei der Anwendung des § 286 I BGB neben dem Rücktritt*”, *NJW*, 1985, pp. 825-830 e também Heinrich Siber, *Schuldrecht*, Leipzig, F. Meiner, 1931, p. 197, e Ernst Rabel, *Das Recht des Warenkaufs: eine rechtsvergleichende Darstellung*, vol. I, Berlin, de Gruyter, 1936, pp. 427-429. Leser mostra, aliás (pp. 54 e s.), que, nos trabalhos preparatórios do BGB, a formulação que permitia a cumulação da indenização com a resolução foi afastada *justamente para evitar confusões com o ressarcimento pelo interesse negativo*.

14 Ver já Horst Kraemer, *Gegenseitige Verträge. Studien zur Systematik des Reichsrechts*, Halle, Verl. der Buchhandlung des Waisenhauses, Halle, 1904, pp. 53, ss..

15 Ver indicações sobre estas hipóteses no nosso *Interesse contratual negativo...*, ob. cit., vol. II, p. 1625.

16 A “armadilha da resolução” (“*Rücktrittsfälle*”) tinha como resultado que o credor que reagisse logo ao não cumprimento com a resolução, para se libertar do contrato, perdia a possibilidade de exigir o ressarcimento correspondente ao interes-

passar da exigência de uma indenização à resolução, mas apenas em termos limitados (se o declarasse logo, e enquanto o devedor não tomasse disposições baseando-se na declaração) da resolução para a indenização (devido à eficácia conformadora da primeira), sendo certo que, dada a alternatividade, produzindo efeitos a resolução, o credor já não podia reclamar qualquer indenização por não cumprimento. Assim, quando estivessem verificados os pressupostos da indenização, a resolução raramente teria utilidade para o credor (apenas quando atribuísse um valor particular à contraprestação realizada, pretendendo reavê-la, e não tivesse sofrido danos significativos, que compensassem esse valor), mas já podia, pelo contrário, levar à *perda do direito à indenização*, constituindo na maioria dos casos a realização da resolução um verdadeiro “*erro de técnica jurídica*” por parte do credor¹⁷.

Apesar de esforços, ainda no domínio da redação originária do BGB, para alargar as exceções à necessidade de optar entre a restituição e a indenização, ou para permitir sempre a “indenização diferencial”, mesmo que o credor já tivesse (contra)prestado¹⁸, o obstáculo da alternatividade em relação à indenização por não cumprimento não fora removido¹⁹, sendo a solução do BGB objeto de *muitas críticas*, não só por não ser já atual²⁰, como por corresponder mesmo a um *erro do legislador*²¹. Esse regime foi *removido em 2001*, no que foi *um dos pontos menos polêmicos da “modernização do direito das obrigações”*, assumido já *há muito* desde os trabalhos preparatórios dessa reforma²². O novo § 325 do Código alemão veio, assim, dispor que o *direito de exigir indenização num contrato bilateral não é afastado pela resolução*, numa solução sublinhada na doutrina como alteração significativa²³, e que, na expressão de Canaris, *eliminou uma “famosa insuficiência”* do regime do não cumprimento.

se positivo no cumprimento, ficando apenas com pretensões restitutórias – uma “armadilha em que por vezes mesmo profissionais jurídicos” caíam (assim, Claus-Wilhelm Canaris, “Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2001, pp. 332 e s., salientando também que a alternatividade conduza a uma situação quase *incompreensível para o jurista normal*, e praticamente *impossível de esclarecer*, na oposição entre as teorias da sub-rogação e da diferença).

- 17 Ulrich Huber, “Leistungsstörungen. Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungenrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes? Welche Änderungen im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht würden sich dabei ergeben?”, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, vol. I, 1981, pp. 647-909: “Resolver é um erro de técnica jurídica”.
- 18 Ver, por último, a ampla investigação e os esforços de D. Kaiser, *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB*, ob. cit., pp. 154 e ss., 163 e ss., 512 e ss..
- 19 Segundo o anteprojeto da “lei de modernização do direito das obrigações” (*Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Bundestag-Drucksache n. 14/6040*, ob. cit., p. 188), nos casos de declaração apressada de resolução a *jurisprudência ajuda interpretando tais declarações de modo generoso como exigências de indenização* (assim, a decisão do BGH de 24 de Jun. de 1988, in *NJW*, 1988, pp. 2878 e s.).
- 20 Ver Emmerich, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 6. ed., ob. cit., p. 199: a alternativa entre a indenização por não cumprimento e a resolução estava em “contradição clara com os direitos da maioria dos estados mais próximos”, e foi durante muito tempo criticada.
- 21 Assim por ex., Helmut Heinrichs, “Die Transformation des Erfüllungsanspruchs in einen Schadensersatzanspruch: eine Skizze der Neuregelung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes”, *EJCL*, 2006, falando de um verdadeiro “erro” (“*Fehlleistung*”) do legislador do BGB.
- 22 Bundesministerium der Justiz (org.), *Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, 1992, p. 173. Ver também U. Huber, “Leistungsstörungen”, ob. cit., pp. 832, 846 e s.
- 23 Ver C.-W. Canaris, “Das allgemeine...”, ob. cit., p. 333 (invocando também os desenvolvimentos internacionais), id., “Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen”, *JZ*, 2001, pp. 499-528, p. 514, referindo-se a *um claro progresso em face do direito vigente*, nos casos em que o credor já realizou uma prestação que não é em dinheiro ou nos conhecidos “casos de permutas”, embora alertando que a resolução e a indenização não podem, evidentemente, ser combinadas de modo arbitrário, não se podendo cumular elementos idênticos a título de pretensão restitutória e indenizatória (obviamente, o credor não pode, por ex., exigir a restituição da sua própria contraprestação e, a título de indenização, o equivalente integral desta, nos termos do “método da sub-rogação”). Mais indicações na nossa ob. cit., p. 1627.

No direito alemão, frequentemente invocado no sentido da impossibilidade de “cumulação” entre a resolução e a indenização (por não cumprimento), e que influenciou grande parte da nossa doutrina mais ilustre, *passou, portanto, desde a reforma de 2001, a permitir-se a indenização por interesse no cumprimento em caso de resolução do contrato*.

Também na *Itália*, a proibição de “cumulação” entre a indenização e a resolução por não cumprimento chegou a ser defendida (apesar de uma redação do preceito legislativo aplicável próxima da do Código Civil francês), tendo porém sido *prontamente contrariada* (embora possivelmente não sem antes “contagiar” outros ordenamentos, entre os quais o nosso), de tal modo que a posição claramente majoritária é *desde há muito* claramente no sentido da possibilidade dessa “cumulação”²⁴. No domínio do *Codice Civile* de 1865, a linha de derivação do regime italiano da indenização em caso de resolução, em relação ao direito francês, não chegou, assim, a ser apagada a favor da alternatividade germânica, tendo-se mantido dominante a posição no sentido de ver a indenização do credor como tendo o mesmo alcance, quer o contrato fosse resolvido quer não²⁵.

E esta última posição firmou-se, depois, como a *opinião mais acreditada*²⁶ no domínio do *Codice* de 1942, encontrando igualmente apoios textuais no art. 1453, n. 1, deste diploma²⁷. A orientação que reconhece ao resolvente apenas direito ao interesse negativo *nunca se impôs na jurisprudência*²⁸, e é defendida *apenas esporadicamente*, por vozes *isoladas*. A posição majoritária²⁹ afirma que o legislador italiano concede direito ao ressarcimento à parte não inadimplente quer ela exija o cumprimento, quer não, devendo o ressarcimento ser entendido *nos mesmos termos nas duas hipóteses*³⁰.

Reconhece-se, assim, a possibilidade de o credor reclamar o ressarcimento do interesse contratual *positivo* para ser colocado, apesar da resolução, numa situação semelhante àquela

24 Sobre as várias teses na Itália, Giuseppe Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, Giuffrè, 1942, pp. 85, ss., 137, ss., 211, ss., Angelo Luminoso, “Il danno da risoluzione”, no vol. *Risoluzione per inadempimento*, do *Commentario del cod. civ. a cura di Scialoja-Branca-Galgano*, art. 1453, Bologna, Zanichelli, 1990, pp. 160 e ss., com muitas indicações doutrinárias.

25 Consultar Leonardo Coviello Jr., “Risoluzione per inadempimento, retroattività e risarcimento del danno”, in *RDC*, 1935, pp. 1-42, analisando a argumentação contrária de Carnelutti (que acusava de confundir a pretensão restitutória com a indenizatória) e rejeitando-a.

26 A. Luminoso, “Il danno da risoluzione”, *ob. cit.*, p. 163.

27 *Nos contratos com prestações corresponsivas, quando um dos contraentes não cumpre as suas obrigações, ou outro pode, à sua escolha, exigir o cumprimento ou a resolução do contrato, salvo, em qualquer caso, o ressarcimento dos danos* (grifos nossos).

28 Para outras orientações, como as que limitam a tutela do interesse negativo ao caso de garantia de vícios da coisa, que admitem o cúmulo do ressarcimento do interesse negativo com o do interesse positivo ou prevêm uma ação combinada do efeito resolutório com o ressarcitório, ver A. Luminoso, *ob. cit.*, n. 32-34, pp. 173 e ss.

29 A favor da indenizabilidade do interesse positivo, ver, por ex., Giuseppe Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, Giuffrè, 1942, pp. 147 e ss., 158, ss., 244 e ss., Adriano de Cupis, *Il danno*, n. 48, pp. 308-315, Francesco Maria Cervelli, “Profili della risoluzione del contratto per inadempimento”, in *RTDPC*, 1969, pp. 1801-1820 Pietro Trimarchi, “Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento”, *RDC*, vol. 48 (2002), *passim*, *id.*, *Istituzioni di diritto privato*, *ob. cit.*, 15. ed., Milano, Giuffrè, 2003, pp. 315, 318, Rodolfo Sacco/Giorgio De Nova, *Il contratto*, tomo II, Torino, UTET, 1996, p. 639, Cesare Massimo Bianca, *La vendita e la permuta*, 2. ed., Torino, UTET, 1993, pp. 869 e ss., Vincenzo Roppo, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 949 e s., Guido Alpa, *Istituzioni di diritto privato*, 2. ed., Torino, UTET, 1997, p. 910, Giorgio Cian/Alberto Trabucchi, *Commentario breve al Codice Civile*, 7. ed., Padova, CEDAM, 2004, art. 1453, n. III, p. 1402, Angelo Belfiore, “Risoluzione del contratto per inadempimento”, *ED*, vol. XL, 1989, pp. 1307-1336 (1326), Claudio Turco, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 629, ss., n. 698, 630. Mais indicações em A. Luminoso, “Il danno da risoluzione”, *ob. cit.*, pp. 163 s., n. 4.

30 G. Auletta, *ob. cit.*, p. 142.

em que estaria *se o contrato tivesse sido cumprido*. E é esta igualmente a posição *assumida pela jurisprudência*, que mantém a pretensão indenizatória dirigida ao interesse positivo mesmo no caso de resolução³¹.

O claro predomínio da tese que permite a possibilidade de cumulação entre a resolução e a indenização pelo interesse positivo não resulta, aliás, só da recusa de relevância a argumentos puramente lógicos, mas também das propostas de solução do problema no plano *prático*, da configuração *teleológica* e *funcional* da resolução e dos seus efeitos, reputados não contraditórios mesmo que se produzam *ex tunc* e que se admita uma indenização pelo interesse contratual positivo³².

Revendo a problemática das consequências indenizatórias em caso de resolução, Luminoso defendeu, mesmo, que o credor resolvente não deveria ser encerrado num dos termos da alternativa entre o ressarcimento do interesse positivo e do interesse negativo, reconhecendo-lhe antes uma completa liberdade de *optar* entre ambos os danos. Isso, por considerar que quer o dano do não cumprimento, quer o dano resultante da perda superveniente de eficácia do contrato devido à resolução é, em sentido lato, “dano proveniente da resolução” (“*danno da risoluzione*”), imputável ao inadimplemento do devedor – embora, evidentemente, não se possa exigir cumulativamente o ressarcimento de ambos os prejuízos, o que seria contraditório. Mas esta proposta não foi acolhida, nem parece que possa ser acompanhada³³.

Na *Áustria*, por sua vez, o Código Civil afirma que a *resolução do contrato deixa intocada a pretensão de ressarcimento do dano causado pelo não cumprimento culposo* (§ 921), e na doutrina salienta-se que este ressarcimento, não afetado pela resolução, não diz respeito ao interesse negativo ou dano da confiança, mas antes ao interesse contratual *positivo*³⁴.

31 Ver, por ex., as decisões da *Corte di Cassazione* de 28 de Março de 2001, n. 4473 (*Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 606), 28 de Jan. de 1993, n. 1029 (*FI*, 1993, I, p. 1470), 10 de Set. de 1991, n. 9485 (*Giur. it.*, 1992, I, 1, p. 1082), 13 de Fev. de 1988, n. 1557 (*Giur. it.*, 1989, I, p. 726), 16 de Set. de 1950, n. 2552 (*FI*, 1950, I, p. 1129). Mais indicações em A. Luminoso, “Il danno da risoluzione”, *ob. cit.*, p. 164, n. 4.

32 Referimo-nos sobretudo ao tratamento do problema por A. Belfiore, afrontando diretamente a dita “objecção lógica”, em “Risoluzione del contratto per inadempimento”, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XL, 1989. Mais desenvolvimentos na nossa *ob. cit.*, n. 4688

33 Consultar, designadamente, a ampla investigação, com esta conclusão, de A. Luminoso, “Il danno da risoluzione”, *ob. cit.*, 1990, p. 400. Para a definição das noções de interesse positivo e interesse negativo, ver A. Luminoso, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contratto e impresa*, 1988. Afigura-se que esta proposta não pode ser acompanhada (ver, aliás, a crítica, sob a perspectiva econômica, de P. Trimarchi, “Interesse positivo e interesse negativo...”, *ob. cit.*, mostrando que, com tal possibilidade de opção, o credor passaria a ficar tutelado contra os riscos de contratar e de não contratar, e, portanto, contra subidas ou descidas do valor da prestação, num avantajamento excessivo e injustificado). Com efeito, não só o comportamento do devedor na *criação do contrato* não pode tornar-se *ex post* ilícito, pelo não cumprimento e pela resolução declarada pelo credor, como a solução que prescinde da ilicitude não toma em conta o fato de a frustração da confiança no contrato, pela destruição dos seus efeitos, se dar *também por intervenção do credor*, que opta pela resolução em vez de exigir o cumprimento (por ex., a execução específica ou uma indenização pelo interesse no cumprimento). Sempre haveria, aliás, que *limitar o ressarcimento do interesse negativo ao valor do interesse positivo*, sob pena de desequilíbrio dos resultados. E, de todo o modo, sob a perspectiva da *causalidade*, nota-se que, se o fundamento da resolução é o *não cumprimento*, o credor que baseia aí a sua pretensão não pode exigir outra coisa que não uma indenização *pelo não cumprimento*. Quanto muito, as despesas efetuadas (bem como o lucro de um negócio alternativo, de cobertura) podem servir para medir o valor deste, como ajudas no cômputo do lucro que obteria do negócio falhado, mas não são indenizados *a título próprio*, e sim enquanto ajudam a “preencher” o interesse no cumprimento. Ver a nossa *ob. cit.*, vol. II, pp. 1543 e ss.

34 Ver indicações na nossa *ob. cit.*, p. 1632. Ver também a exposição em G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, *ob. cit.*, p. 394.

E também no *common law* estão superadas posições que, com fundamento em objeções sobretudo de natureza lógica, pretendiam vedar a combinação da resolução (*termination, cancellation*) do contrato com a indenização por não cumprimento³⁵. A alegada contraditoriedade ínsita na combinação referida fez-se sentir sobretudo no direito dos Estados Unidos³⁶, mas foi ultrapassada, nalguns estados por intervenção legislativa³⁷, havendo hoje a possibilidade de cumulação prevista, por exemplo, no *Uniform Commercial Code*³⁸.

A alternatividade entre a resolução e a indenização por interesse no cumprimento apenas está hoje, tanto quanto sabemos, prevista na lei suíça³⁹, dispondo o Código das Obrigações (art. 109, n. 2) que o credor que resolve tem além disso uma pretensão de ressarcimento do “dano resultante da caducidade do contrato” (salvo se o devedor provar que não teve culpa). Esta disposição foi introduzida em 1911, justamente para precisar o alcance da indenização cumulável com a resolução (discutido anteriormente⁴⁰), no sentido de ser apenas a indenização pelo interesse contratual negativo. Mas foi logo objeto de crítica por quem analisou mais profundamente tal “dano resultante da caducidade do contrato”⁴¹, é hoje *rejeitada* pela doutrina mais recente e autorizada, que a *corrige* com a possibilidade, admitida, de liquidação da indenização do credor nos termos do “método da diferença” entre a prestação não cumprida e a contraprestação⁴², mesmo que o credor já tenha realizado esta⁴³.

35 Ver G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, ob. cit., pp. 394-396. Especificamente para o direito inglês, ver H. Beale/A. Hartkamp/H. Kötz/D. Tallon, *Contract Law*, ob. cit., p. 792, citando ambos o *leading case Johnson v. Agnew*, de 1980.

36 Assim G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, ob. cit., p. 394.

37 Assim, por ex., no *California Civil Code*, § 1692, 3 (*uma pretensão indenizatória não é inconsistente com uma pretensão de restituição baseada na rescisão*, devendo a parte lesada obter tutela integral, incluindo restituição de benefícios atribuídos em resultado da transação e danos consequenciais a que tenha direito, *mas tal tutela não incluirá elementos duplicados ou inconsistentes*), e nas *New York Civil Practice Law and Rules*, § 3002, al. c) (afirmando expressamente que a pretensão indenizatória não será considerada inconsistente com a *rescission*, embora não devam existir duplicações no cálculo dos elementos integrantes da indenização e da restituição).

38 Olhar o § 2-703, que (segundo o comentário n. 1), *rejeita qualquer doutrina de escolha entre remédios como orientação fundamental, pelo que os remédios são basicamente de natureza cumulativa e incluem todos os disponíveis em caso de violação do contrato. Saber se a exigência de um deles impede outro depende inteiramente dos fatos do caso concreto*. Ver também, por ex., no direito neo-zelandês, o art. 8, n. 4 (sobre *regras aplicáveis à cancellation*) do *Contractual Remedies Act* de 1979, segundo o qual nada na norma que prevê os efeitos da *cancellation* afetará o direito de uma parte de obter indenização por uma declaração errada, repúdio ou violação do contrato pela outra parte.

39 Art. 107, n. 2, do Código das Obrigações.

40 Consultar a informação de Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. 5: Das Obligationenrecht; Teil 1*, Zürich, Schulthess, 1929, art. 109, n.7 e 8, pp. 584 e s.

41 Referimo-nos a August Simoniius, *Über den Ersatz des «aus dem Dahinfallen des Vertrages» erwachsenen Schadens*, separata da ZSR, vol. XXXVII, Basel, Helging & Lichtenhahn, 1918, pp. 227-287.

42 Ver, por ex., Luc Thévenoz/ Franz Werro (orgs.), *Commentaire Romand, Code des Obligations*, I, Helbing & Lichtenhahn, 2003, art. 109, anot. 15, notando que a limitação ao interesse negativo não existia no Código das Obrigações de 1881, cujo art. 124 dispunha que *a parte que rescinde o contrato pode pedir a restituição do que ela pagou e, além disso, uma indenização, se ela mostrar que a outra parte agiu com culpa*, sendo que a jurisprudência também concedia ao credor uma indenização correspondente ao interesse no cumprimento. Esta disposição era, porém criticada por colocar o ônus da prova da culpa a cargo do credor. O legislador teria querido curar este problema, mas, segundo L. Thévenoz, ministrou-lhe um remédio inapropriado. Inspirando-se no *Bürgerliches Gesetzbuch*, entretanto adoptado, criou a 2.^a via do art. 109 do Código das Obrigações ao distinguir entre a manutenção do contrato, com interesse positivo, e resolução, com interesse negativo. Ali, porém, onde o § 326 do BGB excluía toda e qualquer indenização em caso de resolução, o legislador suíço de 1911 limitou-a ao interesse negativo. Criticamente, também Ingeborg Wchwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil*, 3. ed., Bern, Stämpfli, 2003, n. 66.34, p. 406 (a indenização pelo dano da confiança, apenas como aplicação da *culpa in contrahendo*, está em desarmonia com outras soluções do Código das Obrigações), e Claire Huguenin, *Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, Basel, Schulthess, 2004, n. 614, 671, que admite a indenização nos termos do “método da diferença” também quando o credor já realizou a contraprestação, e exige a sua restituição.

43 Ver I. Schwenzer, *Obligationenrecht – AT*, ob. cit., n. 64.24 e ss., p. 394, 66.28, p. 405 (concedendo ao credor o direito de optar), C. Huguenin, *Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, ob. cit., n. 614, 671.

A posição no sentido da admissibilidade da indenização por interesse no cumprimento em caso de resolução do contrato, é, ainda, defendida, por exemplo, nos direitos holandês⁴⁴, espanhol⁴⁵ e brasileiro⁴⁶. E é também esta a solução que resulta da Convenção de Viena sobre os Contratos de Venda Internacional de Mercadorias, dos *Princípios Unidroit sobre Contratos Comerciais Internacionais* e dos *Princípios de Direito Europeu dos Contratos*⁴⁷, e da proposta da União Europeia de um regime europeu comum (e opcional) para a compra e venda⁴⁸.

Num ponto todos estes articulados estão de acordo: admitem a combinação entre diversos “remédios” para o não cumprimento, que preveem, como a indenização do interesse no cumprimento e a resolução⁴⁹.

Este relance de olhos comparatístico permite, pois, claramente a conclusão de que a posição que veda ao credor que resolve o contrato exigir simultaneamente uma indenização por não cumprimento está hoje *isolada*⁵⁰. Além de ter sido *superada* no *common law* e de ter sido intencionalmente *abandonada*, *sem críticas*, no direito alemão (seu principal protagonista

-
- 44 O Código holandês dispõe expressamente que, em caso de resolução (*ontbinding*) por não cumprimento de um contrato bilateral, a parte cujo inadimplemento deu causa à resolução está obrigada a ressarcir à outra parte o prejuízo que esta sofre por, devido à resolução do contrato, este não ser cumprido (art. 6.277, n. 1). Sobre a possibilidade, daqui resultante, de cumulação entre a resolução e a indenização por não cumprimento, ver, por ex., Arthur S. Hartkamp, *Verbintenissenrecht II: Algemene leer van overeenkomsten*, Deventer, W. E. J. Tjeenk Willink, 2001, n. 537, p. 552, G. J. P. de Vries, *Recht op nakoming en op schadevergoeding en ontbinding wegens tekortkoming*, 2. ed., Deventer, W. E. J. Tjeenk Willink, 1997, p. 135.
- 45 Ver, por ex., Luis Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, 5. ed., Madrid, Civitas, 1996, pp. 726 e ss.; Fernando Pantaleón, “Resolución por incumplimiento y indemnización”, in *ADC*, tomo XLII (1989), fasc. 4, pp. 1143-1168, 1167; Ana Soler Presas, *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 83; Mario Clemente Meoro, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valência, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 576 e ss.; e, na jurisprudência, as decisões do Tribunal Supremo espanhol de 21 de Abril de 1987 (*EDJ*, 1987, n. 3139), 31 de Outubro de 1988 (*EDJ*, 1988, n. 8552) e 27 de Outubro de 1992. A questão já foi, porém, discutida.
- 46 Consultar, por exemplo, Orlando Gomes, *Contratos*, 12. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 196; Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor/Resolução*, 2. ed., Rio de Janeiro, Aide, 2004, pp. 267-269; Daniel Ustároz, *A responsabilidade contratual no novo Código Civil*, Rio de Janeiro, Aide, 2003, pp. 160 e s. (rejeitando, como o Aut. anteriormente cit., a orientação dominante na doutrina portuguesa).
- 47 Arts. 45, 49, n. 1, e 74 da *Convenção de Viena*; arts. 7.3.5., n. 2 (a *resolução não prejudica o direito à indemnização por incumprimento*), e 7.4.2 (reparação integral) dos *Princípios relativos aos contratos comerciais internacionais*, do Unidroit; arts. 9.305, n. 1 (afastando o carácter retroativo da resolução), e 9:502 dos *Princípios de Direito Europeu dos Contratos*. A estes pode juntar-se agora o “Projeto de Quadro Comum de Referência” sobre o direito privado europeu (ver Christian von Bar/Eric Clive/Hans Schulte-Nölke orgs., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference – DCFR*, München, Sellier, 2008, art. III. – 3:102, p. 238), bem como o articulado sobre direitos dos contratos (em particular a compra e venda e serviços relacionados) elaborado para a Comissão Europeia em 2010 e 2011 pelo *Expert Group on European Contract Law* (que integramos) – cf. *A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders’ and legal practitioners’ feedback* (acessível em <http://ec.europa.eu/justice/contract/>), 108 e 133, respectivamente para os direitos do comprador e do vendedor.
- 48 Ver a *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda*, de Outubro de 2011 – COM(2011) 635 final, arts. 106 e 131.
- 49 Assim, I. Schwenger, “*Rechtsbehelfe...*”, ob. cit., p. 50.
- 50 A evolução no panorama internacional, no sentido de claramente se admitir uma indenização pelo interesse no cumprimento em caso de resolução, foi já notada entre nós por Jorge Ribeiro de Faria, “A natureza da indemnização no caso de resolução do contrato – novamente a questão”, in *Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra, 2001, pp. 11-62, 14 e ss., 48 e ss., e Pedro Romano Martinez, *Da cessação do contrato*, 2. ed., Coimbra, Almedina, 2006, pp. 211 e ss. Ver também, Maria Ângela Soares/Rui Moura Ramos, *Contratos internacionais*, Coimbra, Almedina, 1986, pp. 204 (remetendo para o modo actual de encarar o relacionamento contratual) 206 (*atenta a função que hoje é reconhecida ao contrato e ao mecanismo que o envolve*).

ao longo de todo o século XX), com invocação justamente da evolução internacional⁵¹, é contrariada por todos os *regimes mais recentes* do não cumprimento, e designadamente pelos que têm um âmbito internacional.

Pelo que pode-se, sem dúvida, afirmar que a orientação que dominou durante muito tempo na doutrina e na jurisprudência portuguesas, que veda a indenização por interesse no cumprimento em caso de resolução por não cumprimento, constitui hoje uma exceção, uma *verdadeira singularidade*⁵².

Tal posição afirmou-se, em poucas ordens jurídicas (de forma duradoura, apenas na Alemanha e na Suíça, além da nossa), como uma solução *datada* – baseada num *preconceito dogmático* de tipo conceitualista –, que, como é hoje geralmente reconhecido, correspondia a um verdadeiro *erro de regime jurídico, já superado na generalidade das ordens jurídicas*, incluindo a Alemanha (que influenciou a mais relevante doutrina portuguesa que se pronunciou nesse sentido), pela doutrina e pela jurisprudência (que, aliás, aí primeiro o tentou corrigir) *praticamente unânimes*.

Se o direito comparado (com a presunção de “acerto” ou “correção” implicada em soluções tão predominantes) depõe, de forma clara, no sentido de o credor poder resolver o contrato e reclamar uma indenização correspondente ao interesse no cumprimento, é claro, porém, que não podemos ficar por aqui. Há, antes, de analisar-se a questão considerando-se os dados específicos da nossa lei civil, a função da resolução, no quadro do regime do não cumprimento, e o equilíbrio dos interesses em presença.

Vejamos antes, porém, como evoluiu a resposta ao problema que nos ocupa na nossa ordem jurídica.

3 A história da questão no direito português – a “posição clássica” não é a da impossibilidade de indenização por não cumprimento em caso de resolução

A limitação do credor, em caso de resolução, a uma indenização que o visa colocar na situação em que estaria se não tivesse sequer celebrado o contrato, *apenas surgiu, entre nós, já em meados dos anos 40* do século XX, por influência alemã e de alguma doutrina italiana minoritária.

No domínio do Código de Seabra, o art. 709 parecia prever a possibilidade de o credor declarar a “rescisão” do contrato (a faculdade de o contraente fiel *se ter por desobrigado*) apenas em *alternativa* à exigência de uma indenização, pelo que foi logo

51 Consultar C.-W. Canaris, *Das allgemeine...*, ob. cit., p. 333, e o *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, *Bundestag-Drucksache* n. 14/6040, p. 188.

52 Diz que a limitação da indenização “cumulável” com a resolução ao interesse contratual negativo é hoje uma infeliz singularidade nacional, ver António Menezes Cordeiro, em seu *Tratado de direito civil português. II: Direito das obrigações. Tomo IV: Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção. Garantias*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 162.

discutida, ainda no século XIX a possibilidade de “cumulação” com essa “rescisão” de uma indenização por não cumprimento (incluindo *os lucros provenientes do contrato*). Apesar de alguma doutrina não admitir a cumulação do pedido de indenização com a “rescisão”⁵³, essa possibilidade, de exigir uma indenização por não cumprimento (correspondente ao interesse no cumprimento) em caso de “rescisão” do contrato, foi defendida nas primeiras décadas do século passado, designadamente em várias respostas a consultas na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*⁵⁴ e por Guilherme Moreira⁵⁵. A questão era sobretudo discutida em geral a propósito da redação do art. 709, e, portanto, da possibilidade da cumulação entre a “rescisão” por não cumprimento e a indenização, maioritariamente afirmada⁵⁶. A doutrina que admitia a compatibilidade entre a “rescisão” (resolução) e a indenização por não cumprimento era então predominante, entendendo que a indenização cumulável era a indenização pelo não cumprimento, a que se referia o art. 709⁵⁷.

Nestas condições, é claro que só muito imprecisamente pode afirmar-se (como se faz no citado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de dezembro de 2011) que a “*posição clássica*” no nosso direito é a que *nega* a possibilidade de exigir indenização correspondente ao interesse no cumprimento em caso de resolução do contrato por não cumprimento.

Com efeito, essa possibilidade só veio a ser claramente posta em causa, com referência ao interesse contratual negativo, por Inocêncio Galvão Telles, num estudo publicado em 1945, invocando a retroatividade da resolução, que faria com que devesse

53 Ver José Dias Ferreira, *Código Civil Português anotado*, 2. ed, vol. II, Lisboa, Imprensa Nacional, 1895, p. 24.

54 Consultar a *resposta a consulta* na *RLJ*, ano 36 (1903-04), pp. 90-92; a *resposta a consulta* na *RLJ*, ano 48 (1915-16), n. 2013, pp. 388-391; a *resposta a consulta* na *RLJ*, ano 49 (1916-17), n. 2028, pp. 103-104; e a *resposta a consulta* (não assinada, tal como as anteriormente cit.) em *RLJ*, ano 50 (1917-18), n. 2072, pp. 299-301 (300, numa hipótese de venda de uma coisa alheia). Sobre a influência de Guilherme Moreira nesta época da *Revista*, ver Guilherme Braga da Cruz, *A Revista de Legislação e de Jurisprudência / Esboço da sua história*, vol. I, Coimbra, Coimbra Ed., 1975, pp. 444 e ss., e vol. II, Coimbra, 1979, *passim*.

55 *Instituições do direito civil português, vol. II: Das Obrigações*, 2. ed., Coimbra, Coimbra Ed., 1925 (1. ed. de 1911), pp. 566 e ss., em que tratava dos efeitos dos contratos bilaterais e da interpretação do art. 709, começando por esclarecer que esta norma apenas conferia o direito de se ter por desobrigado ao contraente que não deixou de cumprir. Na p. 577, n. 1, o modernizador da Civilística nacional rejeitava a posição de J. Dias Ferreira, limitativa do direito de indenização em caso de rescisão do contrato por não cumprimento, invocando, nesse sentido, já o fundamento e a razão de ser de tal direito de rescisão: *Não se nos afigura verdadeira esta doutrina. O comprador rescinde o contrato pelo fato de o vendedor não haver cumprido. Considera-se desobrigado em virtude do procedimento do vendedor, e pode pedir a indenização de perdas e danos que para ele resultaram de a obrigação não haver sido cumprida em tempo devido. Do não cumprimento da obrigação derivam, pois, para o comprador o direito de rescindir o contrato e o de indenização de perdas e danos* (Grifo nosso).

56 Ver, por ex.: José Tavares, *Os princípios fundamentais do direito civil*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1922, pp. 505 e ss.; José Reis _Maia, *Direito geral das obrigações. Parte I: Das obrigações em geral e dos contratos*, Barcelos, Comp. Ed. do Minho, 1926, n.393 e ss., pp. 398 e ss..

57 Ver ainda Luiz da Cunha Gonçalves, *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil Português*, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1931, pp. 497 e s., 543 e ss., 551, admitindo a cumulação da resolução do contrato (apesar de lhe atribuir efeitos retroativos) com a indenização por perdas e danos. José Gabriel Pinto Coelho, anot. à sentença de 19 de Julho de 1912 do juiz de direito da primeira vara cível do Porto, in *BFD*, vol. 2 (1915-16), pp. 220-240 (233 e s.), admitiu a possibilidade de o credor pedir logo a indenização por não cumprimento, tendo-se por desobrigado. Ver também, mais tarde, id., “Cláusula penal”, in *Revista de Direito Administrativo*, 1, 1957, pp. 178-180. Ver ainda Paulo Cunha, *Direito das obrigações: o objecto da relação obrigacional*, apont. de Orlando Courrège, Lisboa, 1943, pp. 343, 345, admitindo o direito à restituição da prestação cumulável com uma indenização pelos prejuízos sofridos, cuja medida não precisava, mas se afigurava também ser pelo interesse no cumprimento. E António Pinto de Mesquita, “Projecto de reforma do Código Civil”, *RT*, ano 48 (1931), n. 1131, pp. 34-36, propondo, a p. 35, o acréscimo e *bem assim a indemnizá-lo de perdas e danos* (em vez de *ou a indemnizá-lo de perdas e danos*), com a explicação de que a *indenização por perdas e danos não deve ser posta em alternativa, e antes deve acompanhar sempre a falta de cumprimento do contrato*. Ver ainda a notícia comparatística dada à época por E. Rabel, *Das Recht des Warenkaufs*, I, ob. cit., p. 254.

dizer-se que a qualificação da conduta do contraente infiel como não cumprimento *nunca existiu de direito*⁵⁸.

Esta posição *não foi, porém, pacífica*, logo continuando a defender-se que a indenização em caso de rescisão se deveria calcular *segundo as regras gerais*, visando ressarcir o contraente fiel dos prejuízos *resultantes do não cumprimento*, diversamente do que acontece em caso de nulidade do contrato⁵⁹. E idêntica posição se encontrava em *vários arestos dos nossos tribunais superiores*⁶⁰.

Nos trabalhos preparatórios do novo Código, Vaz Serra tratou do problema na sequência da alternativa entre o cálculo da indenização de acordo com a “teoria da sub-rogação” ou segundo a “teoria da diferença”, e, depois de expor os argumentos da posição que remetia o credor que resolve para uma indenização pelo interesse negativo, *afastou-a*⁶¹, *“por sedutora que pareça”*.

Com efeito, o intuito da resolução é fundamentalmente, para Vaz Serra, dispensar o titular do direito de resolução do dever de cumprir, daqui resultando igualmente que o faltoso não é obrigado a cumprir na parte correspondente. Mas daqui não resulta que não deva ele assegurar ao contraente fiel a situação patrimonial que teria se o contrato tivesse sido cumprido, isto é, *dar-lhe o que, compensada a falta da prestação com a da contraprestação, for preciso para lhe garantir o acréscimo patrimonial que deveria obter com o contrato*⁶². Neste sentido deporia, aliás, também a comparação com a situação quando o contraente fiel, em lugar de resolver, limita-se a exigir a indenização, em que pode reclamar o interesse positivo ou de cumprimento. Optando pela resolução, deveria ter também tal possibilidade, pois caso contrário *dependeriam de se escolher um ou outro meio*

58 Inocêncio Galvão Telles, “Não cumprimento de contratos bilaterais (Interpretação dos arts. 676 e 709 do Código Civil)”, ob. cit., *ROA*, 1945, esp. n. 11, pp. 100-102. Posteriormente, ver I. Galvão Telles, *Manual de direito das obrigações*, 2. ed., Lisboa, 1965 (1. ed. 1957), p. 249: *discute-se se o fim da indenização deve ser colocar o contraente na situação patrimonial que ele teria se o contrato houvesse sido cumprido (indenização dos danos positivos) ou na que teria se o contrato não houvesse sido celebrado (indenização dos danos negativos). A segunda solução parece-nos a exata, uma vez que o interessado rescinde o contrato e o dá, consequentemente, sem efeito. Se ele pretendia ser investido na situação patrimonial emergente da execução do contrato, deveria ter optado por essa execução, que a lei lhe faculta em alternativa, como se passa a dizer. Com esta fundamentação, Galvão Telles manteve, depois do Código de 1966, a posição que limita o credor que resolve o contrato bilateral a uma “indenização dos danos negativos” (I. Galvão Telles, *Direito das obrigações*, 7. ed., 1997, ob. cit., p. 463), mas não deixava de relativizar esta posição acrescentando (p. 463, n. 1) poder conceber-se *todavia que o julgador, além dos danos negativos, atenda também aos positivos se, no caso concreto, essa solução se afigurar mais equitativa segundo as circunstâncias* (Grifos nossos).*

59 Assim, claramente, a *Revista dos Tribunais*: “Competência territorial, obrigação sucedânea e rescisão do contrato”, in *RT*, ano 68 (1950), n.1611-1616, 1615, pp. 98-102, 100, dizendo que, não sendo estabelecida cláusula penal, a indenização visa ressarcir o contraente fiel de todos os prejuízos sofridos pelo incumprimento de que o remisso é culpado, e discordando expressamente da posição de Galvão Telles, pois a situação em caso de “rescisão” por não cumprimento é diversa da de rescisão por nulidade em que os contraentes são colocados na situação anterior ao contrato (salvo em caso de dolo ou má-fé, em que há indenização – art. 697, § 2)..

60 Ver, por exemplo, os acórdãos do STJ de 4 de maio de 1955 (relator: Lencastre da Veiga), in *BMJ*, n. 48 (1955), pp. 635-638 (637, admitindo a cumulação da restituição do que se pagou com a indenização por não cumprimento), e de 5 de Abr. de 1957 (relator: Carlos Saavedra), in *BMJ*, n. 66 (1957), pp. 365-370. E ver, no mesmo sentido, também a decisão recorrida, do Tribunal da Relação de Lisboa, de 6 de Jan. de 1956 (relator: Sousa Monteiro), in *BMJ*, n. 55 (1956), pp. 274-279..

61 Adriano Vaz Serra “Impossibilidade superveniente e cumprimento imperfeito imputáveis ao devedor”, *BMJ*, n. 47 (1955), pp. 37-41 (esp. 39 e s.).

62 Ob. cit., pp. 39-40.

*resultados económicos muito diferentes, quando o valor destes deve ser sensivelmente o mesmo*⁶³. Vaz Serra propunha, assim, que o credor pudesse também, na hipótese de impossibilidade da prestação por causa imputável ao devedor, *resolver o contrato e exigir indenização dos danos resultantes do fato de o contrato não ter sido cumprido*⁶⁴.

E, no domínio do Código de 1966, Vaz Serra *continuou a defender* a possibilidade de se “cumular” a resolução com a exigência da indenização pelo interesse no cumprimento⁶⁵.

A possibilidade de o credor lesado que resolve o contrato exigir uma indenização correspondente ao interesse no cumprimento veio, porém, a ser logo *posta em causa* depois da entrada em vigor do Código, por nomes dos mais autorizados da nossa doutrina, invocando, designadamente, a *retroatividade* da resolução e a alegada *contradição* em que incorreria o credor se *resolvesse o contrato e, ao mesmo tempo, o fizesse valer, pedindo uma indemnização pelos prejuízos derivados do não cumprimento*⁶⁶.

E essa posição tornou-se *dominante na doutrina* durante muito tempo, com base sobretudo nestes argumentos – a consideração dos *efeitos retroativos* da resolução, que destruiria as obrigações contratuais e também os deveres secundários de indenização, e a alegada incoerência da posição do credor, ao pretender, depois de ter *optado por extinguir* o contrato pela resolução, basear-se nele, para obter uma indenização correspondente ao interesse *no seu cumprimento*⁶⁷. Mas também foram invocados outros argumentos, como o fato de a indenização correspondente ao interesse contratual negativo também poder incluir lucros cessantes ou a corresponsabilidade das posições das partes num contrato bilateral, e

63 Ob. cit., p. 40. Vaz Serra notava também que o valor do interesse negativo pode ser superior ao do interesse positivo, salientando que *o que poderia discutir-se seria se, admitida a indemnização nos limites do interesse negativo, não deveria estabelecer-se que ela não pode exceder o montante do interesse positivo ou de cumprimento*. Mas não era esta a orientação, por ex., de I. Galvão Telles, *Não cumprimento...*, ob. cit., pp. 101-102.

64 *Impossibilidade superveniente e cumprimento imperfeito imputáveis...*, ob. cit., p. 93, art. 3, n. 3. Ver também, para a hipótese de mora, id., “Mora do devedor”, 1955, pp. 273 e s., 291 e s. (analisando o regime do Código de Seabra, concordando com Guilherme Moreira). No contexto do tratamento dos efeitos da resolução e em particular do problema da sua retroatividade, ver id., *Resolução do contrato*, 1957, pp. 210 e ss. (dizendo logo que *não deve exagerar-se o alcance desta retroatividade*).

65 Assim, na anot. ao ac. do STJ de 5 de Dez. de 1967, in *RLJ*, 101, pp. 264 e s., e n. 3, e na anot. ao ac. do STJ de 30 de Jun. de 1970, *RLJ*, 104, pp. 204-208 (207, admitindo uma indenização pela diferença de valor entre a prestação e a contraprestação, num caso de não cumprimento do contrato de empreitada).

66 Francisco Pereira Coelho, *Obrigações, Lições*, Coimbra, policop. 1966-1967, n. 243, p. 230. Referimo-nos também logo à anotação de J. Antunes Varela ao cit. acórdão do STJ de 16 de Fevereiro de 1967, in *RLJ*, ano 100, pp. 266-271.

67 Ver João Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. II, 7. ed., Coimbra, Almedina, 1997, pp. 109 e s.; Fernando Pires de Lima/João de Matos Antunes Varela, *Código Civil anotado*, com a colaboração de M. Henrique Mesquita, Coimbra, Coimbra Ed., vol. II, 3. ed., anot. 3 ao art. 801, p. 58; Carlos Alberto da Mota Pinto, *Cessão da posição contratual*, Coimbra, 1970 (reimpressão 1982), p. 412, e n. 1; Vasco Lobo Xavier, “Venda a prestações. Algumas notas sobre os arts. 934 e 935 do Código Civil”, *RDES*, ano 21 (1977), p. 262; Mário Júlio Almeida Costa, *Direito das obrigações*, 12. ed., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 1045 e s.; Fernando Pessoa Jorge, *Direito das obrigações*, 1 vol., Lisboa, AAFDL, 1975-76, p. 634, id., *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Lisboa, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 1968, p. 1968, p. 380; António Pinto Monteiro, “Sobre o não cumprimento na venda a prestações”, in *O Direito*, ano 122 (1990), pp. 555-568 (561), id., *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 693-695; João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 248, id., “Incumprimento e responsabilidade civil”, in id., *Estudos de direito civil e processo civil (pareceres)*, Coimbra, Almedina, 1996, pp. 97-120 (119); Pedro Romano Martinez, *Cumprimento defeituoso/em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, Almedina, 1994, pp. 349-351. Uma posição menos fechada era a de José Carlos Brandão Proença, *A resolução do contrato no direito civil. Do enquadramento e do regime*, Coimbra, separata do vol. 22 do *BFD*, 1982 (reimpr. Coimbra Ed., 2006), pp. 210-214, pretendendo superar a “moldura excessivamente fixa” que seria constituída pela contraposição entre interesse negativo e interesse positivo.

consequente impossibilidade de fazer derivar do seu inadimplemento obrigações num só sentido, de restituição e de indenização⁶⁸.

A tal posição dominante *contrapôs-se*, porém, desde sempre um *setor da doutrina*, primeiro minoritário, mas que se tem vindo a tornar *mais expressivo*⁶⁹, que rejeita a incompatibilidade entre a resolução por não cumprimento e a indenização pelo interesse contratual positivo, permitindo, pois, ao credor que resolve o contrato reclamar uma indenização pelo *interesse no cumprimento*. Além de Vaz Serra, esta posição foi defendida designadamente por Baptista Machado⁷⁰, comparando a posição do credor resolvente com a solução resultante da aceitação da “teoria da diferença”, como método de cálculo da indenização do credor, numa “faculdade resolutive *sui generis*” devida ao fato de o vínculo contratual se extinguir logo com a impossibilidade⁷¹, invocando também argumentos textuais (art. 802, n. 1: *em qualquer dos casos*⁷²; art. 1223; e art. 801, n. 2⁷³), e, ainda, a comparação, nos casos de impossibilidade parcial, entre a posição do credor que resolve e a daquele que se limita a rejeitar a prestação parcial, com fundamento no art. 763, e a pedir indenização (pelo interesse no cumprimento)⁷⁴. Rejeitando a pretensa incompatibilidade lógica entre a resolução por inadimplemento e indenização pelo não cumprimento⁷⁵, para Baptista Machado não poderia dizer-se que, na resolução, o credor se aparta de todo do escopo e da moldura do mesmo contrato, eliminando quanto possível as consequências já produzidas pela relação contratual e renunciando necessariamente ao lucro contratual ou à indenização pelo lucro cessante⁷⁶. Admitia, assim, mesmo em caso de permuta⁷⁷,

68 Neste último sentido, ver Luís Menezes LEitão, *Direito das obrigações*, vol. II, Coimbra, Almedina, 4. ed., 2006, pp. 267-268.

69 Ver, por exemplo, os Autores referidos por M. J. Almeida Costa, *Direito das obrigações*, ob. cit., p. 1045-1046, n. 2

70 Ver J. Baptista Machado, “Pressupostos da resolução por incumprimento”, 1979, in *Obra dispersa*, Braga, 1991, 175-181, e id., “A resolução por incumprimento e a indenização”, apontamentos policop. de 1982, in *Obra dispersa*, ob. cit., pp. 196-213. Um resumo da argumentação de Baptista Machado pode ver-se em J. Ribeiro de Faria, *A natureza da indemnização... – novamente a questão*, ob. cit., pp. 33 e ss. (e ver em geral pp. 25 e ss., para uma exposição sobre as diversas posições defendidas).

71 J. Baptista Machado, *Pressupostos...*, ob. cit., pp. 179 e ss., e sobretudo id., *A resolução por incumprimento e a indemnização*, ob. cit., *passim*.

72 Na hipótese de o credor optar pela redução do preço, ninguém contesta o seu direito à indenização pelo interesse no cumprimento. Ora, a indenização deve ser igual se o credor optar pela resolução, pois a norma não distingue (“em qualquer dos casos”).

73 J. Baptista Machado, *Pressupostos...*, ob. cit., pp. 178 e s.

74 J. Baptista Machado, *Pressupostos...*, ob. cit., pp. 177 e s., id., *A resolução por incumprimento e a indenização*, ob. cit., p. 200. O argumento de comparação referido no texto é o seguinte: se, no caso do art. 802, o credor tem de optar entre a resolução e a redução, e se, optando pela primeira, não pode exigir reparação dos lucros cessantes, fica em pior situação do que se rejeitar uma prestação parcial (art. 763, n. 1), quando a prestação devida ainda se não tornou parcialmente impossível, o que, como a impossibilidade parcial prevista no art. 802 é imputável ao devedor, não se compreenderia.

75 V J. Baptista Machado, *Pressupostos...*, ob. cit., pp. 181, ss., afirmando que seguro é apenas que a resolução é incompatível com a grande indemnização, ou seja, com a indemnização que abranja o valor da própria prestação do devedor que, através da resolução, é ‘rejeitada’.

76 J. Baptista Machado, *Pressupostos...*, ob. cit., pp. e s., atribuindo uma função ampla à resolução, como meio de tutela do credor, e não simples processo expedito de se libertar do vínculo contratual, ou de rejeição da prestação parcial. Baptista Machado rejeitava também o argumento *ex art. 908*, quer por este se achar informado pelo regime específico da teoria da redibição, quer por configurar a hipótese a que se refere como de anulação, e não como problema de resolução (*Pressupostos...*, ob. cit., p. 183, n. 70).

77 Baptista Machado (*A resolução...*, ob. cit., p. 207) retoma um ex. dado por Larenz: **A**, negociante de antiguidades, e **B**, pianista, convencionam a seguinte permuta: **A**, muito interessado num vaso pertencente a **B**, decide-se a entregar a este um piano de família, com o valor de mercado de cerca de 5000 DM, contra a entrega por **B** do dito vaso, com um valor de mercado de 6000 DM, por ser esse o único meio por que **B** aceita desfazer-se deste objecto. Por culpa de **B**, o vaso foi destruído antes da entrega.

que o credor que resolve o contrato pudesse exigir uma indenização pelo não cumprimento, incluindo o maior valor da prestação que lhe era devida, afirmando que a tese contrária *até hoje não logrou escorar-se em argumentos minimamente persuasivos*⁷⁸.

Esta posição foi *repetidamente retomada* na nossa doutrina, quer no contexto da comparação entre o direito português e o regime da Convenção de Viena sobre Venda Internacional de Mercadorias, prossequindo consequentemente a argumentação utilizada para não excluir qualquer indenização em caso de resolução (e rejeitando argumentos puramente formais)⁷⁹, quer aprofundando o confronto entre a indenização em caso de resolução e a opção entre o “método da sub-rogação” e o “método da diferença”, e analisando a função da resolução (dita não “restitutória ou liberatória”, mas “ressarcitória”)⁸⁰, quer, ainda, baseando-se em argumentos exegéticos e sistemáticos⁸¹ ou, mais recentemente, procurando “revisitar” o problema recordando os argumentos a favor da compatibilidade entre a resolução e o interesse contratual positivo à luz de desenvolvimentos legislativos e doutrinários⁸².

Deve notar-se que o setor da doutrina que defende a possibilidade de exigir uma indenização pelo interesse no cumprimento em caso de resolução do contrato por inadimplemento tem vindo a *engrossar de forma relevante* nos anos mais recentes, com várias posições fundamentadas nesse sentido⁸³ e, mesmo, com evolução e alterações de posições expressas por alguns autores⁸⁴.

Perante a posição dominante na doutrina – mas longe de unânime, e mesmo em “recoo” –, a *jurisprudência* orientou-se também no sentido de computar a indenização exigida pelo credor que resolveu o contrato como correspondendo ao interesse contratual negativo, não lhe permitindo então reclamar uma indenização pelo interesse no cumprimento⁸⁵. Tratava-se

78 J. Baptista Machado, *A resolução por incumprimento e a indemnização*, ob. cit., p. 195.

79 M. Ângela Soares/R. Moura Ramos, *Contratos internacionais*, ob. cit., pp. 204-206.

80 Referimo-nos aos trabalhos de J. Ribeiro de Faria sobre o tema (primeiro *A natureza do direito de indemnização cumulável com o direito de resolução dos arts. 801 e 802 do Código Civil, Direito e justiça*, 1994, pp. 57-89, e depois id., *A natureza da indemnização... – novamente a questão*, ob. cit., 2001, pp. 11-62), em que concluiu defendendo a tese da compatibilidade entre a resolução e a indenização pelo interesse no cumprimento. Anteriormente, em id., *Direito das obrigações*, 1987, pp. 434 e s., assumia uma posição dubitativa.

81 Ana Prata, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 1985, pp. 479-495.

82 Pedro Romano Martinez, *Da cessação do contrato*, 2. ed., Coimbra, Almedina, 2006, pp. 207 e ss. (noutro sentido, ainda, porém, como referimos, em id., *Cumprimento defeituoso...*, ob. cit., pp. 349-351).

83 Assim, A. Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*. II/4, ob. cit., 2010, p. 162 (a posição dominante é uma “infeliz singularidade nacional”, há muito abandonada na terra de origem, que se conversa “pelo hábito de manter referências clássicas fora do contexto”, e, na jurisprudência, pelas “dificuldades dispensavelmente causadas pela literatura”); Nuno Pinto de Oliveira, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 886-890 (com análise dos argumentos, incluindo a forma de cálculo da indenização), e as nossas próprias posições, primeiro em *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. II, 2008, n. 49, e na anot. cit., *Indemnização em caso de resolução do contrato*, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n. 3968, Maio-Junho 2011.

84 Com *evolução* no sentido referido, ver, por exemplo, as posições de J. Baptista Machado, em *Pressupostos da resolução por incumprimento*, 1979, ob. cit., pp. 175-181, e *A resolução por incumprimento e a indemnização*, apontamentos policop. de 1982, *passim*; J. Ribeiro de Faria, *Direito das obrigações*, ob. cit., 1987, pp. 434 e ss., id., *A natureza do direito de indemnização cumulável...*, ob. cit., 1994, e novamente em id., *A natureza da indemnização... – novamente a questão*, ob. cit., 2001; e P. Romano Martinez, *Cumprimento defeituoso...*, ob. cit., 1994, pp. 349-351, e id., *Da cessação do contrato*, ob. cit., 2006 (1. ed., 2005), pp. 207 e ss. De entre as tomadas de posição mais recentes, cf., porém, no sentido da posição que limita a indenização ao interesse negativo, ainda L. Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, II, ob. cit., pp. 267-268.

85 Notando as “dificuldades dispensavelmente causadas pela literatura” à jurisprudência, ver A. Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*. II/4, ob. cit., 2010, p. 162.

de orientação quase uniforme dos nossos tribunais⁸⁶, que, com ela, romperam com a linha jurisprudencial aparentemente dominante e defendida pelo menos desde Guilherme Moreira, no domínio do Código de Seabra⁸⁷. Mas trata-se de orientação, até há pouco tempo, notoriamente *carecida de problematização e discussão crítica*, pois a maioria das decisões limitava-se a remeter para a *retroatividade* da resolução ou para a opção do credor por tal destruição (ou “liquidação”) da relação contratual, a qual seria *incompatível* com a indenização pelo não cumprimento.

Já o citado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de fevereiro de 2009 (e, posteriormente, o de 15 de dezembro de 2011) procurou *colmatar esta falha*, invocando argumentos *substanciais* no sentido da impossibilidade de o credor que resolveu o contrato por não cumprimento exigir uma indenização correspondente ao interesse no cumprimento – designadamente, um suposto “*desequilíbrio*” *prestacional* que resultaria de o credor obter a *restituição* do que prestou e uma *indenização* como que se o contrato tivesse sido cumprido.

Em 2011, porém, no citado acórdão de 21 de outubro de 2010, o Supremo Tribunal de Justiça veio *reconhecer amplamente* (embora não deixando de apontar para possíveis exceções) a *possibilidade de indenização do interesse contratual positivo em caso de resolução*, aproximando-se da orientação esmagadoramente dominante no direito comparado.

Em face desta divergência, e até de algumas *hesitações e casuísmo* facilmente detetáveis na evolução da nossa jurisprudência superior, há de se indagar *qual das orientações* sobre o cálculo da indenização em caso de resolução do contrato por não cumprimento, que se encontram na nossa doutrina – e que agora estão também vivas na nossa jurisprudência –, está *consagrada no direito português em vigor*, podendo estribar-se em *melhores argumentos*, ou sendo mesmo *imposta* por eles.

86 A jurisprudência neste sentido é abundante. Ver, cronologicamente, e por exemplo, os acórdãos: do Tribunal da Relação do Porto [TRP] de 4 de Jan. de 1979 (*CJ*, 1979, t. 1, pp. 237-239); do TRL de 20 de Nov. de 1981 (relator: Alcides de Almeida, *CJ*, 1981, t. 5, pp. 150-151); do STJ de 26 de Fev. de 1992 (relator: Martins da Fonseca, in *BMJ*, n. 414, 1992, pp. 492-513, pp. 512 e s.); do Tribunal da Relação de Coimbra [TRC] de 26 de Out. de 1994 (relator: Francisco Lourenço, *CJ*, ano XIX, 1994, t. 1, pp. 18, 23; do Tribunal da Relação de Évora de 12 de Jan. de 1995 (*CJ*, 1995, t. 1, pp. 271-274); do Tribunal da Relação de Lisboa [TRL] de 23 de Fev. de 1995 (relator: Santos Bernardino, *CJ*, ano XX, 1995, t. 1, pp. 143-146); do STJ de 11 de Fev. de 1999 (relator: Noronha Nascimento, *CJ-STJ*, 1999, t. 1, pp. 111-114); do TRC de 26 de Set. de 2000 (relator: António Geraldes, *CJ*, 2000, t. 4, pp. 17-24); do STJ de 4 de Abr. de 2002 (relator: Neves Ribeiro, *CJ-STJ*, 2002, t. 1, pp. 151-154); do STJ de 13 de Jul. de 2004 (relator: Salvador da Costa, in *CJ-STJ*, ano XII, 2004, tomo 2, pp. 145-150); do STJ de 21 de Abr. de 2005 (cit., *CJ-STJ*, 2005, II, pp. 64-66); do STJ de 27 de Abr. de 2005 (relator: Nuno Cameira, revista n. 514/05, 6.ª secção, sumário in *www.stj.pt*); do TRL de 5 de Maio de 2005 (relatora Fátima Galante, in *CJ*, 2005, III, pp. 71-78, 76-77); do TRP de 3 de Nov. de 2005 (relator: Gonçalo Silvano, in *CJ*, 2005, t. 5, pp. 174-178); do STJ de 22 de Set. de 2005 (relator: Ferreira Girão, proc. n. 05B1894, in *Base Jurídico-Documental do ITIJ – www.dgsi.pt*); do STJ de 29 de Nov. de 2005 (relator: Salvador da Costa, proc. n. 05B3651, *Base Jurídico-Documental do ITIJ*); do STJ de 21 de Março de 2006 (proc. n. 06A329, relator: Fernandes Magalhães, in *Base Jurídico-Documental do ITIJ*); do STJ de 9 de Out. de 2006 (proc. n. 06A2753, relator: Urbano Dias, in *Base...*, ob. cit.); e do STJ, de 23 de Janeiro de 2007 (proc. n. 06A4486, relator: Sebastião Póvoas, in *Base...*, ob. cit.), estes últimos a propósito de contratos de empreitada. E ainda, mais recentemente, os citados acórdãos do STJ de 12 de Fevereiro de 2009 e de 15 de Dezembro de 2011.

87 Contra a possibilidade de se pedir a “rescisão” do contrato e a indenização por não cumprimento, no domínio do Código de Seabra, cf. o acórdão do STJ, 25 de Agosto de 1893 (relator: Mexia Salema), in *GazRL*, ano 7, n. 57 (1894), pp. 453, s.). No mesmo sentido, o acórdão do TRL de 28 de Janeiro de 1920 (relator: C. Monteiro), in *GazRL*, ano 34, n. 15 (1920), pp. 226-229, com anot. discordante. Cf. também o acórdão do STJ de 13 de Janeiro de 1922 (relator: Veiga), in *GazRL*, ano 35 (1921), pp. 343-344. Mas admitindo a possibilidade de pedir indemnização por não cumprimento, mesmo em caso de rescisão do contrato, cf., a sentença do Juiz de Direito de Anadia de 26 de Junho de 1911 (F. Sousa Pinto), in *GazRL*, ano 25, n. 67 (1912), pp. 530-534 (534), e, depois, os acórdãos do STJ de 6 de Julho de 1915 (relator: E. Tovar), 19 de Novembro de 1920 (relator: Ver Caldeira), e 7 de Agosto de 1923 (relator: M. Horta), todos na *GazRL*, resp. ano 29, n. 7 (1915), pp. 102-104; ano 36, n. 1 (1922), pp. 8-11; e ano 37, n. 18 (1924), pp. 277-282, com nota concordante da redação. Segundo este último aresto, *é perfeitamente cumulável e legal o pedido de rescisão do contrato com o de indemnização de perdas e danos*, estando em causa no caso uma indenização por não cumprimento. Ver ainda os acórdãos do STJ de 8 de Janeiro de 1932 (relator: Silva Monteiro), in *Col. Of. STJ*, 31 ano (1932), pp. 8-9, e de 27 de Março de 1942 (relator: Heitor Martins), in *BofMJ*, ano II, n. 10 (1942), pp. 110-112, e *RLJ*, ano 75 (1942), pp. 156-159.

II A SOLUÇÃO PREFERÍVEL NO DIREITO PRIVADO PORTUGUÊS EM VIGOR

4 Os argumentos literal e histórico apontam para a possibilidade de o credor exigir uma indenização por interesse no cumprimento em caso de resolução por inadimplemento

A norma que prevê que o credor lesado pelo não cumprimento tem direito a uma indenização dos prejuízos causados pela falta culposa ao cumprimento é, entre nós, como se sabe, o art. 798 do Código Civil. Este dispõe: *O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor.*

Por sua vez, a independência do direito de indenização do credor em relação à resolução do contrato por não cumprimento resulta, claramente, da redação do art. 801, n. 2, segundo o qual: *Tendo a obrigação por fonte um contrato bilateral, o credor, independentemente do direito à indemnização, pode resolver o contrato e, se já tiver realizado a sua prestação, exigir a restituição dela por inteiro.* (Grifos nossos)

E há ainda que considerar o disposto, em geral, quanto ao alcance e à medida da indenização, nos arts. 562 (*Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação*), e 566, n. 2 (*Sem prejuízo do preceituado noutras disposições, a indemnização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos*), que também são aplicáveis ao cálculo da indenização em caso de não cumprimento.

Como é bom de ver, não resulta destas disposições da nossa lei civil (ao contrário, por exemplo, do que se prevê na lei suíça) qualquer limitação da indenização, a que tem direito o credor resolvente por inadimplemento, ao chamado “interesse contratual negativo” – designadamente, não é nelas afastada uma indenização correspondente ao interesse no cumprimento. O que é tanto mais notório quanto, como é sabido, noutras disposições do Código Civil, em que entendeu justificar-se uma limitação da indenização ao interesse contratual negativo, o legislador não deixou de a prever expressamente – é o caso dos arts. 898, parte final, e 908^{ss}.

Da conjugação dos art. 798, 801, n. 2, 562 e 566, n. 2, não resulta, pois, nenhum argumento literal contrário à indenização por interesse no cumprimento, em caso de resolução. Pelo contrário, considerando o disposto nos arts. 898 e 908, pode dizer-se mesmo que o legislador civil admite aquela indenização, pois não dispôs expressamente que essa indenização (a que se referiu no art. 801, n. 2) apenas se reportava ao prejuízo que o credor não teria sofrido se o contrato não tivesse sido celebrado, como fez naqueles arts. 898 e 908. E,

88 Sobre estas normas, ver a análise no nosso *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, ob. cit., vol. II, n. 43, a), pp. 1198 e ss.

tendo em conta tratar-se de uma indenização que *tem como fundamento o não cumprimento*, a conjugação dos arts. 798 e 562 (sem que o direito de indenização seja prejudicado pela resolução, nos termos do art. 801, n. 2) aponta também para a possibilidade de o credor resolvente exigir uma indenização pelo interesse no cumprimento. Reconhece-se, porém, que há de superar-se o plano da interpretação *puramente literal*, considerando outros elementos de interpretação.

Quanto ao argumento *histórico*, é certo que a orientação propugnada por Vaz Serra no seu anteprojeto, de admitir a indenização por interesse no cumprimento também em caso de resolução do contrato⁸⁹, não ficou prevista no Código Civil. A norma proposta por Vaz Serra foi, antes, alterada logo na primeira revisão ministerial no sentido de se limitar expressamente a indenização ao interesse contratual negativo⁹⁰. Mas o certo é que o texto final do Código *não veio a conter esta limitação*, não fez *qualquer referência à medida da indenização*, apenas *ressalvando o direito a indenização* do credor em caso de resolução⁹¹.

Pode, pois, dizer-se, com segurança, que o argumento *histórico* é, pelo menos, *inconcludente*, ou aponta no sentido da *indenização pelo interesse no cumprimento*, não só considerando a tradição jurisprudencial e doutrinal no domínio do Código de Seabra (que não era no sentido da limitação da indenização do resolvente ao interesse contratual negativo), como em face dos trabalhos preparatórios: se a alteração do anteprojeto de Vaz Serra terá visado, num primeiro momento, afastar a cumulação com a indenização pelo interesse no cumprimento, o certo é que também não ficou consagrada expressamente qualquer limitação ao interesse contratual negativo (como se previa no texto saído da redação resultante da 1.^a revisão ministerial).

Aliás, mesmo em Portugal, no domínio do Código de Seabra, foi, como se viu, durante bastante tempo, dominante a possibilidade de exigir indenização por não cumprimento em caso de resolução. E esta é também a posição *mais antiga*, decorrente da *configuração clássica dos institutos da indenização por não cumprimento e da resolução por inadimplemento* (ou “condição resolutiva tácita”), sendo, neste sentido, ela a que mereceria, com propriedade, ser qualificada como a “*posição clássica*”⁹². Pode, pois, concluir-se que a

89 Ver Adriano Vaz Serra, “Direito das obrigações (com excepção dos contratos em especial) / Anteprojecto”, separata do *BMJ*, Lisboa, 1960, art. 75, n. 1.

90 *Código Civil – Livro III, Direito das obrigações (1.^a revisão ministerial)*, Lisboa, 1962, art. 785, n. 1: *Quando a prestação, que se tornou impossível, tenha por fonte um contrato bilateral, o credor tem o direito de resolver o contrato e exigir ao mesmo tempo indemnização dos danos provenientes da não realização do contrato* (itálico aditado). Pretendia-se, desta forma, consagrar (apesar da menor correcção da formulação) a limitação da indenização do resolvente ao interesse contratual negativo.

91 2.^a revisão ministerial, art. 801, n. 2 (*independentemente do direito à indenização, pode resolver o contrato*).

92 Para elementos *históricos* sobre a origem da resolução por não cumprimento, prevista no *Code Civil* como “condição resolutiva tácita” (art. 1184, n. 1: *a condição resolutiva é sempre subentendida nos contratos sinalagmáticos, para o caso de uma das duas partes não cumprir a sua obrigação*), ver Georges Boyer, *Recherches historiques sur la résolution des contrats (origines de l'article 1184 C. Civ.)*, Paris, Presses Univ. de France, 1924; Ugo Petronio, “Risoluzione del contratto (dir. interm.)”, *ED*, 1989, vol. XL, pp. 1293-1307, Karl Otto Scherner, *Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung / Untersuchungen zur deutschen Privatrechtslehre der Neuzeit*, Wiesbaden, Steiner, 1965. Como estas investigações mostram, a resolução por não cumprimento, sendo desconhecida como tal no direito romano – que não elaborara a noção de sinalagma funcional e seus efeitos (ver Pietro Cerami, “Risoluzione del contratto (dir. rom.)”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XL, 1989, pp. 1277-1292) –, procede da confluência de origens diversas, desde contributos jusracionais e do direito costumeiro (com a *lex commissoria tacita*) de algumas regiões até influências do direito canónico (*frangenti fidem non est fides servanda*). Para a perspetivação como condição resolutiva tácita, ver R. J. Pothier, *Traité des obligations*, Paris, 1761 (cit. na ed. de 1821), vol. II, n. 672. Jean Domat (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, tome I, ob. cit., 1771, parte I, liv. I, tit. 1, secc. 6,

posição dominante durante muito tempo, no sentido da impossibilidade de em caso de resolução do contrato exigir uma indenização pelo interesse no cumprimento, não pode abonar-se com argumentos jurídico-positivos, a partir de alguns dos elementos literal e histórico de interpretação. A *letra* do art. 801, n. 2, é, no mínimo, inconclusiva, pois limita-se a *salvaguardar o direito à indenização* do contraente que resolve dos efeitos da resolução (*independentemente do direito à indenização, o credor pode resolver*)⁹³. E também o argumento histórico, se aponta nalgum sentido, é seguramente no de o legislador *não ter pretendido que a limitação da indenização do credor resolvente ao interesse contratual negativo ficasse expressamente prevista* no Código Civil.

5 Os arts. 801, n. 2, e 798 do Código Civil e o argumento sistemático

Também não se afiguram decisivos, por si sós, os argumentos de ordem *sistemática*, baseados na comparação da letra do art. 801, n. 2, com os efeitos retroativos previstos para a resolução⁹⁴. Isto, quer assentem no regime previsto no art. 802, n. 1, para a impossibilidade parcial⁹⁵ ou na possibilidade de o credor rejeitar a prestação parcial e reclamar indenização pelo interesse no cumprimento – pelo que se não compreenderia que a aceitação da prestação parcial significasse a renúncia a uma indenização pelo interesse no cumprimento, quando em caso de impossibilidade parcial opta depois por resolver o contrato, com o mesmo resultado prático da rejeição da prestação –⁹⁶, quer considerem o regime de certos contratos em especial, como a compra e venda (arts. 908 e ss.)⁹⁷ ou a empreitada (art. 1223)⁹⁸.

§ 11, p. 26) falava também da resolução das convenções por inexecução da outra parte, afirmando que tal regra era uma consequência da responsabilidade, nomeadamente da ideia de que *si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur*. E dizia que, *se a resolução for por justiça, elas [as partes] são postas na situação que deve seguir a resolução das convenções, com as restituições, indenizações e outras consequências, segundo os efeitos que deve ter a convenção nas circunstâncias e a consideração que se deve ter às diferentes causas da resolução*. O que dependeria da prudência do juiz, seguindo as regras sobre o não cumprimento.

- 93 Dizemos “no mínimo”, porque, como vimos, o elemento literal, se inculca alguma solução, é *claramente a da não afetação do direito à indenização pelo exercício do direito de resolução*, apontando, pois, para uma pretensão ressarcitória *idêntica quer o contrato se mantenha quer seja resolvido* – isto é, para uma indenização correspondente ao interesse contratual positivo.
- 94 Voltaremos *infra*, no n. 8, ao argumento da retroatividade dos efeitos da resolução.
- 95 O argumento é aqui o de que o art. 802, n. 1, dispõe que *em qualquer dos casos* o credor mantém o direito à indenização, parecendo que tal indenização será, portanto, *idêntica* quer o credor resolva o contrato ou exija o cumprimento do que for possível, ou seja, que será uma indenização pelo interesse contratual positivo. O arg. não deixa de ter alguma força (ver aliás J. Baptista Machado, *Pressupostos...*, ob. cit., p. 178), correspondendo a interpretação referida sem dúvida ao sentido mais natural do preceito.
- 96 Argumento apresentado por Baptista Machado, ob. cit., pp. 179 e s., e id., “A resolução...”, ob. cit., p. 200, e acolhido por J. Ribeiro de Faria, *A natureza do direito de indemnização cumulável com o direito de resolução dos arts. 801 e 802 do Código Civil*, ob. cit., pp. 81 e s., id., *A natureza da indemnização... – novamente a questão*, ob. cit., pp. 40 e s.
- 97 O argumento baseado na concessão ao comprador de coisas defeituosas ou de bens onerados de uma indenização correspondente ao interesse contratual negativo (arts. 908 e 909), apesar de por vezes mencionado (J. Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. II, ob. cit., p. 109, e n. 2; J. Calvão da Silva, *Incumprimento...*, ob. cit., p. 119), é insuficiente, considerando que se está aí perante uma hipótese de invalidade, e não de resolução. Ver J. Baptista Machado, *Pressupostos...*, ob. cit., p. 183, n. 70, J. Ribeiro de Faria, *Direito das obrigações*, II, ob. cit., p. 432, n. 1, id., *A natureza da indemnização... – novamente a questão*, ob. cit., pp. 52 e s.
- 98 O art. 1223 prevê que o exercício do direito de resolução, previsto no art. 1222, n. 1, *não exclui o direito a ser indemnizado nos termos gerais*, podendo este direito de indenização também corresponder a uma não aceitação da prestação, pelo que não faria sentido reconhecê-lo sob condição de renúncia à indenização pelo não cumprimento – J. Baptista Machado, *Pressupostos...*, ob. cit., pp. 178 e s. O argumento, apesar da sua indiscutível força, não diz, porém, respeito ao regime geral do não cumprimento, e versa especificamente sobre uma hipótese de cumprimento defeituoso.

Já do *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas* resulta, claramente, a consagração do *método da diferença* para cálculo da indenização por não cumprimento. Com efeito, nos termos do art. 102, n. 3, desse Código, caso o administrador da insolvência recuse o cumprimento dos contratos do insolvente, nenhuma das partes tem direito à restituição do que prestou (al. *a*)), mas a massa insolvente pode exigir o valor da contraprestação correspondente à prestação já efetuada pelo devedor, na medida em que aquela não tenha sido ainda realizada pela outra parte (al. *b*)). E, por sua vez, a outra parte nesses negócios tem direito a exigir, como crédito sobre a insolvência, o valor da prestação do devedor insolvente, na parte não cumprida, deduzido do valor da contraprestação correspondente que ainda não tenha sido realizada (al. *c*)). Ora, quanto à *indenização* dos prejuízos causados à outra parte pelo não cumprimento pela massa insolvente (al. *d*)), além de estar limitada ao valor da contraprestação a efetuar pela outra parte, é abatida ao quantitativo da prestação do devedor insolvente, a que a outra parte tenha direito, por aplicação da alínea *c*). Além disso, qualquer das partes pode *compensar as obrigações relativas ao valor da prestação do devedor insolvente e à indenização* (als. *c*) e *d*)) com a obrigação relativa ao valor da sua contraprestação (al. *b*)), até à concorrência dos respectivos montantes. Esta regra sobre a indenização é também aplicada às “prestações indivisíveis” (de *natureza infungível, ou que seja fraccionável na entrega de várias coisas, não facilmente substituíveis, entre as quais interceda uma conexão funcional*), pelo art. 103, n. 1, al. *b*), segundo o qual o direito à indenização da outra parte *tem por objecto a diferença, se favorável à outra parte, entre os valores da totalidade das prestações contratuais*.

Consagra-se, pois, a “**teoria da diferença**” para cálculo da indenização, num ponto em que a exigência de segurança e previsibilidade, para a liquidação do património ou a possibilidade de recuperação da empresa do devedor, é manifesta, não se tendo o legislador bastado com a remissão para as *regras gerais* de cálculo das responsabilidades pelo não cumprimento – e em particular da avaliação dos danos pelo não cumprimento –, cuja aplicação poderia causar grande insegurança. Ora, apesar de não se tratar de um argumento sistemático só por si decisivo, também este *lugar paralelo* do Código da Insolvência inculca, sem dúvida, a possibilidade de o credor que resolve o contrato exigir uma indenização pelo interesse contratual positivo.

Os argumentos sistemáticos, por si sós não decisivos, se depõem nalgum sentido, é, pois, seguramente, o de *não se excluir a possibilidade de o credor que resolve o contrato por não cumprimento exigir uma indenização correspondente ao interesse no cumprimento*. Existem vários *lugares paralelos que inculcam* esta solução – como, por exemplo, nos arts. 802, n. 1, e 1223 (e, *a contrario*, 898, 2.^a alternativa, e 908) do Código Civil, e nos arts. 102, n. 3, alínea *d*), e 103, n. 1, alínea *b*), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

Mas é claro que não podemos ficar por aqui. Deve-se, antes, que analisar a questão tendo em conta outros elementos *substanciais* de interpretação – os argumentos *teleológicos*, relativos à concepção da resolução e ao equilíbrio dos interesses em presença, no quadro do regime do não cumprimento.

6 O “insincero respeito” (ou o disfarçado desrespeito) pela impossibilidade de cumulação de resolução e indenização por não cumprimento, com a aceitação da “teoria da diferença” para cálculo da indenização nos contratos bilaterais

O primeiro ponto que deve frisar-se é que, como aconteceu durante anos na doutrina e jurisprudência alemãs, a posição que nega a possibilidade de “cumular” a resolução do contrato com a indenização pelo interesse no cumprimento *não é inteiramente coerente* com a forma de cálculo da indenização por não cumprimento nos contratos sinalagmáticos nos termos do “método da diferença” – cuja admissão traduz, pois, sem dúvida, um “*insincero respeito*”, ou um *disfarçado desrespeito*, por quela impossibilidade de “cumulação” entre indenização e resolução⁹⁹.

Embora não possamos aqui desenvolver, em toda a sua extensão, a matéria do modo de cálculo da indenização correspondente ao interesse no cumprimento nos *contratos bilaterais*, no que toca à relação entre a pretensão indenizatória e o dever do credor de efetuar a *contraprestação*¹⁰⁰, tendo subjacentes concepções diversas sobre o contrato sinalagmático, recordar-se-á que se confrontaram aqui, desde o início do século XX, *duas posições*: a “teoria da sub-rogação” (“*Surrogationstheorie*”) ou “teoria da troca” ou permuta (“*Austauschtheorie*”), por um lado, e a “teoria da diferença” (“*Differenztheorie*”)¹⁰¹, por outro.

Para a “teoria da sub-rogação”, a indenização por não cumprimento não se referiria ao contrato, mas apenas à prestação não realizada, como equivalente pecuniário da prestação tornada impossível, em sua substituição, de tal modo que, depois da impossibilidade da prestação, a indenização, como sucedâneo ou “sub-rogado” do direito à prestação, deveria ser trocada pela contraprestação do credor, ainda possível. Por isso, o credor só poderia *exigir esta indenização pelo interesse positivo se realizasse a sua contraprestação*, de modo a que o sinalagma fosse respeitado (se o credor não realizasse a sua contraprestação, e resolvesse o contrato, só poderia, quando muito, pedir uma indenização pelo interesse negativo). A seu favor invocava-se, além do mais, também o fato de conservar tanto quanto possível a relação contratual, evitando a combinação entre a resolução (ou efeitos idênticos a esta) e a indenização pelo não cumprimento (que o BGB na sua versão originária não permitia).

Independentemente das dúvidas sobre a concepção do contrato sinalagmático subjacente a esta “teoria da sub-rogação”, ela deparava, contudo, com a objeção, certa, de obrigar o credor a efetuar a sua contraprestação para obter uma indenização *em dinheiro*, quando apenas tinha querido efetuá-la em troca da prestação *em espécie*, e não teria possivelmente

99 Utilizamos a expressão “cumulação” entre aspas porque, na realidade, sendo a indenização e a resolução, como veremos, consequências do não cumprimento com pressupostos e funções distintos, só *impropriamente* se pode falar de uma “cumulação” de “remédios” para as mesmas hipóteses.

100 Ver, para desenvolvimentos, a nossa ob. cit., vol. II, pp. 1504 e ss.

101 Para uma exposição das diversas posições, ver Ver Emmerich, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 6. ed., München, Beck, 2006, pp. 201 e ss.; D. Kaiser, *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge...*, ob. cit., pp. 87 e ss., com mais indicações. Entre nós, ver A. Vaz Serra, *Impossibilidade superveniente e cumprimento imperfeito imputáveis...*, ob. cit., pp. 32 e ss.; J. Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. II, ob. cit., p. 111; L. Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, II, ob. cit., pp. 268 e ss.; N. Pinto de Oliveira, *Princípios de direito dos contratos*, ob. cit., pp. 887 e ss.

concordado numa troca pelo valor em dinheiro que para ele tivesse o cumprimento¹⁰². A indenização estritamente “sub-rogatória” da prestação *não dá, pois, conta, nem do sentido do contrato bilateral*, nem dos legítimos interesses do credor, o qual, para conseguir obter uma indenização, teria de oferecer a sua contraprestação, suportando, porém, os custos se não conseguisse satisfazer a sua pretensão indenizatória devido a insolvência do devedor.

Logo no ano da entrada em vigor do Código alemão, defendeu-se, pois, que, no caso de não cumprimento de um contrato bilateral não se mantém a obrigação, nem se deve impor o ônus ao credor de realizar a sua contraprestação quando se frustrou já a execução do programa contratual de troca das prestações, por circunstâncias imputáveis ao devedor. Antes o credor pode obter uma indenização mais *rápida e simples, descontando o valor da sua contraprestação (já realizada ou a realizar) no montante da indenização*¹⁰³, facilitando-se a “liquidação” indenizatória do contrato – numa concepção segundo a qual, portanto, nos contratos bilaterais, a indenização por não cumprimento, distinta da pretensão de cumprimento da obrigação, refere-se ao não cumprimento de todo o contrato bilateral (e não apenas à não realização da prestação), o qual faz surgir apenas uma *pretensão indemnizatória reportada à diferença de valor entre as prestações*. Numa versão mais estrita, esta “teoria da diferença”¹⁰⁴ afastava, em qualquer caso, a continuação da execução do contrato em que uma das prestações se tornou impossível, vedando ao credor a exigência de uma indenização com realização da contraprestação, e reconhecendo-lhe apenas o direito a uma *prestação unilateral*, com fundamento no não cumprimento de todo o contrato, calculada segundo a *diferença entre o valor da prestação e da contraprestação*¹⁰⁵. Tal forma de cálculo do interesse positivo, sem ser uma consequência necessária do sinalagma, dava, porém, *melhor conta da ligação entre os deveres de prestação de ambas as partes*, do que a indenização “sub-rogatória”.

No contrato sinalagmático, cada parte apenas se obrigou à *prestação para obter a contraprestação*, sendo a finalidade do contrato a permuta das prestações *em espécie*, e não uma mera *permuta de valor*. Pelo que, cessando, por impossibilidade, a obrigação do devedor de realizar a sua prestação em espécie, e não sendo, portanto, a permuta das prestações mais possível, deveria cessar logo também o dever de realizar a contraprestação, sem o credor estar obrigado, por via indenizatória, a realizar a sua contraprestação a troco de dinheiro em vez de a troco da prestação acordada (caso contrário, um contrato de permuta ou troca transformar-se-ia, pelo não cumprimento do devedor, num contrato de compra e venda, que pode não ter sido desejado).

102 Dir-se-ia, mesmo, que, se o credor só recebe o referido substituto pecuniário, também apenas deveria estar obrigado a realizar o equivalente pecuniário da sua contraprestação, e não a própria contraprestação em espécie (isto é, teria tão só que deduzir o valor da sua contraprestação no montante da indenização).

103 Justamente por isso, houve quem aproximasse logo este “método da diferença” da *compensatio lucri cum damno*, considerando como “lucro” a vantagem adveniente para o credor da não realização (ou da restituição) da contraprestação. Ver Th. Kipp, *Worin besteht der Schadensersatz für Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages?*, ob. cit., 1904, pp. 259 e s.

104 É claro que esta “teoria da diferença”, que permite ao credor calcular a indenização por não cumprimento pela diferença de valores entre a prestação que lhe era devida e a sua contraprestação, não deve confundir-se com a fórmula da diferença para o cálculo de qualquer indenização em geral, devida a Friedrich Mommsen e consagrada entre nós no art. 566, n. 2. Numa certa perspectiva o recurso a esta fórmula, aplicada aos contratos bilaterais, depararia, até, a favor da “teoria da sub-rogação”.

105 Na jurisprudência alemã diz-se por vezes que *em lugar de ambos os deveres de prestação entra uma relação de cálculo [Abrechnungsverhältnis] unilateral, orientada pelo interesse no cumprimento, dentro da qual as pretensões individuais são apenas fatores de cálculo não independentes* – assim, por exemplo, a decisão do BGH de 25 de Março de 1983 (BGHZ, vol. 87, pp. 156-166, 158 e s.), com mais indicações.

A teoria ou “método da diferença”¹⁰⁶, fundamentada embora *extra legem*, a partir da própria ideia e das consequências do sinalagma, tem, pois, um *cerne correto*, não se podendo manter a limitação ao “método da sub-rogação”.

Na sua versão mais estrita, que limitava o credor a uma “indenização diferencial” (*Differenzschadensersatz*), a “teoria da diferença” apresentava, porém, a clara desvantagem de *impedir o credor de se desfazer da sua contraprestação*, mesmo que tivesse interesse nisso, como exemplo, por a ter adquirido ou construído apenas para o cumprimento, por não conseguir obter outro adquirente, ou, como exemplo, simplesmente para conseguir espaço no seu armazém. O não cumprimento por parte do devedor não pode, pois, ter como efeito forçar o credor a conservar a sua contraprestação, recebendo uma indenização apenas pela diferença de valor.

Na discussão sobre as modalidades de invocação do interesse no cumprimento surgiu, por isso, uma posição dita “*intermédia*”, que procurou *relativizar a “teoria da diferença”* (a “teoria da diferença restrita” ou “atenuada” – “*ingeschränkte Differenztheorie*” ou “*abgeschwächte Differenztheorie*”)¹⁰⁷, partindo da posição da teoria da diferença e reconhecendo, pois, ao credor o direito de liquidar, em princípio, o contrato numa prestação pecuniária unilateral, mas sem limitar o credor a essa possibilidade, antes lhe dando uma *possibilidade de escolha*, dentro de certos limites.

O credor tem, segundo esta posição, a possibilidade de *escolha* entre proceder nos termos da “teoria da sub-rogação” (reclamar indenização no montante total da prestação do devedor não realizada, mas ficando obrigado à contraprestação), quando queira desfazer-se da sua contraprestação¹⁰⁸, ou computar o dano sofrido segundo o “método da diferença” (liquidando globalmente o contrato numa prestação pecuniária unilateral que substitui os deveres de prestação e de contraprestação e se dirige, por dedução do valor desta¹⁰⁹, apenas à diferença de valor entre o interesse na prestação – isto é, o valor da prestação do devedor e eventuais ganhos consequenciais – e o valor da contraprestação cuja realização foi poupada).

A atenuação da “teoria da diferença” resulta não só desta possibilidade de escolha como das *limitações* desta. Assim, durante muito tempo (até 1994) afirmou-se, na Alemanha,

106 Para indicações, ver a nossa ob. cit., pp. 1507 e ss.

107 Assim, logo Theodor Kipp, *Worin besteht der Schadensersatz für Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages?*, ob. cit., 1904, pp. 258 e ss. A *teoria da diferença atenuada* é defendida maioritariamente na doutrina alemã. Ver indicações na nossa ob. cit., n. 4280.

108 O credor preferirá naturalmente liquidar uma indenização que inclua o valor da sua contraprestação, realizando (ou deixando estar realizada) esta, quando o *valor que atribui à sua contraprestação* for inferior ao *valor da parte correspondente da indenização* (e vice-versa), numa apreciação em que podem influir fatores muito diversos, como a existência de outros possíveis adquirentes (e tratar-se de uma coisa mais ou menos limitada às necessidades do devedor), os custos de armazenamento e de um novo negócio, os custos da obtenção de uma indenização mais elevada (incluindo os riscos de insolvência do devedor), etc. Assim, por ex., Philipp Heck, *Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen, Mohr, 1929, p. 133.

109 Portanto, normalmente (isto é, abstraindo das regras a que obedece a restituição da prestação pecuniária que já tenha sido efetuada e da eventual falta de solvência do devedor, para satisfazer uma indenização mais vultuosa), só será relevante a opção quando a contraprestação não seja de natureza pecuniária, como a indenização. Quando assim não seja, tanto faz ao credor reter a contraprestação pecuniária e pedir apenas a diferença em dinheiro ou realizar essa contraprestação e reclamar uma indenização que inclua o seu valor. Num ex., se *A* comprou por 80 a *B* um automóvel que para *A* vale 100, e o cumprimento se torna impossível por culpa de *B*, tanto faz (repete-se, abstraindo das regras sobre a restituição e das eventuais dificuldades financeiras do lesante) a *A* entregar 80 e pedir uma indenização de 100 como não pagar o preço (ou obter a sua restituição) e pedir uma indenização de apenas 20.

apenas uma limitação, consistente na possibilidade de obtenção de uma indenização pela diferença apenas nos casos em que credor *ainda não efetuou a sua contraprestação*. O direito de escolha do credor desapareceria quando o credor já tivesse realizado a contraprestação¹¹⁰, não podendo ele reclamar a restituição da contraprestação a par da “indenização diferencial”, uma vez que tal restituição seria um efeito específico da resolução e esta não podia então (segundo o BGB) ser cumulada com a indenização.

O credor que tivesse realizado a contraprestação estaria, assim, limitado à indenização nos termos da “teoria da sub-rogação”, tendo de optar entre a indenização e a restituição da contraprestação efetuada¹¹¹. Desde 1994, a jurisprudência alemã aceitou ainda uma segunda limitação, para os casos em que o credor fixou ao devedor um prazo para o cumprimento (interpelação admonitória), vedando-lhe nesse caso, depois de decorrido o prazo, a escolha da liquidação do dano nos termos do “método da sub-rogação”, oferecendo a sua contraprestação, dada a extinção do dever de prestação.

Após a “lei de modernização do direito das obrigações” alemã, de 2001, com a revogação da norma que admitia apenas em alternativa a resolução e a indenização, passando o BGB a permitir a cumulação entre estas, a doutrina pronuncia-se¹¹², justamente, no sentido de que passou a ser *possível também uma escolha livre entre o “método da sub-rogação” e o “método da diferença”*, pelo menos desde que a resolução não tenha já sido declarada (caso contrário apenas restará a possibilidade de exigência de uma “indenização diferencial”, não sendo já possível a permuta das prestações).

Mas não existe unanimidade quanto à necessidade, ou não, de resolução para o cômputo da indenização segundo a “teoria da diferença”¹¹³, parecendo que a eliminação da regra segundo a qual o credor teria de escolher *entre resolução* (sem indenização) e *indenização* (sem restituição da contraprestação) permite a integração da primeira como primeiro passo, no procedimento de “liquidação” do contrato com ressarcimento do credor.

Este *debate sobre as modalidades de cálculo da indenização* pelo interesse no cumprimento nos contratos bilaterais, com opção entre o “método da sub-rogação” e o “método da diferença” (que não é, aliás, exclusivamente, alemão, verificando-se igualmente noutros direitos¹¹⁴), repercutiu-se entre nós, onde também ocorre o problema da possibilidade de “cumulação” da resolução com a indenização por não cumprimento, apesar de, como vimos, a nossa lei civil não vedar (e antes permitir expressamente, no art. 801, n. 2) a “cumulação” da resolução com a indenização (“independentemente do direito à indenização”), nem prever

110 Ver indicações em Ver Emmerich, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 6. ed., ob. cit., p. 203.

111 Ver, por ex., as decisões do BGH de 25 de Março de 1983 e 20 de Maio de 1994, bem como, na doutrina, além de Th. Kipp, ob. cit., pp. 280 e ss., Heinrich Stoll, *Rücktritt und Schadensersatz*, ob. cit., pp. 170 e ss. (admitindo apenas a cumulação da resolução com uma indenização pelo dano da confiança); Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, I – Allgemeiner Teil*, 14. ed., München, Beck, 1987, § 22 II b, pp. 341 e s., § 23 II b, p. 358. Mais indicações em D. Kaiser, *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge...*, ob. cit., p. 155, n. 183.

112 Indicações na nossa ob. cit., n. 4293.

113 Ver a nossa ob. cit., p. 1512.

114 Ver a nossa ob. cit., n. 4296 e 4297.

expressamente uma liberação da contraprestação por via do seu desconto na indenização¹¹⁵, em caso de não cumprimento imputável ao devedor.

Assim, foi defendida entre nós a posição tradicional, da “teoria da sub-rogação”, para os casos em que o credor optou por não resolver o contrato (conferindo-lhe a lei apenas a faculdade de o fazer¹¹⁶). Mas também já se defendeu que o credor *possa optar* entre deixar a contraprestação nas mãos do devedor e pedir uma indenização que inclua o seu valor, ou obter a restituição da sua contraprestação (ou a liberação da obrigação de a realizar) e pedir uma *indenização pela diferença de valor*. Foi a posição de Vaz Serra, que, porém, integrou o pedido da “indenização diferencial” *no exercício do direito de resolução* como mecanismo liberatório do credor¹¹⁷, destinado a permitir a retenção da contraprestação ou a obter a sua restituição, não vendo, portanto, o cálculo da indenização pela via da “teoria da diferença” como um mecanismo de liberação paralelo ao resolutivo, antes fazendo atuar neste último o sinalagma¹¹⁸.

Posteriormente, Baptista Machado aderiu claramente à “teoria da diferença atenuada”, distinguindo entre a resolução propriamente dita (com finalidade de restituição da contraprestação efetuada ou de rejeição da prestação parcial recebida) e uma “faculdade resolutiva”, existente e a exercer no contexto do direito de indenização, consistente na opção pela não realização da contraprestação¹¹⁹. E a “teoria da diferença” atenuada¹²⁰, para o cômputo da indenização nos contratos bilaterais, foi aceita também noutra doutrina nacional posterior, quer sublinhando a vantagem da *admissão de uma indenização pela diferença de valor* e a compressão da *individualidade da resolução* tradicionalmente concebida, daí resultante¹²¹, quer utilizando sobretudo *argumentos de direito positivo*¹²², quer ainda no contexto de um argumentário dirigido à defesa da cumulação da indenização pelo interesse contratual positivo com a resolução do contrato¹²³.

115 A afirmação do texto carece apenas, numa certa perspetiva, de ser relativizada para os casos de impossibilidade parcial, a entender-se que o credor apenas dispõe das possibilidades previstas no art. 802, n. 1 (designadamente, tendo de, em relação à parte impossível da prestação, reduzir a contraprestação e pedir indenização, não podendo antes realizar a contraprestação por inteiro, obtendo uma “indenização sub-rogação” em troca). Ver o argumento em L. Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, II, ob. cit., pp. 271 e 273, n. 521, para quem no art. 802, n. 1, há uma *clara opção pela teoria da diferença*.

116 Assim, F. Pires de Lima/J. Antunes Varela, *Código Civil anotado*, vol. I, ob. cit., anot. 3 ao art. 801, p. 58. E também em *Das obrigações em geral*, vol. I, ob. cit., p. 111, onde J. Antunes Varela remetia a solução da opção entre as teorias da sub-rogação e da diferença para o regime da resolução, afirmando (n. 2) que a solução consagrada no art. 801, n. 1, é a propugnada pelos defensores da “*Surrogationstheorie*”. Aparentemente no mesmo sentido, M. J. Almeida Costa, *Direito das obrigações*, ob. cit., p. 1044.

117 Posição substancialmente próxima foi defendida mais recentemente por Maria de Lurdes Pereira, *Conceito de prestação e destino da contraprestação*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 134-136.

118 Por isso se compreende que Vaz Serra tenha tratado da questão conjuntamente com a do regime da cumulação da indenização pelo interesse no cumprimento com a resolução. Ver, por ex., A. Vaz Serra, anot. ao ac. do STJ de 30 de Junho de 1970, *RLJ*, ano 104, pp. 205 e ss., 207, e anot. ao ac. do STJ de 5 de Dez. de 1967, *RLJ*, ano 101, pp. 264-265, n. 3.

119 Ver primeiro referências à rejeição da prestação parcial em J. Baptista Machado, “Pressupostos...”, ob. cit., pp. 179 e ss., e, desenvolvidamente, id., “A resolução por incumprimento e a indenização”, ob. cit., pp. 198, 204, 209 e ss. (“faculdade resolutiva *sui generis*”, “no próprio contexto do direito de indenização, que tem o seu fundamento na ruptura do sinalagma”).

120 Pois a restituição da prestação é reservada para o exercício do direito de resolução, pondo-se então o problema da sua compatibilidade com a indenização pelo interesse no cumprimento.

121 Assim, J. Ribeiro de Faria, “A natureza do direito de indenização cumulável com o direito de resolução dos arts. 801 e 802 do Código Civil”, ob. cit., pp. 72 e s., 81 e s., 84 e ss., id., “A natureza da indemnização... – novamente a questão”, ob. cit., pp. 49 e ss..

122 L. Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, II, ob. cit., pp. 270, s.

123 Referimo-nos agora a P. Romano Martinez, *Da cessação...*, ob. cit., pp. 209-211, 215.

Ora, não importa, no presente contexto, *analisar estas posições* e fundamentar aquela que entendemos ser *mais adequada* ao nosso direito e ao entendimento dos mecanismos da resolução do contrato e da indenização por não cumprimento.

Como já expusemos desenvolvidamente noutra sítio¹²⁴, parece-nos claro que verdadeiramente o cálculo da indenização pelo método da diferença (isto é, descontando o valor da contraprestação ainda não efetuada ou restituída) *não opera autonomamente*, mas antes *mediante a resolução*, que é o “remédio sinalagmático” por excelência¹²⁵. A resolução (cuja declaração pode ser também efetuada por fatos concludentes, que a pressupõem¹²⁶), liberando o credor e o devedor e obrigando à restituição das prestações, *facilita a “liquidação” do contrato* desfazendo os deveres de prestar e colocando as partes na situação em que estariam se estes não tivessem sido cumpridos, além de reparar e possibilitar a obtenção de uma indenização *apenas pela diferença de valor* entre a prestação, por um lado, e a contraprestação, por outro. Pelo que deve integrar-se, deste modo, a atuação da resolução no cálculo da indenização nos termos do “método da diferença”¹²⁷.

Interessa agora notar que, se se admite que o credor num contrato sinalagmático que ainda não tenha realizado a sua contraprestação peça uma *indenização correspondente apenas à diferença de valor* que, em relação a essa contraprestação, para ele teria a prestação não cumprida (por exemplo, porque iria revender a coisa receber ou dar-lhe outra utilização lucrativa) – isto é, e por outras palavras, se se admite que o credor adimplente num contrato sinalagmático liquide a indenização a que tem direito nos termos da chamada “*teoria da diferença*” (de valor entre as prestações), não se lhe exigindo, se não realizou ainda a sua contraprestação, que a realize para receber a indenização –, *não faz de todo sentido rejeitar a possibilidade de o credor adimplente resolver o contrato por inadimplemento e exigir simultaneamente uma indenização pelo interesse no cumprimento*.

Pois das duas uma: ou tal admissão de uma indenização nos termos do “método da diferença” revela um “*insincero respeito*”, ou um *disfarçado desrespeito*, pela impossibilidade de “cumulação” entre a resolução e a indenização por não cumprimento – uma vez que é claro que tal indenização nos termos da chamada “*teoria da diferença*” *tem, no essencial, os mesmos efeitos práticos ou econômicos que a resolução*; ou, ao restringir a indenização pelo “método da diferença” aos casos em que *o credor ainda não realizou a sua contraprestação* (a “*teoria da diferença atenuada*”, defendida por alguma doutrina), negando, porém, a possibilidade de, mediante a

124 Ver a nossa ob. ob. cit., pp. 1518 e ss., tratando também da relação entre estas formas de cálculo da indenização e a opção entre a chamada “pequena indenização” e a “grande indenização” nos casos de impossibilidade parcial da prestação.

125 Falando de uma consequência do princípio de equivalência (subjéctiva) entre prestação e contraprestação, ver C.-W. Canaris, “O novo direito das obrigações na Alemanha”, *RBDC*, n. 25 (2003), pp. 3-26 (17). Sobre a noção de “remédios sinalagmáticos”, ver o tratamento por Rodolfo Sacco, “I rimedi sinalagmatici”, in Pietro Rescigno (org.), *Trattato di diritto privato*, vol. 10, 1982, e também em R. Sacco/G. de Nova, *Il contratto*, ob. cit., pp. 583 e ss.

126 Poderá ser o caso da declaração de opção pela não realização da contraprestação, da reclamação da restituição da prestação efetuada devido ao não cumprimento, ou da exigência de uma indenização limitada à diferença de valor. Sobre o “nexo de concludência” consistente na pressuposição de uma declaração por determinada conduta, ver a nossa *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra, Almedina, 1995, pp. 760 e ss.

127 Concepção próxima da que defendemos, que recusa autonomia, nos seus efeitos sobre o contrato, ao “método da diferença”, antes o integrando com a resolução, era a de A. Vaz Serra, *Impossibilidade superveniente e cumprimento imperfeito imputáveis...*, ob. cit., pp. 32 e ss., 37 e ss. Ver também M. Lurdes Pereira, *Conceito de prestação...*, ob. cit., pp. 135 e ss., e, no próprio direito alemão, D. Kaiser, *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge...*, ob. cit., esp. pp. 512 e ss.

resolução, exigir a *restituição* da contraprestação realizada e *indenização por não cumprimento*, se atribui *papel verdadeiramente decisivo* (porque *preclusivo* da restituição ou da indenização por não cumprimento) ao *momento, puramente fático*, da *realização* da contraprestação, e não ao ponto que deveria ser, ele sim, decisivo para o equilíbrio das posições das partes ditado pelo Direito – o qual é, evidentemente, o respeito ou observância pelo *parâmetro contratual* (o sinalagma) *acordado pelas partes* (*pacta sunt servanda*). Isso com o resultado, claramente *anti-econômico*, de tal posição *se constituir num verdadeiro contra-estímulo à realização da prestação* em primeiro lugar, quando uma das funções precípua do direito dos contratos, sob o ponto de vista econômico, deve ser, justamente, a de *atribuir segurança para essa realização de uma prestação antes da outra parte*, sem receio de se ficar *exposto a comportamentos “oportunistas”*, que aproveitem a realização antecipada da prestação para depois recusar o cumprimento da contraprestação¹²⁸.

A própria admissão do cálculo da indenização nos termos do “método da diferença” (que é, como vimos, o único aceitável) exige, pois, sob pena de incoerência ou de atribuição de um papel preclusivo ao momento puramente fático da realização da prestação, a adoção da referida *posição “moderna”*¹²⁹, no sentido da “*cumulabilidade*” *entre a resolução por não cumprimento e a indenização por interesse no cumprimento*.

7 A retroatividade e o fundamento e finalidade da resolução por não cumprimento – a indenização por interesse no cumprimento e a resolução por não cumprimento como duas respostas complementares, e imprescindíveis, ao inadimplemento do devedor

Como já se tem notado, os argumentos no sentido da impossibilidade de combinar a resolução com a indenização pelo não cumprimento, mais do que relativos à utilidade ou sentido prático de tais pretensões conjuntas, foram sobretudo de tipo *lógico*¹³⁰. Os *efeitos retroativos* da resolução impossibilitariam a atribuição ao credor de uma indenização *correspondente ainda ao acordado* – assim como, *subjetivamente*, dizia-se, não faria sentido que o credor *destruísse* o vínculo contratual, resolvendo-o por não cumprimento do devedor, e *simultaneamente o quisesse fazer valer*, exigindo uma indenização que o colocasse na situação em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido.

Invoca-se, pois, o *regime geral dos efeitos da resolução*, isto é, o regime dos arts. 433 e 434, sobre efeitos entre as partes (equiparados aos da invalidade) e *retroatividade* da resolução. Estas normas *não disciplinam*, porém, diretamente o problema da *medida da indenização* devida em caso de resolução, pressupondo a argumentação a partir delas de que uma indenização pelo interesse no cumprimento é *incompatível* com tais efeitos – evidentemente, no plano dos respetivos objetivos e fins, e não apenas no do conceito

128 Quanto ao combate a este tipo de “oportunismo” contratual, ver, sob o ponto de vista da análise econômica do direito dos contratos, o nosso *Interesse contratual negativo...*, ob. cit., vol. I, n. 19, b).

129 Assim Ingeborg Schwenzer, “Rechtsbehelfe und Rückabwicklungsmodelle im CISG, in den European und UNIDROIT Principles, im Gandolfi-Entwurf sowie im deutschen Schuldrechtsmodernisierungsgesetz”, in Peter Schlechtriem (org.), *Wandlungen des Schuldrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2002, pp. 37-52 (49 e s.).

130 G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, ob. cit., p. 392.

de efeitos retroativos, o que constituiria um procedimento “de inversão” digno de uma censurável “jurisprudência dos conceitos”¹³¹.

O cerne da argumentação tem, efetivamente, estado nos efeitos *ex tunc* da resolução¹³², que não só tornariam objetivamente contraditória a emergência de uma pretensão indenizatória pelo interesse no cumprimento com base num contrato que foi destruído, como fundamentam a objeção dirigida subjetivamente ao credor de que ele optou por destruir o contrato, não podendo coerentemente querer fazê-lo valer por via indenizatória.

Esta consideração por vezes é referida, sem mais, como argumento de *pura lógica formal*¹³³. No entanto, e ao contrário do que por vezes se afirma, a posição dominante não pode considerar-se consistente, *no próprio plano teórico ou lógico* em que se coloca, no que toca à compreensão do alcance e das consequências da retroatividade da resolução.

É certo que o legislador do Código Civil não pretendeu atribuir à resolução apenas efeitos *ex nunc*, mas antes efeitos *retroativos*¹³⁴. A determinação do *alcance da retroatividade* da resolução deve, porém, desde logo, considerar que esta não é um fenómeno *natural*, mas antes um *conteúdo de ordenação* de certos efeitos jurídicos, ou mesmo uma *ficção* (considerando-se como não acontecido algo que se verificou), e que conhece *limites* resultantes justamente das *finalidades do regime em causa*. Nos próprios termos do art. 434, n. 1, parte final, tal efeito não se verifica *se a retroatividade contrariar a vontade das partes ou a finalidade da resolução*.

Ora, uma irrestrita retroatividade da resolução poria evidentemente em causa, não só o fundamento de uma indenização por não cumprimento, como, mesmo, o *fundamento da resolução*, isto é, a existência de um *não cumprimento*, uma vez que o parâmetro contratual teria desaparecido *ex tunc*¹³⁵. É, com efeito, a *própria fundamentação do direito de resolução no não cumprimento* do contrato pelo devedor que já *pressupõe uma limitação da retroatividade*¹³⁶.

Acresce que uma posição consistente deve ligar o *fundamento à finalidade* da resolução. Esta, como “remédio” sinalagmático (resultante do sinalagma e que opera ao nível do sinalagma) para o inadimplemento pelo vendedor, não deve pôr em causa *outras consequências do não cumprimento* não consumidas por aquela, contrariando-as, nem atribuir uma posição ao resolvente que já aparece sem qualquer relação com o fundamento daquela. A contenção

131 Que a posição que entende ser incompatível a resolução com a indenização do interesse contratual negativo tem subjacente um prejuízo conceitual na compreensão da relação entre os efeitos da resolução e o plano indenizatório, é o que foi sustentado por A. Simonius, *Ueber den Ersatz...*, ob. cit., pp. 259-262.

132 Como reconhece L. Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, II, ob. cit., p. 266 (que, porém, apresenta também outro argumento, baseado na estrutura sinalagmática do contrato, a que nos referiremos *infra*, no n. 10).

133 Contra tal argumentação, M. Ângela Soares/R. Moura Ramos, *Contratos...*, ob. cit., p. 204.

134 Assim, aliás, já também A. Vaz Serra, “Resolução do contrato”, in *BMJ*, n. 68 (1957), pp. 195 e ss., 281 (art. 2, n. 1), apesar de, como vimos, considerar que o credor mantinha o direito à indenização por não cumprimento.

135 Recorde-se a questão de A. Simonius, *Ueber den Ersatz...*, ob. cit., p. 258: *onde residiria então o comportamento ilícito do devedor necessário para tal fundamentação?*.

136 E não se compreenderia por que razão se poderia afirmar irrestritamente a retroatividade dos efeitos da resolução (que, como toda a eficácia *ex tunc*, é uma ficção) para afastar uma indenização assente no não cumprimento (e que, portanto, seja medida pelo interesse no cumprimento), mas já a limitar para possibilitar a própria resolução por não cumprimento.

da retroatividade da resolução *por não cumprimento* é, pois, justificada porque um efeito retroativo ilimitado iria *contrariar o fundamento e a própria finalidade* da resolução, que é reagir a um inadimplemento, afastando as suas consequências sobre o sinalagma contratual¹³⁷.

Se o argumento da retroatividade nunca poderia, pois, ser levado às últimas consequências, sob pena de contrariar o próprio fundamento da resolução (antes sendo a própria limitação resultante do seu fundamento que, se prosseguida coerentemente, conduz a reconhecer ao resolvente uma indenização pelo interesse no cumprimento¹³⁸), a verdade é que tal argumentação passa também ao lado da questão, decisiva, do *fundamento para a atribuição de uma indenização* ao credor, e sua relação com a medida desta. Com efeito, considerando o art. 562, não se vê como pode o ressarcimento correspondente ao interesse contratual negativo, incluindo o lucro cessante de outros negócios alternativos, que o credor deixou de celebrar por ter concluído o que não foi cumprido, ser considerado *como consequência do inadimplemento*. Tal ressarcimento ilimitado do lucro cessante de negócios alternativos poderia levar, até, à colocação do credor numa posição *melhor* do que aquela em que estaria se o negócio tivesse sido cumprido, sendo, por outro lado, patente a inconveniência de uma limitação pelo valor do interesse no cumprimento, uma vez que uma indenização correspondente ao interesse contratual negativo apenas nos limites do valor interesse contratual positivo retiraria utilidade à resolução na maioria dos casos em que poderia ser verdadeiramente relevante.

A ligação entre o *fundamento da responsabilidade civil do devedor, o evento que obriga à reparação* (o não cumprimento) e a *medida do dano*, à luz do *escopo da norma* do art. 798 (e do próprio fundamento da resolução) impõe, pois, para a indenização correspondente ao interesse *no cumprimento*, desde que se entenda que se está perante um caso de responsabilidade *contratual*.

Apenas poderia compreender-se tal indenização pelo interesse negativo se se *alterasse o evento lesivo* – isto é, abstraindo do fundamento no inadimplemento do contrato, e vendo como evento lesivo a *criação de confiança* logo no momento da conclusão do negócio. A indenização em caso de resolução resultaria, assim, de uma responsabilidade apenas *in contrahendo*¹³⁹. Mas tal concepção deve ser rejeitada, designadamente porque não é esse evento lesivo que fundamenta o direito de resolução – o qual tem como fundamento o *não cumprimento* e não qualquer “culpa na formação dos contratos”, ou qualquer atuação pré-contratual subsequentemente tornada ilícita pelo não cumprimento¹⁴⁰. Ao que acresce

137 J. Ribeiro de Faria, *A natureza da indemnização... – novamente a questão*, ob. cit., p. 55: não seria abusivo dizer, no tocante ao teor da indenização a prestar, *que contraria o fim da resolução (porventura do contrato) que a indemnização, requerida a resolução, se viesse a fazer pelo interesse negativo*. Aliás, é reconhecido também hoje que outras restrições à retroatividade se verificam, por exemplo, no caso dos *danos concomitantes*, resultantes da violação de *deveres de protecção* ou *deveres laterais*, enquadrando-se para tanto a resolução como *relação de liquidação*, resultado de uma modificação da relação contratual. Ver C. Mota Pinto, *Cessão...*, ob. cit., pp. 412 e ss.

138 Ver M. Ângela Soares/R. Moura Ramos, *Contratos...*, ob. cit., p. 204, para os quais as considerações relativas à transformação da relação contratual em *relação de liquidação*, à tutela dos interesses das partes e à rejeição de argumentos de pura lógica formal, levadas às últimas consequências, justificariam que a indenização fosse encarada como o faz a Convenção de Viena, isto é, como indenização correspondente ao interesse contratual positivo.

139 Falando do dano *in contrahendo*, ver, com efeito, F. Pereira Coelho, *Obrigações*, 1966-67, p. 230, seguido, por ex., por J. Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, ob. cit., p. 248.

140 Ver, neste sentido, as críticas procedentes já de A. Simonius à tentativa de fundamentação na *culpa in contrahendo* da indenização em caso de resolução por não cumprimento.

que a destruição do contrato não é imputável ao inadimplente, mas antes resultado de uma opção do próprio credor, para não continuar vinculado e obter a restituição do que prestou.

Além dessa verdadeira alteração (por vezes não completamente assumida¹⁴¹) do *fundamento* da responsabilidade, a concepção dominante assenta numa *função* da resolução totalmente *repristinatória*, destinada a colocar o credor lesado no *status quo ante*. Pode, com efeito, concordar-se com que o entendimento da função (e conseqüentemente dos efeitos) da resolução é o verdadeiro *punctum crucis* da tese da alegada incompatibilidade entre a resolução com efeitos *ex tunc* e a indenização pelo interesse no cumprimento¹⁴². Como salienta Luminoso, essa incompatibilidade é, porém, mais aparente que real¹⁴³.

Deve-se considerar, na verdade, que o plano ou programa de efeitos do contrato se projeta em diversas dimensões, juridicamente relevantes, designadamente, como causa de uma certa composição ou conformação *qualitativa* do patrimônio como efeito do cumprimento (entrega das próprias prestação e contraprestação), e como mecanismo que fundamenta certas modificações *quantitativas*, ou de valor, ainda como consequência do adimplemento. Conseqüentemente, também estas duas dimensões, ou planos, são afetados pelo inadimplemento, o qual tem, portanto, reflexos qualitativos e quantitativos, para os quais a resolução e indenização constituem *distintos* “remédios”: o primeiro, com origem no *sinalagma* das prestações, e independentemente de culpa ou da existência de um dano, permitindo a *restituição* do prestado; o segundo, com fins *ressarcitórios* (e pressupondo a culpa), conduzindo ao ressarcimento *dos prejuízos* (sendo que existe, evidentemente, interferência do primeiro no segundo pelo fato de, com o cumprimento das obrigações de restituição, ficar reduzido o dano)¹⁴⁴.

Com tal entendimento, a resolução *tem também efeitos retroativos*, em relação a todas as atribuições patrimoniais realizadas em cumprimento do contrato (e também já antes da sua conclusão), mas, justamente porque *se fundamenta no não cumprimento pelo devedor* e visa *reagir contra este*, não prejudica a indenização ao credor pelo interesse no cumprimento. A cessação do contrato não preclui então que o credor resolvente adquira, por via indenizatória, o mesmo valor que teria podido obter com o cumprimento, e que lhe era devido.

141 Como, diversamente, faz A. Luminoso, “Il danno da risoluzione”, ob. cit., pp. 398 e ss.

142 Nesse sentido também as conclusões das investigações de J. Ribeiro de Faria, *A natureza do direito de indemnização cumulável com o direito de resolução dos arts. 801 e 802 do Código Civil*, ob. cit., pp. 87-89, e id., *A natureza da indemnização... – novamente a questão*, ob. cit., pp. 59 e ss. No mesmo sentido, J. Baptista Machado, *Pressupostos...*, ob. cit., p. 182, e id., *Resolução...*, ob. cit., *passim*.

143 A. Luminoso, *Il danno da risoluzione*, ob. cit., pp. 210, 216: *a suposta incompatibilidade entre resolução (com eficácia retroativa) e ressarcimento do dano positivo afigura-se constituir fruto de um exame superficial do fenómeno. Se, efetivamente, nos deslocarmos do terreno empírico (das impressões epidérmicas) para o de uma rigorosa análise dos perfis teleológicos destas duas técnicas de tutela, percebe-se que, por trás de uma divergência de efeitos que é apenas aparente, entre elas existe uma homogeneidade funcional que justifica perfeitamente a destruição (se necessário ex tunc) da relação negocial e, ao mesmo tempo, a manutenção da relevância jurídica da sua violação para fins ressarcitórios*. Ver também A. Belfiore, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, ob. cit., notando que não viola o princípio da não contradição uma disciplina que conheça ao mesmo tempo duas normas, uma das quais atribui ao demandante que resolveu o contrato o direito de ser indenizado pelo interesse positivo, e a outra que atribua à resolução um efeito retroativo, não sendo necessário para chegar ao primeiro resultado (como G. Auletta, ob. cit., pp. 140, 249, ss.) acabar por afastar substancialmente a retroatividade da resolução.

144 Para mais desenvolvimento, ver, na doutrina italiana, A. Belfiore, “Risoluzione del contratto per inadempimento”, *ED*, vol. XL, 1989, no início do n. 6, e A. Luminoso, *Il danno da risoluzione*, ob. cit., pp. 211 e ss.

Cumprir notar que, entendendo-se que a resolução visa justamente possibilitar ao credor resolvente *libertar-se do vínculo* contratual, ficando livre para celebrar outros negócios e não exposto ao risco da espera do cumprimento (manutenção do contrato), a racionalidade deste modelo indicado resulta da exigência de *não impor o contraente fiel à injusta alternativa* entre dever *renunciar ao incremento* patrimonial adquirido com o contrato (que a contraparte não cumpriu) para não ser exposto ao *risco da manutenção* deste, ou ter de *aceitar esse risco para não renunciar ao lucro do contrato*¹⁴⁵. Isso, evidentemente, sem prejuízo de o credor ter sempre de *descontar na indenização a que tem direito as vantagens que são possibilitadas com a liberação do contrato* e que não teria conseguido com o seu cumprimento.

A resolução possibilita, pois, ao credor afastar, no plano *qualitativo*, as consequências do inadimplemento, obtendo a restituição da sua contraprestação, sem, porém, pôr o credor perante a *necessidade de renunciar ao lucro cessante* do contrato – sendo certo, aliás, que as referidas dimensões (o lucro econômico do contrato e o interesse na prestação que lhe era devida em espécie) não estavam postas em *alternativa* no “programa” do contrato não cumprido, antes este proporcionava às partes a satisfação simultânea de *ambas* (e que é apenas por causa do não cumprimento que tal satisfação é impossibilitada). Para tal, tem de se possibilitar ao credor obter a *restituição* do que prestou e, se tiver sido prejudicado, uma *indenização pelo interesse no cumprimento*¹⁴⁶, que lhe era devido segundo o contrato.

Como é hoje claro na *generalidade das ordens jurídicas* – e resulta mesmo da *origem e evolução histórica* das duas consequências do não cumprimento do contrato – a resolução e a indenização são “remédios” *distintos* ao dispor do credor, para reagir contra o inadimplemento. São “remédios” que têm *pressupostos* em parte *distintos* (o dano e a culpa, por um lado, a ruptura do sinalagma, culposa ou não, por outro lado) e que visam *finalidade distintas* (respectivamente, o ressarcimento dos prejuízos com o inadimplemento e a liberação do credor adimplente pela cessação do vínculo contratual que se frustrou), e que *não se implicam nem excluem mutuamente* – muito menos pela razão puramente conceitualista que é a afirmação de uma irrestrita retroatividade da resolução.

Mediante a resolução e a indenização o credor, respetivamente, *liberta-se do vínculo contratual sinalagmático que foi violado*, conseguindo a *recomposição qualitativa* do seu patrimônio (função da resolução), e exige o *ressarcimento dos prejuízos causados* pelo não cumprimento daquilo *que lhe era devido segundo o contrato*, conseguindo a reconstituição (designadamente) *quantitativa* da sua esfera (função da indenização).

Também sob o ponto de vista funcional se trata, pois, de duas consequências *perfeitamente complementares*, e *ambas imprescindíveis*, do inadimplemento, e cuja simultânea invocação não só não é *contraditória* como constitui mesmo uma *prática recomendável* do credor adimplente, lesado pelo não cumprimento.

145 Assim, A. Belfiore, ob. cit., texto antes da n. 60.

146 Evidentemente, se o credor *não sofreu prejuízos* com o inadimplemento (por exemplo, pelo fato de o contrato não cumprido lhe ser prejudicial), não terá direito a qualquer indenização. Ver, aliás, sobre a rejeição do chamado “dano mínimo” na responsabilidade contratual, a nossa ob. cit., vol. II, pp. 1501 e ss.

8 As indesejáveis consequências práticas da impossibilidade de exigir indenização pelo interesse no cumprimento em caso de resolução por não cumprimento – a “armadilha da resolução”, a liberação do inadimplente sem indenização e a insuficiente proteção do crédito e do mecanismo contratual

À improcedência do argumento da *retroatividade* e da *contradição* do credor resolvente e lesado, e à *diversidade funcional* (e de pressupostos) entre indenização e resolução, junta-se, decisivamente, a igualmente clara *improcedência* dos *argumentos substanciais* da posição que nega a possibilidade de exigir indenização pelo interesse no cumprimento em caso de resolução por não cumprimento, argumentos, esses, que se pretendem colocar no plano dos *efeitos práticos* e do *equilíbrio dos interesses* em presença.

Em abono da verdade, não se pode, pelo contrário, omitir as *relevantes e indesejáveis consequências práticas* da posição que nega a possibilidade de o credor lesado com o inadimplemento resolver o contrato e exigir uma indenização pelo interesse no cumprimento – consequências que levaram a doutrina, na Alemanha, a falar de um “*erro*” do legislador alemão, de uma “*famosa insuficiência*” do BGB (na sua versão originária)¹⁴⁷, e, entre nós, de uma “*(infeliz) singularidade nacional*”, e de “*dificuldades dispensavelmente causadas pela literatura*”¹⁴⁸.

Com efeito, essa posição coloca injustificadamente o credor, que com fundamento no contrato pensava ter assegurado pela promessa do devedor o lucro que resultaria do cumprimento, e que é frustrado pelo inadimplemento, perante uma *alternativa limitativa* e injusta (criando, mesmo, a já referida “armadilha da resolução”): porque não pode obter a restituição e a indenização pelo lucro cessante que lhe era devido segundo o contrato, tem agora de *optar entre obter o que prestou e a indenização pelo não cumprimento*.

Ao vedar ao resolvente a indenização pelo interesse no cumprimento, novamente se perfila (designadamente nos “casos de permutas”), para o credor que pretendeu apenas efetuar a contraprestação em troca da *prestação específica* não executada pelo devedor, a já referida situação de necessidade de *manutenção do contrato e realização da prestação (ou de a deixar estar já realizada com a outra parte)*, para poder obter os lucros que o cumprimento proporcionaria, e que lhe eram já devidos, apesar de a realização dessa contraprestação apenas ter sido querida em troca da prestação em espécie – alternativa *injusta* que levava já a rejeitar o puro “método da sub-rogação” como forma de cálculo da indenização pelo interesse positivo¹⁴⁹.

Esta necessidade de o credor efetuar a (ou não obter a restituição da) sua contraprestação para obter uma indenização *em dinheiro* que inclua o interesse no cumprimento, quando as partes apenas previram a sua realização em troca da prestação *em*

147 Assim, como referimos, H. Heinrichs, *Die Transformation des Erfüllungsanspruchs in einen Schadensersatzanspruch: eine Skizze der Neuregelung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, 2006, ob. cit.; C.-W. Canaris, “Das allgemeine...”, ob. cit., p. 333 (invocando também os desenvolvimentos internacionais); id., “Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen”, *JZ*, 2001, p. 514.

148 Assim A. Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português. II/4*, ob. cit., p. 162.

149 Ver *supra*, n. 7.

espécie – e o credor não teria possivelmente concordado numa troca pelo valor em dinheiro que para ele tivesse o cumprimento – mostra claramente a *insuficiência da posição tradicional*, que reduz desse modo a proteção que para o credor resulta da resolução e da indenização¹⁵⁰.

Nem tem fundamento afirmar – como faz alguma doutrina nacional, e se lê no citado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de dezembro de 2011 – que, com a cumulabilidade entre a resolução e a indenização pelo interesse no cumprimento, se verifica, de algum modo, a *situação inversa*: isto é, o credor pode conservar a sua contraprestação, ou obter a sua restituição, como se o contrato *não tivesse sido concluído*, e, ao mesmo tempo, o lucro do contrato, como *se tivesse realizado aquelas*; além disso, inversamente, o devedor é obrigado a proporcionar à outra parte o lucro do contrato apesar de não receber a contraprestação.

Na verdade, esta alternativa, para o credor ou para o devedor, tornou-se *inevitável logo a partir do não cumprimento*, que tornou *impossível* a realização da prestação originariamente devida. E, pelo menos nos casos em que a resolução resulta de um *inadimplemento imputável* (como são todos aqueles em que se põe um problema de “cumulação” com a indenização pelo não cumprimento)¹⁵¹, a *responsabilidade por aquele inadimplemento cabe ao devedor que culposamente não realizou a sua prestação* (se o não cumprimento não for imputável ao devedor se não chegará a pôr qualquer problema de indenização).

Entre a necessidade de o credor realizar ou manter a sua contraprestação para obter em troca apenas uma indenização pelos lucros do contrato (e não a própria prestação), e a perda pelo devedor inadimplente do direito de obter, ou de reter, a contraprestação, para ficar obrigado a indenizar, a escolha é clara, pois o inadimplemento *é imputável ao devedor*, que tinha, portanto, na mão, a possibilidade de obter a contraprestação, se tivesse cumprido¹⁵².

O que o devedor não pode é, tendo culposamente deixado de cumprir, pretender exigir, ou reter, a contraprestação para ficar obrigado a indenizar pelo não cumprimento – isto é, pretender condicionar a indenização por não cumprimento à realização (ou manutenção) da contraprestação. Pois o credor pode apenas ter querido efetuar aquela contraprestação em troca da própria prestação não executada, e não de uma quantia de dinheiro, sendo justamente isso que ficara *previsto no contrato, e lhe era devido*, sem que seja ao credor que é imputável o inadimplemento.

E logo por aqui se conclui também que *é inteiramente improcedente* ainda o argumento da incoerência da *posição subjetiva* do credor que optou pela resolução¹⁵³. Verdadeiramente,

150 Assim, por exemplo, no cit. acórdão do STJ de 11 de fev. de 1999, em que estava em causa a indenização num caso de resolução de um contrato de venda de três terrenos com dação em pagamento de dois lotes e da construção de uma moradia. Ver a análise no nosso *Interesse contratual negativo...*, ob. cit., vol. II, n. 4750.

151 Sobre a questão de saber se a resolução se basta com o objetivo *não cumprimento* (como parece pressupor entre nós o art. 793, n. 2) ou exige a sua *imputabilidade ao devedor*, ver indicações na nossa ob. cit., n. 4751..

152 Como se nota em L. Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, ob. cit., p. 727, *não deve olvidar-se que a resolução foi pedida pelo demandante como consequência do não cumprimento pelo demandado, de maneira que a resolução é uma consequência do não cumprimento, que não tem por que excluir o ressarcimento dos danos se, de acordo com as regras gerais, o demandado o devia*. Repete-se que se a resolução se não fundar num não cumprimento imputável ao devedor não se põe qualquer problema de cumulação com a indenização por não cumprimento, cuja fundamentação exige tal imputação ao devedor.

153 Argumento por vezes invocado na doutrina e na jurisprudência nacionais – ver já, por ex., I. Galvão Telles, *Manual de direito das obrigações*, 2. ed., 1965, ob. cit., p. 249, F. Pereira Coelho, *Obrigações*, 1966-67, p. 230.

este argumento (tal como, aliás, a alegada causalidade do inadimplemento para o dano da confiança) *pressupõe já uma conclusão* no sentido da incompatibilidade entre a resolução e a indenização pelo não cumprimento, e assenta, pois, numa verdadeira *petição de princípio*. Com efeito, o que está em causa é justamente saber *se o credor deve ser encerrado nessa alternativa*, e se o ato de resolução tem, necessariamente, o sentido, por vontade do resolvente ou por imposição da lei, de renúncia a uma indenização por não cumprimento¹⁵⁴.

Ainda no plano *das consequências práticas*, deve notar-se, também, que a posição que exclui uma indenização pelo interesse no cumprimento em caso de resolução por inadimplemento, além de criar normalmente uma “*armadilha da resolução*” para aqueles credores que *querem* ou *têm necessidade de se libertar imediatamente do contrato* em caso de inadimplemento pelo devedor – obrigando-os a prescindir do ganho *que lhes era contratualmente devido* – e fazendo com que resolver o contrato seja normalmente um verdadeiro “erro de técnica jurídica”, conduz, *na maioria dos casos, à liberação do devedor inadimplente sem indenização*, e, portanto, a uma *manifestamente insuficiente proteção do crédito* e do mecanismo contratual. Como é sabido, mesmo quando o credor pode invocar danos emergentes do não cumprimento que também integrariam o interesse contratual negativo (os quais frequentemente estariam também incluídos no interesse no cumprimento)¹⁵⁵, muito dificilmente o credor conseguirá *provar o lucro cessante correspondente ao interesse contratual negativo* – isto é, a falta de obtenção de ganhos por não ter concretizado *oportunidades alternativas* de aplicação dos recursos que investiu no contrato não cumprido.

E, ainda quando o credor lesado consiga provar tais lucros cessantes integrantes do interesse contratual negativo, a verdade é que, *se optou por celebrar aquele contrato* que concluiu, será normalmente por ele ter representado a *melhor opção* que se lhe deparava (em relação às alternativas), no momento da celebração do contrato. Foi justamente por isso que concluiu aquele contrato, naqueles precisos termos, que atribuíam a cada uma das partes um certo lucro contratual (concretizando uma certa repartição do “excedente contratual”, ou *contractual surplus*¹⁵⁶). Se, em caso de não cumprimento pelo devedor, o credor agora ficar (illogicamente) limitado a invocar *a melhor oportunidade alternativa* de que então prescindiu (isto é, a exigir uma indenização correspondente ao interesse contratual negativo), sempre perderá, em regra, *por causa do não cumprimento pelo devedor*, parte do ganho, ou lucro cessante, que lhe era *já devido* nos termos *daquele contrato*, que o devedor (*e não ele*) violou¹⁵⁷.

154 O ponto fixo da caracterização da resolução que nos ocupa é, efetivamente, o seu *fundamento* no não cumprimento, e não um entendimento dos seus efeitos no sentido de uma retroatividade sem limites, ou no sentido de excluir a possibilidade de invocação do não cumprimento para fins ressarcitórios – justamente o que está em discussão. À argumentação que dá por pressuposto estes últimos pontos, pode-se, pois, indagar: *quod erat demonstrandum?*

155 Para uma análise pormenorizada dos componentes do dano correspondente ao interesse contratual negativo, sejam danos emergentes, sejam lucros cessantes, ver o nosso *Interesse contratual negativo...*, ob. cit., vol. II, n. 39, pp. 1066 e ss. (e pp. 1100 e ss. sobre diversas questões de prova desses danos).

156 “Excedente contratual”, ou “*contractual surplus*”, este, que se apura somando a diferença entre os valores, para cada parte, das prestações que cada uma delas efetua e recebe. Assim, se *A* entregou a *B* um automóvel que valia, para *A*, 5000 e, para *B*, 5500, e se em troca *B* entregou a *A* outro automóvel, que valia, para *B*, 5000 e, para *A*, 6000, o excedente contratual foi de $1500 = (6000-5000) + (5500-5000)$. E isto independentemente da forma como tal “bolo” é dividido entre as partes (o que resulta do preço acordado), uma vez que tal “excedente contratual” fornece a medida pela qual o mecanismo contratual incrementa o “bem-estar” dos contraentes globalmente considerados (e a medida em que a multiplicidade dos contratos celebrados diariamente na economia e na sociedade incrementa globalmente o “bem-estar” social).

157 Razão pela qual são totalmente *irrelevantes*, e até denunciadoras da falta de protecção do credor, as considerações, que por vezes se encontram para justificar a posição que nega a indenização por interesse no cumprimento, no sentido de que *também o interesse contratual negativo inclui o ressarcimento de lucros cessantes* (embora outros lucros cessantes). Isto, sendo certo, por outro

A falta de proteção do credor e do mecanismo contratual – que constitui consabidamente a própria “ossatura” do crédito e do funcionamento da economia produtiva – torna-se, com tal solução, a todos os títulos, *patente*.

9 O argumento teleológico – a possibilidade de exigir indenização pelo interesse no cumprimento em caso de resolução por não cumprimento evita um desequilíbrio do vínculo contratual em resultado do inadimplemento

Acresce, ainda, que, no plano teleológico – aquele em que se quis mover o citado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de dezembro de 2011 –, a possibilidade de o credor adimplente exigir uma indenização pelo interesse no cumprimento, em caso de resolução por não cumprimento, *é que evita um “desequilíbrio” do vínculo contratual em resultado do inadimplemento, e não a posição contrária (impropriamente dita “clássica”, como vimos).*

Com efeito, só assim se evita que o credor, que apenas quis realizar a sua contraprestação *em troca daquela particular prestação não cumprida*, seja, em resultado do não cumprimento culposo pelo devedor, *obrigado agora a optar entre abdicar da sua contraprestação ou do lucro contratual que lhe era devido*. Opção esta *imposta ao credor, em contradição com o que resultava do contrato, que é manifestamente injusta e desequilibrada*, pois a não realização do programa contratual acordado pelas partes resultará sempre, nos casos em que se verificam os pressupostos da indenização, de um inadimplemento causado pelo devedor, e que é *censurável a este a título de culpa* (isto é, de inadimplementos dolosos ou negligentes).

Se nada na lei vincula à qualificação da atuação do credor resolvente que reclama indenização por não cumprimento como ilegal ou contraditória, tal qualificação também não resulta, portanto, de uma perspetivação *teleológica*. Quando se afirma que o contraente fiel que pretende que o valor global da contraprestação fique representado no seu património deve apostar na manutenção do contrato, e não na sua rescisão, deve ter-se em conta, como interesse do contraente fiel *digno de tutela*, que, como se disse, ele pode ter necessidade de se libertar do contrato em resultado do não cumprimento, e não deve ser obrigado a realizar a sua prestação (ou a mantê-la) *em troca de uma soma de dinheiro*, se o contrato apenas previa a sua realização em troca de *outra contraprestação* (por exemplo, a entrega de outra coisa). Pelo que sempre se deveria permitir ao contraente fiel liquidar o dano nos termos da teoria da diferença, isto é, não efetuando a sua prestação, ou reavendo-a caso já a tenha realizado.

Mas não se vê que a *realização da contraprestação* pelo credor, enquanto *puro momento fáctico*, possa alterar, de forma relevante, a situação dos interesses das partes à luz do programa (e do sinalagma) contratual, ou das normas que preveem a responsabilidade do inadimplente pelo interesse positivo, no cumprimento. Ao que acresce que, como se disse, o não cumprimento não afeta o contraente fiel apenas sob o perfil ou aspeto *quantitativo*,

lado, que, se o ressarcimento desses lucros cessantes de negócios alternativos *não estiver limitado ao montante do interesse no cumprimento*, tal significaria que o lesado poderia vir a ficar com a indenização em caso de não cumprimento, numa posição *melhor do que aquela em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido*. O que também é evidentemente *inaceitável*.

mas também *qualitativo*, designadamente se *já tinha realizado* a sua prestação, caso em que a composição do seu patrimônio se terá alterado¹⁵⁸.

A posição que nega a indenização pelo interesse no cumprimento e aceita a “teoria atenuada da diferença” distingue, com efeito, consoante o credor tenha *ou não realizado a prestação*: quando o credor não realizou a prestação, não o teria de fazer, exigindo uma indenização nos termos do “método da diferença”; quando já a realizou, porém, não poderia simultaneamente pedir a sua restituição e uma indenização por não cumprimento¹⁵⁹. Mas a realização efetiva da prestação pelo credor (seja ou não por a ela se estar primeiro obrigado) *em nada altera a posição das partes quanto à relação entre a sua conduta e o programa* contratual e quanto às consequências indenizatórias do inadimplemento.

A resolução com indenização do interesse no cumprimento é o único mecanismo que permite ao contraente fiel recompor o seu patrimônio sob o aspecto *qualitativo*, obtendo a *restituição da contraprestação realizada*, sem, porém, perder os benefícios econômicos (sob o aspeto quantitativo) que o contrato lhe assegurava. Ou seja, não impõe ao contraente que pretende que o contrato produza os resultados econômicos (quantitativos) a que se dirigia, e que não foram realizados pelo inadimplemento da outra parte, que altere a composição do seu patrimônio em troca de uma indenização, realizando a sua prestação (se o não tiver feito) ou não pedindo a sua restituição.

A consideração dos diversos planos afetados pelo programa contratual e pelo seu inadimplemento, em que se movem a resolução e a indenização por não cumprimento, permite-nos, pois, detectar a *improcedência do argumento* segundo o qual a proteção dada ao credor que pode cumular a restituição com a obrigação de indenização é *desequilibrada*, em face da finalidade e da origem sinalagmática da resolução e do regime das restituições consequentes à resolução e invalidade nos contratos sinalagmáticos¹⁶⁰.

Tal argumento é improcedente porque, além do mais¹⁶¹, as diversas pretensões em causa se ligam às *diversas dimensões afetadas pelo inadimplemento*, e ao fato de *apenas ter sido realizada a contraprestação pelo credor*: a obrigação de indenizar pelo interesse no cumprimento corresponde ao *dano* causado pela perda do valor económico por força do não cumprimento; a possibilidade de *restituição* corresponde à impossibilidade de realização da conformação qualitativa, pela entrega das próprias prestações devidas nos termos do contrato, também

158 Mas também se ainda não a realizou e a pretende realizar, caso em que se deve permitir-lhe tal realização, ou seja, que enverede pela manutenção do contrato.

159 L. Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, II, ob. cit., pp. 267 e s., 270 e s.

160 Assim, L. Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, II, ob. cit., pp. 267 e s., que considera que a cumulação de uma obrigação de restituição com a obrigação de indenização desvirtuaria o equilíbrio sinalagmático, transformando mesmo o contrato em unilateral, destoando do regime das restituições consequentes à resolução (igualmente ligadas por um sinalagma). Com base em tal argumentação, defende que a indenização “cumulável” com a resolução apenas se pode referir ao interesse contratual negativo.

161 Isto é, independentemente da *manifesta incorrecção* da qualificação do efeito da “cumulação” da pretensão restitutória com a indenização pelo interesse no cumprimento como sendo o de uma *transformação de um contrato sinalagmático em contrato unilateral*. Com efeito, se a restituição apenas se verifica num sentido, tal deve-se tão só ao fato de *apenas o credor ter já realizado* a sua contraprestação. E abstraindo ainda da questão de saber por que razão tal dita “transformação em contrato unilateral”, a ocorrer, se não verificaria igualmente com a cumulação da pretensão restitutória com uma indenização correspondente ao interesse contratual *negativo*, e não ao interesse *no cumprimento*.

em consequência do inadimplemento. Longe de *desequilibrar* o sinalagma, a cumulação entre as pretensões restitutória e indenizatória, pelo interesse no cumprimento, *reequilibra-o*, dando conta dos diversos aspetos afetados pelo não cumprimento, facultando ao credor uma *tutela integral*, e, designadamente, não o colocando na *injusta alternativa de ter de renunciar à sua contraprestação já realizada ou ao lucro cessante do negócio*, quando apenas pretendeu trocar a primeira pela própria prestação que o devedor não cumpriu, e este lucro cessante *lhe era já devido pelo contrato* cujo não cumprimento é imputável ao devedor.

Deve afastar-se, pois, a posição menos “amiga” do credor, que tem constituído a referida (infeliz) *singularidade nacional*, que não assume, até o fim, as limitações da tutela resolutória e ressarcitória isoladamente consideradas, e, mesmo, a ideia de que a responsabilidade contratual tem, como consequência, a indenização do interesse no cumprimento. Partindo do direito comparado, pode concluir-se, *sem quaisquer óbices* no plano jurídico-positivo, e considerando o *sentido e alcance da retroatividade* da resolução, a sua *função e finalidade* como reação sinalagmática a uma situação de não cumprimento, e o equilíbrio dos interesses em presença, que *nada obsta* entre nós, e *de jure constituto*, a que o credor que resolve o contrato *reclame igualmente uma indenização pelo interesse positivo, no cumprimento* – numa posição¹⁶² que constitui um *incentivo à proteção do credor e à circulação*, permitindo àquele *libertar-se do contrato* sem ter para tal que *renunciar aos lucros frustrados pelo não cumprimento*¹⁶³.

O *incentivo à contratação* exige que se proteja o interesse do credor na *obtenção dos benefícios* que o cumprimento lhe deveria proporcionar, representado designadamente pelo maior valor que a prestação esperada tenha em relação à contraprestação que, com a resolução, retém ou recupera, mas também que, em consequência do inadimplemento, se possibilite ao credor *libertar-se* do dever de realizar a contraprestação, evitando uma *recomposição qualitativa* do seu património que *apenas quisera nos termos do contrato*, e *subtraindo-se ao risco* da manutenção do vínculo e da insistência num cumprimento que se tornou impossível ou em que perdeu interesse.

10 Em especial, o equilíbrio das prestações contratualmente acordado e o correto cômputo dos danos sofridos pelo credor por causa do não cumprimento, segundo o direito português vigente

A esta conclusão contrapõe-se, porém – como fez o Supremo Tribunal de Justiça no seu acórdão de 15 de dezembro de 2012, e faz alguma doutrina – um argumento baseado na *suposta proteção do equilíbrio contratual*, o qual não pode, porém, deixar de ser considerado *verdadeiramente surpreendente*, pela sua *manifesta improcedência e inadequação*. Com efeito, afirma-se que, se fosse possível ao credor resolvente libertar-se do contrato e exigir uma indenização

162 Já defendida também por Autores como Guilherme Moreira, A. Vaz Serra, J. Baptista Machado, J. Ribeiro de Faria, M. Ângela Coelho/R. Moura Ramos, Ana Prata, P. Romano Martinez, A. Menezes Cordeiro, N. Pinto de Oliveira.

163 Isto, sendo certo que *normalmente não será o contraente fiel que terá celebrado um mau negócio*, mas antes o inadimplente, apenas pretendendo aquele resolver o contrato para se libertar dele e poder “voltar ao mercado”, negociando com terceiros. Assim, também A. Soler Presas, *La valoración del daño...*, ob. cit., p. 83.

pelo interesse no cumprimento, não teria de realizar a sua contraprestação mas obteria uma indenização que inclui o valor que cumprimento do contrato teria para ele.

Ora, como já vimos, no que toca à *compatibilização deste argumento com o sinalagma contratual* deve reconhecer-se que a situação referida se torna *inevitável* (para o credor ou para o devedor) a partir do momento em que, por causa imputável ao devedor, este deixou de realizar a prestação acordada, sendo esta substituída por uma indenização¹⁶⁴. O que está em causa não é, pois, a compatibilização com o acordado pelas partes. Antes o que surpreende no argumento é a conclusão de que se verificará um “*desequilíbrio*” das prestações contratuais, em resultado da indenização, pois tal *desequilíbrio* apenas pode resultar de *apenas se estar a ver um dos lados da equação* relevante para o cálculo da indenização.

Com efeito, esse argumento *esfuma-se* logo que se efetua um *correto cálculo dos danos sofridos pelo credor pelo não cumprimento*, isto é, um *cálculo que deduza ao valor da prestação não realizada as vantagens obtidas com a cessação do contrato* (uma *compensatio lucri cum damno*).

Na verdade, para computar a indenização devida pelo não cumprimento do contrato não se pode ter apenas em conta *apenas uma das parcelas relevantes* – isto é, o valor da prestação não cumprida – e omitir a prova e a dedução das *vantagens advenientes para o credor com a cessação do contrato* – *maxime* quando está em causa um contrato com uma *contraprestação* periódica, ou que, por exemplo, impunha um dever de *exclusividade* ao credor, limitando a sua atividade.

O não cumprimento, e a cessação do contrato por virtude da resolução, não se limitam, com efeito, a causar *perdas* ao credor. Antes também lhe trazem *vantagens*, advenientes da *desnecessidade de realização (ou da restituição) da sua contraprestação*, incluindo a *libertação da sua capacidade de prestar* e a sua *possibilidade de celebrar negócios substitutivos* (por exemplo, numa zona de exclusividade que lhe estava vedada no contrato). E a indenização por não cumprimento é também causa da *recepção antecipada dos valores que eram devidos nos termos do contrato*. Ora, estas vantagens *têm de ser deduzidas* às perdas com o não cumprimento, numa *compensatio lucri cum damno* (imprópria)¹⁶⁵, ou *dedução de vantagens*, que é imposta pela lei – desde logo, pela correta aplicação do art. 566, n. 2. Sem tal “*dedução de vantagens*”, que diminuem o prejuízo, não é só o *cômputo da indenização em caso de resolução que conduzirá necessariamente a um resultado “desequilibrado”* – *é todo e qualquer cálculo da indenização* que terá um resultado *incorreto*. Tal como, se quisermos calcular o saldo (a perda ou o ganho) de uma aquisição avaliando *apenas o valor da coisa adquirida* (incluindo no cálculo o valor do cumprimento para o credor), mas *esquecendo o valor do preço* ou da *contraprestação realizada* (não deduzindo o valor da *contraprestação a realizar pelo credor*), não haverá, com certeza, análise do equilíbrio contratual que resista¹⁶⁶.

164 E sendo certo, aliás, que a obtenção do valor do cumprimento, apesar de a outra parte não realizar a sua contraprestação, se verifica já – porque *tem de verificar-se* se uma das prestações é substituída por uma indenização – *no cálculo da indenização pelo não cumprimento nos termos da “teoria da diferença”* (mesmo que atenuada, isto é, nos casos em que o credor não realizou ainda a sua contraprestação).

165 Sobre a “compensação de vantagens” (“*Vorteilsausgleichung*”, *compensation lucri cum damno*) em geral, ver o nosso *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, ob. cit., vol. I, pp. 710 e ss., e n. 2116 e 4274 (esta no vol. II).

166 Aliás, pode discutir-se a distinção entre a *compensatio lucri cum damno* propriamente dita, por desconto de vantagens na indenização, e o cálculo da indenização segundo a “teoria da diferença”. Poderá dizer-se que, no caso do cálculo da indenização do credor contratual, existe, à partida (pelo menos para quem admita a “teoria da diferença” quer a *contraprestação* esteja ou não realizada), uma possibilidade de *opção do credor* lesado, enquanto a “compensação de vantagens”

Isso, sendo certo que eventuais *insuficiências de prova* dessas vantagens do credor não poderão nunca ser “contrabalançadas” por uma verdadeira “*inversão*”, com *violação das regras da causalidade* entre o evento lesivo e o dano, do tipo de prejuízo ressarcível, isto é, pela conclusão, patentemente *ilógica* e violadora do art. 562, de que uma indenização que, como a resolução, tem *como fundamento jurídico o não cumprimento*, apenas pode visar colocar o credor na situação em que este estaria (*não se o contrato tivesse sido cumprido*, mas antes) se o contrato *não tem de todo chegado a celebrar-se*. Pelo contrário, esta posição é que – ela sim –, além de violar as regras da causalidade na responsabilidade civil, conduz a um *desequilíbrio no vínculo contratual*, permitindo normalmente a *liberação sem consequências indenizatórias do credor inadimplente e enfraquecendo a posição do credor* e o mecanismo contratual.

Deve, pois, concluir-se que o credor adimplente pode reagir contra o inadimplemento, nos termos do *direito civil português em vigor*, recorrendo à *resolução do contrato por não cumprimento* (“condição resolutiva tácita”), e, *simultaneamente, exigindo ao devedor inadimplente o ressarcimento dos prejuízos causados pelo não cumprimento* – isto é, uma indenização que o coloque na situação em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido.

É certo, ainda, que, para eventuais *excessos indenizatórios* (em caso de mera culpa) ou *insuficiências de prova das vantagens obtidas pelo credor com a liberação do vínculo contrato*, bem como para outros fatores relevantes, sempre poderá o julgador recorrer ao art. 494 do Código Civil (aplicável, segundo a melhor posição, também à responsabilidade obrigacional¹⁶⁷).

ANEXO

I – Surgimento e superação da impossibilidade da indenização por interesse no cumprimento em caso de resolução por não cumprimento:

1. O problema, as respostas do Supremo Tribunal de Justiça e o dogma (errado) da impossibilidade de uma indenização por não cumprimento do contrato em caso de resolução por não cumprimento.
2. O direito comparado: superação da impossibilidade de cumulação de indenização e resolução por não cumprimento na generalidade das ordens jurídicas.

é obrigatória, e só se impõe quando o credor pede indenização por todo o valor. Mas na realidade, não se escapa aqui ao problema da proximidade entre o *mero cálculo do dano* (pela dedução de rubricas positivas com que o lesado fica) e a verdadeira “*compensação de vantagens*” *autônomas* – que não é suscetível de uma distinção cortante por critérios lógicos. Parece, pois, que essa distinção só poderia resultar da consideração de que a manutenção da contraprestação no credor não é, nos contratos sinalagmáticos, uma *vantagem autônoma* em relação ao dano da não realização da prestação, segundo a “*concepção geral da vida*” e a tradição de enquadramento doutrinário. Entre nós, ver, falando de dedução de lucros com a retenção da contraprestação, J. Ribeiro de Faria, *A natureza da indemnização... – novamente a questão*, ob. cit., pp. 49, 52; Ana Prata, *Cláusulas de exclusão...*, ob. cit., p. 491 (embora em geral para a resolução, e acabando por preferir simplesmente a não inclusão na indenização do valor da contraprestação), e P. Romano Martinez, *Da cessação...*, ob. cit., p. 215.

167 Sobre esta questão, ver a nossa ob. cit., vol. I, n. 2361, e vol. II, n. 2630.

3. A história da questão no direito português – a “posição clássica” não é a da impossibilidade de indenização por não cumprimento em caso de resolução.

II – A solução no direito privado português em vigor:

4. Os argumentos literal e histórico apontam para a possibilidade de o credor exigir uma indenização por interesse no cumprimento em caso de resolução por inadimplemento.

5. Os arts. 801, n. 2, e 798 do Código Civil e o argumento sistemático.

6. O “insincero respeito” (ou o disfarçado desrespeito) pela impossibilidade de cumulação de resolução e indenização por não cumprimento, com a aceitação da chamada “teoria da diferença” para cálculo da indenização nos contratos bilaterais.

7. A retroatividade e o fundamento e finalidade da resolução por não cumprimento – a indenização por interesse no cumprimento e a resolução por não cumprimento como duas respostas complementares, e imprescindíveis, ao inadimplemento do devedor.

8. As indesejáveis consequências práticas da impossibilidade de exigir indenização pelo interesse no cumprimento em caso de resolução por não cumprimento – a “armadilha da resolução”, a liberação do inadimplente sem indenização e a insuficiente proteção do crédito e do mecanismo contratual.

9. O argumento teleológico – a possibilidade de exigir indenização pelo interesse no cumprimento em caso de resolução por não cumprimento é que evita um desequilíbrio do vínculo contratual em resultado do inadimplemento.

10. Em especial, o equilíbrio das prestações contratualmente acordado e o correto cômputo dos danos sofridos pelo credor por causa do não cumprimento, segundo o direito português vigente.

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

CAPÍTULO II

Da Extinção do Contrato

Seção I

Do Distrato

Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato.

Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

Seção II

Da Cláusula Resolutiva

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.

Seção III

Da Exceção de Contrato não Cumprido

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.

Seção IV

Da Resolução por Onerosidade Excessiva

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

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

DANO MORAL NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Isabel Gallotti

Ministra do Superior Tribunal de Justiça

A jurisprudência predominante do STF não admitia a indenização por dano moral decorrente de morte de parente. Entendia que o direito positivo brasileiro, sob a vigência do Código de 1916, somente permitia a indenização pelo dano moral à pessoa mesma que o houvesse sofrido em hipóteses previstas em lei. Era o caso da indenização por lesão corpórea deformante (art. 1.538); por calúnia (art. 1.547); pela ofensa à honra da mulher honesta (art. 1.548); pelos crimes de violência sexual (art. 1.549), e pela ofensa à liberdade pessoal (art. 1.550). Para homicídio, não previa o Código senão o pagamento das despesas com o funeral da vítima, o luto da família e a prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia (art. 1.537).

Já havia vozes pioneiras no Supremo, notadamente a do nosso homenageado de hoje e sempre, o Ministro Moreira Alves, favoráveis ao ressarcimento do dano moral puro, com base na regra geral do art. 159 do Código revogado, a ser liquidado por arbitramento, na forma do art. 1553 do mesmo Código.

Destacava o Ministro Moreira Alves, em seu voto no RE 84.718-PR, que, quando o Supremo declarava passível de indenização o dano potencial causado às famílias modestas com a morte do filho menor que, embora no momento do óbito só fosse fonte de despesas, representava expectativa de ajuda futura, na realidade, conferia colorido econômico a dano puramente moral. Isso porque o dano patrimonial é aquele que acarreta efetiva diminuição ao patrimônio da vítima, quer consistente na perda sofrida (dano emergente), quer consistente na privação efetiva de um lucro (lucro cessante). Este deve ser efetivo e não apenas possível, eventual, a depender de outros fatores que não guardam relação com o ato ilícito, no caso, continuarem os pais pobres, vir o filho a poder alimentá-los etc. *Expectativa de, no futuro, filho poder vir a ajudar é perspectiva, com maior intensidade, rico ou pobre, pois ninguém sabe se a situação permanecerá.* Assim, concluía o Ministro Moreira Alves, *essa tendência humanitária do Supremo Tribunal Federal representava um passo decidido para afastar o óbice do inciso II do art. 1537 do Código Civil e para chegar à compensação do dano moral, quando não houvesse lucro cessante a reclamar.*

A jurisprudência do Supremo considerava indevida a cumulação de indenização por danos patrimoniais e morais decorrentes do mesmo fato, o que era coerente com a circunstância de que, em caso de morte de menor de família carente, a indenização concedida sob o pretexto de expectativa de ajuda patrimonial futura era, como visto, a rigor, por dano moral puro (RE 107.014-RJ, RTJ 116/861, RREE 84.674, 84.746, 85.862 e 83.760 e STJ).

Em 1988, o ressarcimento do dano moral puro passou a ser garantido pela Constituição, na linha do que já preconizava a doutrina (CF, art. 5º, V e X). O Superior Tribunal de Justiça, instituído como o intérprete máximo da legislação ordinária federal, seguindo a mesma linha do Ministro Moreira Alves, proclamou o direito à indenização pelo dano moral puro, ainda sob a égide do Código de 1916, com base em seu art. 159. E mais: reconheceu a possibilidade de cumulação das indenizações por dano material e dano moral decorrentes do mesmo fato (Súmula 37).

O voto vencedor do Ministro Eduardo Ribeiro, no REsp. 4.236, esclareceu: *se há um dano material e outro moral, que podem existir autonomamente, se ambos dão margem à indenização, não se percebe porque isso não deva ocorrer quando os dois se tenham como presentes, ainda que oriundos do mesmo fato. De determinado ato ilícito decorrendo lesão material, esta haverá de ser indenizada. Sendo apenas de natureza moral, igualmente devido o ressarcimento. Quando reunidos, a reparação há de referir-se a ambos. Não há porque cingir-se a um deles, deixando o outro sem indenização.*

No caso em julgamento (REsp 4.236), anotou o Ministro Eduardo Ribeiro, a vítima era pessoa que exercia trabalho remunerado, vivendo a autora, sua mãe, a suas expensas. Havia, portanto, lucros cessantes, prejuízo autônomo em relação ao dano moral provocado pela sua morte. Havia causa jurídica, portanto, para a cumulação de indenização por dano patrimonial efetivo (alimentos devidos pela falecida vítima) e dano moral puro, ao contrário do que sucedia em alguns dos precedentes julgados pelo Supremo, em que a vítima, menor, não exercia trabalho remunerado, e o dano reparado era, na realidade, dano moral, embora concedido sob color econômico. Não se poderia, então, afirmava o Ministro Eduardo Ribeiro, conceder nova indenização a esse título. No mesmo sentido, REsp. 3.604-SP, rel. Ministro Ilmar Galvão, DJ 22.10.90.

Neste ponto, devo reconhecer que a jurisprudência atual do STJ, divorciada dos fundamentos dos precedentes da Súmula 37 acima lembrados, no caso de óbito de filho menor de família modesta, continua a conceder a indenização por dano moral impropriamente qualificada como “patrimonial” (pensão a partir da data em que o menor completaria 14 anos e poderia, eventualmente, começar a trabalhar, e talvez, ajudar seus pais, se estes ainda tivessem necessidade) cumulada com outra indenização a título declarado de “dano moral”. Nesse sentido: Corte Especial, EREsp. 107.617-RS, rel. Ministro Ari Pargendler, DJ 1.8.2005; Terceira Turma, REsp. 555.036-MT, rel. Ministro Castro Filho, DJ 23.10.2006; AgRg no REsp. 734.987-CE, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 29.10.2009; Quarta Turma, REsp. 598.327-PR, rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 10.12.2007; REsp. 1.082.663-MG, rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, DJe 29.3.2010.

Dano moral é, por definição, dano extrapatrimonial. Admite a jurisprudência do STJ a decomposição da indenização por dano moral em sentido amplo, em dano estético e dano moral, ao estabelecer, em sua Súmula 387, que *é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral*. Penso que é inerente ao dano estético o dissabor moral. O dano estético, se não causa também lucros cessantes (no caso de modelos profissionais, por exemplo), causa ou agrava profundo dissabor moral. O que importa, ao meu sentir, não é a opção do juiz de estabelecer um valor para compor a parte estética do dano moral e outro

para os demais aspectos do sofrimento moral causado pelo ilícito; o que interessa é verificar a razoabilidade do valor global estimado para compor o prejuízo moral, vale dizer, o prejuízo não patrimonial (cf. REsp. 662.659-DF, rel. Min. Cesar Asfor Rocha).

Neste ponto, chego à parte mais delicada das questões relativas ao ressarcimento do dano moral, a saber, os legitimados a reclamar a indenização e o valor respectivo.

Estas questões (os lesados seriam, frequente, em número indeterminado e falta de parâmetro para avaliação em dinheiro) foram a base das objeções feitas ao reconhecimento do próprio direito à indenização pelo dano moral puro, como se verifica do precedente já citado, da relatoria do Ministro Eduardo Ribeiro.

Contestando as justificativas dadas pelo grande Clóvis Bevilacqua para a impossibilidade de composição do dano moral em caso de homicídio, segundo o qual *no caso, a dificuldade de estimativa abre a porta a especulações desonestas, acobertadas pelo manto nobilíssimo de sentimentos afetivos* (Código Civil Comentado, 5. ed. v. 5, p. 319), o Ministro Eduardo Ribeiro afirma *ora, não se contesta que sempre dificultoso o arbitramento da indenização do dano moral. Numerosos critérios, entretanto, têm sido excogitados, permitindo superar o embaraço. O que parece gritantemente ilógico é afastar a indenização, exatamente pelo fato de os sentimentos afetivos serem mais profundamente atingidos. Para evitar especulações desonestas, conta-se com o bom senso dos juízes, que haverão de rejeitar pedidos, deduzidos por quem não tenha legitimidade e arbitrar com recomendável moderação o montante da reparação.*

Este é o problema: como, em país de dimensão continental, marcado por diferenças econômicas e culturais significativas, onde o direito civil é regido por lei federal, estabelecer critérios de uniformização de jurisprudência para nortear a razoabilidade e a moderação para o arbitramento de indenizações por dano moral, decorrentes dos fatos mais diversos: lesões à vida, à integridade física, à saúde, ao nome, à imagem, aos deveres contratuais, cometidos nas mais variadas circunstâncias.

A característica do dano moral é não ter parâmetro econômico, patrimonial. Sua avaliação depende das circunstâncias de fato de cada causa, em cotejo com o ordenamento jurídico violado.

O Superior Tribunal de Justiça não tem competência para reexaminar prova, cabendo-lhe, contudo, diante do panorama de fato descrito no acórdão verificar a existência de ofensa a dispositivo legal. Muitas vezes, no caso concreto, o limite entre reexame de matéria de fato e valoração da prova é tênue.

Nas indenizações por dano moral, em que grande é a margem de discricção do juiz, à falta de parâmetros legais e de base de cálculo econômica, para estabelecer o respectivo valor, a jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de ser possível, em recurso especial, rever valores irrisórios ou manifestamente excessivos.

Às instâncias ordinárias cabe analisar, inferir e interpretar os fatos ocorridos, devidamente provados nos autos, com base nas regras gerais de experiência, para deles extrair a existência do dano moral, os legitimados a postular a reparação e o valor respectivo.

Em qualquer tipo de dano moral, o STJ leva em consideração a extensão do dano; o grau de dolo ou culpa do ofensor (ou, na ausência de culpa, na hipótese de responsabilidade objetiva, a seriedade da deficiência do serviço em relação ao esperado ou possível) e as condições econômicas e pessoais da vítima e do autor do fato. Sobretudo, são consideradas as finalidades da indenização por dano moral: compensatória (mitigar o sofrimento) e inibitória (desestimular a prática de atos semelhantes pelo responsável).

Quando o autor da ação de indenização não é a própria vítima, cumpre verificar a sua legitimidade para postular a indenização: deve ele ter sofrido dano próprio em função do ilícito que atingiu terceiro. Para tanto, importa verificar a quem o ordenamento jurídico, em abstrato, confere o direito de ação.

Penso que, salvo na hipótese de morte, em regra, a indenização por dano moral cabe à própria vítima e não a parentes que, reflexamente, experimentaram dor ao acompanhar o sofrimento da vítima. Este sofrimento deriva da natureza das coisas, da solidariedade e sentimentos inerentes ao conceito de família, mas não caracteriza dano moral autônomo, passível de indenização a ser paga paralelamente àquela a que tem direito a própria vítima.

A dor de quem vê seu parente, vítima do ato ilícito, sofrer é compensada, na mesma proporção, pela satisfação que experimenta ao vê-lo receber a indenização.

No meu sentir, rigorosamente falando, somente caberia direito autônomo à indenização por dano moral causado a vítima viva se as consequências do ilícito atingissem pessoalmente, embora de forma reflexa, também a terceiro, como seria o caso de cônjuge de pessoa que sofre lesões corporais gravíssimas, causando prejuízo comum à vida do casal, como a infertilidade.

Entendimento contrário acarretaria, ao meu ver, pulverização injustificada do valor da indenização devida à vítima direta. Mas esta questão ainda não foi suficientemente examinada na jurisprudência do STJ, havendo precedentes em que se reconhece o direito de indenização aos pais pelas lesões corporais graves de que foram vítimas seus filhos (REsp. 122.573-PR, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 18.12.98).

Em caso de morte, a jurisprudência do STJ uniformemente reconhece tal legitimidade ao cônjuge ou companheiro, filhos e pais da vítima, presumindo, pelo vínculo consanguíneo, a dor moral e o dever jurídico, a cargo do autor do ato ilícito, de repará-lo. Há alguns precedentes reconhecendo tal legitimidade a irmãos (REsp. 254.318/RJ, rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 22.3.2001; REsp. 1.137.708/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 6.10.2009). Quanto a esses parentes, tal obrigação em abstrato corresponde aos obrigados civis à prestação de alimentos (Código Civil, art. 1697). Trata-se de vínculo jurídico em que faz a lei presumir afeto e, também, o correlato dever de cuidado e amparo material em caso de necessidade.

Em substancioso voto na 4ª Turma (REsp. 1.076.160), o Ministro Luís Felipe Salomão lembra o Código Civil Português, o qual determina que *por morte da vítima, o direito à indenização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes;*

e, por último aos irmãos ou sobrinhos que os representem. Na falta de disciplina legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro, após interessante análise da doutrina e da jurisprudência do STJ, recorre à aplicação de outras regras legais, por analogia (Código Civil de 2002, arts. 2º, 948, I.829; CPP, art. 63) para concluir, em tentativa de sistematização da delicada questão, valendo-se da regra de sucessão hereditária, mas ressaltando as adaptações necessárias (como, por exemplo, a irrelevância, para esse efeito, do regime de bens do casamento), que, de regra, somente podem pleitear a compensação: o cônjuge ou companheiro em concorrência com os descendentes; o cônjuge ou companheiro em concorrência com os ascendentes, na falta de descendentes; o cônjuge ou companheiro, na falta de descendentes e de ascendentes e os colaterais até o quarto grau.

Entendeu que o “dano por ricochete” a pessoas não pertencentes ao núcleo familiar da vítima direta, inclusive amigos e fãs de personalidade públicas, deve ser considerado como não compreendido nos desdobramentos lógicos do ato, sob pena de injustificável pulverização da indenização a ser paga aos parentes próximos do morto, a qual se deve nortear, não só pelo princípio da reparação integral do dano, mas também pelo da equidade (Código Civil, art. 944, parágrafo único).

No caso em exame, conduziu o acórdão da 4ª Turma no sentido de que o noivo da vítima, que com ela ainda não convivía, não mantinha união estável, *não possui legitimidade ativa para pleitear indenização por dano moral pela morte da noiva, sobretudo quando os pais da vítima já intentaram ação reparatoria na qual lograram êxito, como no caso.*

Em meu voto do citado precedente, aderi ao relator, entendendo que *não deve ser admitida a legitimidade ativa de pessoas que não tenham vínculo conjugal ou de parentesco compreendido no rol dos legitimados à sucessão, mesmo que aleguem a condição de noivos (ou seja, de futuro companheiro), amigos íntimos ou fãs, sob pena de pulverizar o direito à indenização dos entes mais próximos ou de tornar excessivamente onerosa a reparação do dano.* Ressalvei, todavia, hipóteses excepcionais, de pessoas que, na vida da vítima, exerciam o papel equiparado ao de descendente, ascendente ou cônjuge. Foi o caso do sobrinho que morava com o falecido (REsp. 239.009/RJ, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 13.6.2000); da sogra que exercia o papel de mãe (REsp. 865.363/RJ, rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 11.11.2010). Registrei, ainda, que, ao contrário da disciplina legal para o caso de sucessão, não considero aplicável a ordem de vocação hereditária para o efeito de excluir o direito de indenização dos ascendentes quando também postulado por cônjuge e filhos. É sabido que não há dor maior do que a perda de um filho, porque foge à ordem natural das coisas.

Em precedente posterior (REsp. 1.095.762, rel. Ministro Luís Felipe Salomão), esclarecendo o alcance do acórdão no REsp. 1.076.160, a 4ª Turma afirmou que a circunstância de a viúva e filhos da vítima haverem feito acordo com o causador do dano, com plena quitação, não retira o direito autônomo da mãe de postular indenização pelo dano moral decorrente da perda do descendente perante o Judiciário, devendo, todavia, ser considerado o valor já pago ao núcleo familiar imediato (família constituída pelo matrimônio), tendo em vista o princípio da equidade (Código Civil, art. 944, parágrafo único). No mesmo sentido, o REsp. 1.139.612/PR, de minha relatoria.

No julgamento do REsp. 1.143.968, a 4ª Turma entendeu que o espólio não tem legitimidade ativa para postular direito próprio dos familiares próximos de buscar indenização pelo ato ilícito de que resultou o falecimento da vítima. Neste caso, o direito dos familiares não deriva de sucessão. Diversamente, detém o espólio, ou os herdeiros, na linha da jurisprudência da Corte Especial (AgRg nos EREsp. 978.651/SP, rel. Ministro Felix Fischer, DJe 10.2.2011), legitimidade para dar andamento à ação proposta, em vida, pela vítima e até mesmo para ajuizar ação requerendo indenização por dano moral sofrido em vida pelo falecido, a despeito do caráter personalíssimo do dano moral.

Passo, agora, ao difícil problema do arbitramento da indenização do dano moral. Aqui não há parâmetro legal algum. A tarifação das Convenções Internacionais de Varsóvia, Haia e Montreal, do Código Brasileiro de Aeronáutica e da Lei de Imprensa (Súmula 281) não mais subsistem, segundo a jurisprudência do STJ e do STF, tendo em vista o princípio da reparação integral do dano.

Sequer se pode falar, propriamente, em lacuna legislativa ou preconizar haja iniciativa do legislador no sentido de tabelar o valor dos danos morais. As inumeráveis e infinitas situações da vida, não passíveis de previsão em abstrato na lei, tornaria incompleta, insuficiente e injusta, diante dos casos concretos, qualquer tentativa de fixação prévia, na lei, dos valores das indenizações.

Ao STJ tem sido imputado, injustamente, induzir o tabelamento dos valores dos danos morais. Não é o que se pretende e nem propriamente o que ocorre, como o exame minucioso de sua jurisprudência revela, notadamente das decisões singulares e acórdãos que negam seguimento ou não conhecem de recursos especiais contra decisões que fixaram, com moderação e equidade, valores destoantes do pretenso tabelamento.

Não pode, todavia, o STJ se descuidar da missão de estabelecer e uniformizar parâmetros que possam orientar as instâncias ordinárias, às quais, com bom senso e razoabilidade, à vista das peculiaridades de cada hipótese, compete fixar os valores devidos nos casos concretos.

Na linha dessa delicada tentativa de estabelecer norte, e de sistematização, lembro o acórdão da 4ª Turma no REsp. 1.127.913, relator originário o Ministro Marco Buzzi, e, para acórdão, o Ministro Luis Felipe Salomão, no qual se entendeu que o sistema de responsabilidade civil atual, notadamente o art. 944 do Código, *rechaça indenizações ilimitadas que alcançam valores que, a pretexto de reparar integralmente as vítimas de ato ilícito, revelam nítida desproporção entre a conduta do agente e os resultados ordinariamente dela esperados*. Assim, havendo vários legitimados a reclamarem indenização em decorrência do mesmo evento danoso, mesmo que o façam por direito autônomo, a indenização deve ser encarada como uma indenização global a ser paga à família da vítima.

Tomando por base os valores que, em média, são considerados adequados pela jurisprudência do STJ para compor dano moral puro em caso de morte (o valor em moeda corrente entre 300 e 500 salários-mínimos), entendeu-se que, no caso de grupo familiar composto por vários autores (pais, cônjuge, filhos), a indenização deve ser considerada em seu conjunto, observado o limite global, o qual pode chegar ao dobro do comumente

aceito (até 1.000 salários) para evitar que os quinhões individuais se tornem irrisórios. No caso concreto (REsp. 1.127.913), foi estabelecido o valor global em moeda corrente pouco superior a 800 salários-mínimos para grupo familiar composto por companheira e três filhos. O voto parcialmente vencido recordou precedentes do STJ em que arbitrado o valor equivalente a 500 salários por cada parente da vítima (REsp. 745.710/RJ, rel. Ministro Jorge Scartezini, DJ 9.4.2007).

Assinalou-se, na oportunidade, que circunstâncias excepcionais dos casos concretos podem justificar valores superiores. Como exemplo, o caso em que foi mantida indenização arbitrada pela instância ordinária no valor global equivalente a 1.200 salários-mínimos, em favor de pais e irmãos de criança, hospedada em hotel de luxo, vítima de acidente durante brincadeira guiada por instrutores despreparados do estabelecimento, não lhe tendo sido prestados os primeiros socorros, não tendo sido dado conhecimento a seus pais do exato estado da vítima; o primeiro atendimento médico somente tendo sido prestado após três horas, concluindo a instância de origem que *evidenciou-se o menosprezo à vida em privilégio da racionalidade comercial em detrimento do atendimento à vítima*. (AREsp. 164.546/SP).

Em outro recente precedente da 4ª Turma (REsp. 1.281.742-SP, rel. Ministro Marco Buzzi, julgado em 13.11.2012), confirmou-se o acórdão recorrido que estabelecera o valor equivalente a 1.000 salários-mínimos para indenizar dano moral decorrente de acidente que causou a tetraplegia da vítima. Embora, em regra, os valores estabelecidos para lesões corporais gravíssimas sejam por volta de 500 salários-mínimos (cf. REsp. 250.979-SP, rel. Min. Aldir Passarinho, também caso de tetraplegia), considerou-se, entre outras circunstâncias, a gravidade do dano e, sobretudo, o caráter punitivo e pedagógico da indenização. Isso porque gravíssima a conduta da empresa automobilística que chegou a admitir, em relação aos pneus do mesmo modelo utilizado no veículo acidentado, produzidos no período em causa, que havia mais de quatorze mil reclamações de soltura de bandas de rolagem. Mesmo diante do alto número de reclamações e da importância da peça para a segurança do veículo, a fabricante não se inclinou a promover a convocação (*recall*) dos consumidores para eventual verificação e troca do produto. Entendeu-se, naquele caso, que a empresa, de grande porte econômico, deveria pagar indenização alta o suficiente para que perceba ser mais conveniente fazer o *recall* do que arcar com indenizações de eventuais futuras vítimas.

Não se limitam, contudo, os casos de danos morais a situações extremas, como morte e lesões corporais gravíssimas. Casos corriqueiros, do dia a dia, chegam ao conhecimento do STJ. O mais frequente relaciona-se à devolução indevida de cheque, protesto ilegal, inscrição indevida em cadastros de inadimplentes (Serasa, SPC, CCF).

Num primeiro momento, a jurisprudência do STJ julgava adequada indenização em moeda corrente no valor entre 50 e 100 salários-mínimos, podendo, excepcionalmente, em casos de prejuízos gravíssimos, chegar a 150 salários-mínimos (cf. voto do Ministro Ruy Rosado no REsp. 268.706, DJ 13.8.2001).

Atualmente, houve diminuição nos parâmetros, prevalecendo indenização em moeda corrente no valor do equivalente a até 50 salários-mínimos (cf. REsp. 448.507-SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Informativo STJ 185).

São levadas em consideração as circunstâncias peculiares de cada causa, como, por exemplo, a de ter sido a inscrição indevida (alguém que nunca foi devedor inadimplente), ou, ao contrário, a inscrição ter constituído exercício regular de direito, seguindo-se, todavia, demora injustificada na retirada do nome do devedor do cadastro restritivo após a quitação da dívida, avaliando-se, também, o tempo da demora. A existência contemporânea de outros registros legítimos em nome do autor da ação exclui o cabimento da indenização (Súmula 385).

Chegando aos dissabores contratuais e patrimoniais, é certo que diversas hipóteses em que se reclama indenização por dano moral, na realidade, configuram aborrecimentos cotidianos sem relevância a ensejarem indenização. Em outros casos, há séria controvérsia a propósito da interpretação de discutível cláusula contratual, o que, em regra, segundo a jurisprudência do STJ, não enseja indenização por dano moral, senão a reparação patrimonial própria do inadimplemento (REsp 712.469/PR, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 06/03/2006; AgRg no REsp 761.801/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 12/12/2007; REsp. 540.681/RJ, rel. Ministro Castro Filho, DJ 10.10.05).

O dano moral não pode ser considerado um apêndice necessário de qualquer dano patrimonial. Para que o dano material possa, em tese, gerar dano moral autônomo, deve ser alegado e comprovado algum prejuízo sofrido, na época, em decorrência do prejuízo econômico, como, por exemplo, a vítima ter passado por grave privação, ou tido seu nome inscrito em cadastros de inadimplentes ou ainda cheque devolvido por insuficiência de fundos. Deve haver prova de que, em razão daquele dano patrimonial, houve um prejuízo moral autônomo. Sem essa alegação e comprovação, não cabe indenização por danos morais.

Neste sentido, dentre as hipóteses em que a jurisprudência do STJ tem admitido a indenização por dano moral em razão de descumprimento de contrato, é comum a recusa injustificada de plano de saúde para autorizar tratamento médico urgente, sobretudo quando é frágil ou nenhuma a justificativa apresentada (AgRg no REsp. 1.299.069-SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 4.3.2013; AgRg em AREsp. 253.088-MG, rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJe 18.12.2012; AgRg em AREsp. 7.386-RJ, rel. Min. Marco Buzzi, DJe 11.9.2012 e AgRg em AREsp. 148.113-SP, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 29.6.2012).

Lembro, ainda, no campo do Direito do Consumidor, precedente da relatoria do Ministro Massami Uyeda, em que se considerou passível de indenização por dano moral o descumprimento da obrigação de trocar bem de consumo essencial (fogão), durante mais de seis meses após a reclamação ao supermercado, considerando-se as condições pessoais da vítima e a imprescindibilidade do bem adquirido (REsp. 1.002.801/DF, DJ 14.5.2010).

Está pendente de conclusão, em face de pedido de vista, o julgamento de caso de tentativa de assalto de consumidor em saída de estacionamento de *shopping center*, crime frustrado, sem que dele resultasse dano material ou lesão corporal alguma, mas que, alega o consumidor, lhe causou dano moral. A vítima escapou do roubo justamente graças à segurança do interior, para o qual conseguira recuar. Penso que o reconhecimento do dever de indenizar por danos morais, em hipóteses do gênero, agravaria de tal modo o custo da

atividade econômica, obrigando a contratação de seguros também para danos morais de todo o tipo, que mais oneroso resultaria o preço dos serviços postos à disposição do consumidor.

A questão do dano moral, em cotejo com o dano à imagem, foi discutida em interessantes acórdãos. No REsp. 595.600, relator o Ministro Cesar Asfor Rocha, discutiu-se o cabimento de indenização por danos morais para mulher anônima, praticante de *topless*, publicada em jornal. A 4ª Turma manteve o indeferimento da indenização pelo Tribunal de Santa Catarina, uma vez que fora a própria recorrente quem expusera sua imagem em cenário público, não sendo ilícita a publicação da foto, sem qualquer conteúdo pernicioso e sequer citar o seu nome, em contexto de praia lotada, em pleno feriado.

No REsp. 270.730, conhecida atriz obteve indenização no valor de 50 mil reais de jornal carioca, devido à publicação não autorizada, em página inteira, de foto extraída de ensaio fotográfico feito para a revista *Playboy*. A 3ª Turma dividiu-se. O saudoso Ministro Menezes Direito considerou presente o uso indevido da imagem, ensejador da indenização a este título, deferida pela instância ordinária, mas não dano moral autônomo, uma vez que o jornal onde publicada a fotografia tinha circulação mais restrita do que a da revista para a qual posara a atriz. Concluiu que não houvera, na situação concreta, lesão à honra, à dignidade, humilhação ou vexame justificador da cumulação da indenização por dano moral com o dano à imagem. Prevaleceu o voto da Ministra Nancy Andrigli, considerando presente o dano moral autônomo, uma vez que a atriz não desejara ter sua imagem nua publicada em outro veículo, diverso do autorizado contratualmente, a saber, revista lacrada, de preço superior, destinada a outro tipo de público.

No REsp. 1.200.482, relator o Ministro Luís Felipe Salomão, editora de revista semanal foi condenada a indenizar outra renomada atriz, cuja imagem, desnuda, fora capturada de seriado exibido na televisão, para ilustrar matéria publicada na revista a propósito do mesmo seriado. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro indeferiu ambos os pedidos, de indenização por dano material e dano moral, entendendo que as imagens não possuíam apelo erótico e que eram de conhecimento público e amplamente divulgadas, bem como que a publicação das fotos não fora feita com o objetivo de incrementar a venda da revista. A 4ª Turma deferiu o pedido de dano moral (por uso indevido da imagem), pois *as imagens publicadas em mídia televisiva são exibidas durante fração de segundos, em horário restrito e em um contexto peculiarmente criado para aquela obra, bem diverso do que ocorre com a captura de uma cena e sua publicação em meio de comunicação impresso, o qual, por sua própria natureza, possui a potencialidade de perpetuar a exposição e, por consequência, o constrangimento experimentado*. O pedido de dano material foi rejeitado pela maioria da Turma.

Quanto ao direito de livre expressão e transmissão de conhecimento, recorde o REsp. 1.193.886, em que a maioria da 4ª Turma considerou não haver dano moral na publicação – em livro destinado preponderantemente ao meio acadêmico (“Crimes Famosos”), após a descrição dos trâmites de notório processo criminal em que determinado filho fora denunciado pelo homicídio dos próprios pais e, ao final, impronunciado – da assertiva de que, na opinião do autor da obra, conhecido penalista, das circunstâncias do crime ficava a convicção de que o denunciado matara o pai, após este haver assassinado a mãe. Prevaleceu,

contra meu voto, o entendimento de que a assertiva, repetida em entrevista de programa televisivo, não era passível de reparação moral, porque *encontrava-se no âmbito das incertezas razoáveis, das ilações cabíveis*, em livro técnico-jurídico, espaço acadêmico, portanto, não sendo exigíveis da atividade informativa verdades absolutas, provadas, previamente, em sede de investigação no âmbito administrativo, policial ou judicial, mas apenas diligência séria, que vá além de meros rumores.

Poderia eu prosseguir narrando centenas de casos interessantes. Finalizo, todavia, destacando apaixonante tema já decidido, de forma divergente, pela 3ª e pela 4ª Turmas: o dano material decorrente de abandono afetivo.

Em 2005, a 4ª Turma, em 2005, decidiu, por maioria, em acórdão da relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, que *a indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária* (REsp. 757.411, DJ 27.3.2006). Entendeu-se que, no caso de abandono ou descumprimento do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, a legislação prevê, como punição, a perda do poder familiar, grave pena civil, suficiente para cumprir a função punitiva e dissuasória. Considerou-se, ainda, que *a questão da indenização pode não atender exatamente o sofrimento do menor, mas também a ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso*, além de criar barreira erguida durante o processo litigioso para a reconstrução do vínculo entre pai e filho.

Em 2012, a 3ª Turma, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi (REsp. 1.159.242, DJe 10.5.2012), julgou, também por maioria, que *o dever de cuidado, como valor jurídico, está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro, existindo um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. Amar é faculdade, cuidar é dever*, resumiu a relatora, a Ministra Nancy Andrighi. No caso, filha adulta buscava indenização contra seu pai, o que foi rejeitado pela sentença, ao fundamento de que o distanciamento entre eles deveu-se, primordialmente, ao comportamento agressivo da mãe em relação ao genitor. O Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento à apelação, entendendo que o pagamento de pensão alimentícia até a maioridade, por força de reconhecimento de paternidade obtido na via judicial, não descaracterizavam o abandono afetivo justificador da indenização moral. Os atos configuradores do abandono foram assim resumidos no voto-vista do Ministro Sidnei Beneti: (1) aquisição de propriedades, por simulação, em nome dos outros filhos; (2) desatendimento a reclamações da autora quanto a essa forma de aquisição disfarçada; (3) falta de carinho, afeto, amor, atenção, apoio moral, nunca havendo se sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos, experiências e ajuda na escola, cultural e financeira; (4) falta de auxílio em despesas médicas, escolares, abrigo, vestuário e outras (5) pagamento de pensão somente por via judicial (6) somente haver sido reconhecida judicialmente como filha. O voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino aderiu à maioria, ressaltando a subjetividade intrínseca ao conteúdo do dever de cuidado e ressaltando que apenas o abandono completo e notório do filho tem o condão de gerar responsabilidade civil dos pais. Votou vencido o Ministro Massami Uyeda, enfatizando a cizânia que tal tipo de ação pode causar na estrutura familiar.

O mencionado acórdão foi alvo de crítica candente de Miguel Reale Júnior, publicada no jornal o Estado de São Paulo, que o qualificou como *preocupante exemplo de mercantilização das relações afetivas*. Afirmou o jurista: *ora, se o dever não decorre da lei, mas de juízo moral, inexistente pretensão juridicamente assegurada, pois não há direito subjetivo ao afeto, transformando-se o amor em dever jurídico. Se era incabível requerer judicialmente, quando criança, que o pai lhe dedicasse afeto, como depois transformar a ausência desse afeto em indenização monetária? Mistura-se o moralmente reprovável com o juridicamente exigível, quando apenas cabe indenização pelo descumprimento de dever jurídico*. E prosseguiu: cuidar da criança é dever jurídico, dentro dos limites legais, postos pelo Código Civil, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo os quais cumpre aos pais prover alimentos: nutrição, saúde, habitação e educação, e do Código Penal, definidor do delito de abandono material e intelectual do menor. *No campo do direito não se confunde cuidado com cuidar afetivamente*, arremata.

Este é o ponto crucial da delicada questão, no meu sentir: trata-se de situar os fluídos limites entre o direito e a moral. Para haver direito à indenização, seja por dano material, seja dano moral, é necessária violação a dever jurídico e não meramente moral.

Apenas o sofrimento moral, causado por violação a dever jurídico, enseja direito à indenização. Graves dores, se não atribuíveis à violação de dever jurídico, não são passíveis de indenização. A indenização por dano moral não é meio hábil a reparar qualquer vicissitude da vida; nem representa seguro universal de danos patrimoniais e abalos emocionais de causas as mais diversificadas.

A tormentosa questão do ressarcimento por dano moral passa, portanto, por todas essas dificuldades: a própria definição do dano pode ter conteúdo extremamente subjetivo; os legitimados a persegui-lo e o valor a ser arbitrado, sem base de cálculo material e sem parâmetros legais, persistem como desafio que a construtiva jurisprudência do STJ, juntamente com magistrados das demais instâncias, advogados e toda a comunidade jurídica busca sistematizar.

Muito obrigada pela atenção de tão distinta plateia.

RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002 deve ser entendido no contexto em que foi elaborado o respectivo Anteprojeto de Lei, no início da década de 70.

Na época, no que respeita à responsabilidade civil, havia duas grandes preocupações. De um lado, a responsabilidade civil era fundamentalmente subjetiva, centrada na culpa, e, de outro, os danos indenizáveis eram fundamentalmente os prejuízos patrimoniais.

Os autores do Anteprojeto do Código Civil, liderados pelo Professor Miguel Reale, buscaram corrigir especialmente esses dois aspectos.

A parte do Anteprojeto relativa ao Direito das Obrigações foi elaborada pelo Professor Agostinho Alvim, que se manteve fiel ao modelo do Código Civil de 1916, apenas procedendo a correções e inovações nos principais pontos controvertidos apontados pela doutrina e pela jurisprudência.

Louvou-se também o Projeto de Código das Obrigações, elaborado pelo Professor Caio Mário da Silva Pereira, acolhendo-se várias alterações nele constantes.

No curso do processo legislativo de mais de vinte e cinco anos, poucas alterações foram feitas pelo Congresso Nacional nas normas referentes à responsabilidade civil, embora, nesse período, tenham ocorrido algumas importantes inovações legislativas nesse setor.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, incs. V e X, referendada pacificamente pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mediante a Súmula n. 37, pacificou o entendimento no sentido da indenizabilidade do dano moral no Direito brasileiro.

Além disso, leis especiais consagraram novas modalidades de responsabilidade civil objetiva, com especial destaque para o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/90) e responsabilidade por acidentes de consumo (fato do produto e fato do serviço) nele regulada.

Desse modo, algumas importantes inovações do Código Civil de 2002 já estavam consagradas no Direito brasileiro, seja pela legislação constitucional e infraconstitucional

estatuída ao longo do seu processo legislativo, seja pela própria jurisprudência dos tribunais, especialmente a do Superior Tribunal de Justiça.

Mesmo assim, o Código Civil de 2002 veio em boa hora, positivando novos institutos e corrigindo situações reivindicadas pela doutrina e pela jurisprudência em vários setores do Direito Privado.

No plano da responsabilidade civil, o Código Civil de 2002 manteve a estrutura do CC/16, como a divisão de dois regimes de responsabilidade civil: contratual (ou negocial) e extracontratual (ou extranegocial).

Na responsabilidade extracontratual, a mais abrangente, continuou-se a regular a matéria em três etapas diferentes:

- conceito de ato ilícito na Parte Geral (art. 186 – antigo art. 159);
- obrigação de indenizar (art. 927 – antigo art. 1518);
- indenização ou liquidação do dano (art. 944 – antigo art. 1537).

Apesar de manter corretamente a mesma estrutura legislativa, foram efetuadas importantes modificações, inclusive quanto à técnica legislativa, como a farta adoção de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados em pontos importantes do sistema de responsabilidade civil.

Nesse aspecto, deve-se destacar a importância da atuação do Professor Miguel Reale na coordenação da comissão elaboradora do Anteprojeto do Código Civil, especialmente no que se refere a essa técnica legislativa mais aberta.

Intentou ele não apenas elaborar um Código Civil de fácil compreensão para permitir uma correta aplicação pelos operadores do Direito de todas as regiões do Brasil, como já ocorria com o CC/16, mas também que pudesse ser atualizado ante os novos fatos e situações jurídicas surgidos em sociedade em rápida e permanente transformação.

Essa técnica legislativa tem sido uma importante ferramenta entregue à jurisprudência para o enfrentamento de novos casos. O STJ tem resolvido, com frequência, diversas questões novas referentes à responsabilidade civil, com base nessas inovações do Código Civil de 2002.

Na exposição, serão destacadas três questões enfrentadas recentemente pela jurisprudência do STJ e solucionadas com base nas regras do CC/2002:

- a cláusula geral de risco do parágrafo único do art. 927 do CC/2002;
- a cláusula geral de abuso de direito prevista no art. 187 do CC/2002;
- a quantificação da indenização por dano moral, com fundamento no art. 953, parágrafo único, do CC/2002.

1 A cláusula geral de risco

O princípio da culpa foi mantido pelo legislador, em seu art. 186, correspondente ao art. 159 do CC/16, como um dos fundamentos primordiais da responsabilidade civil. Perdeu, porém, seu caráter absoluto, pois, em vários momentos, há previsão de uma responsabilidade objetiva independente de culpa, acolhendo-se a teoria do risco.

O destaque é o enunciado normativo do art. 927, parágrafo único, do CC, estabelecendo uma cláusula geral de responsabilidade objetiva pelo risco. Tal enunciado deixa expresso que a obrigação de reparar o dano nasce de um ato ilícito (arts. 186 e 187). No parágrafo único, encontramos essa regra inovadora, consagrando a cláusula geral de responsabilidade pelo risco, quando a atividade desenvolvida pelo agente em seu proveito implicar, por sua natureza, risco para o direito de outrem.

Tal norma, além dos casos de responsabilidade objetiva pelo risco acolhidos por leis especiais, representa um grande avanço, pois permite que outros setores da responsabilidade civil passem a ser incluídos no universo da teoria do risco. Compete à jurisprudência e à doutrina conferir maior concretude a essa cláusula geral.

Na jurisprudência do STJ, encontra-se um importante acórdão, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que enfrentou, com primazia, essa questão do parágrafo único do art. 927 do CC/2002, em um caso de acidente de trabalho (Recurso Especial n. 1.067.738/GO). No seu voto vencedor, a relatora superou o obstáculo da regra do art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição Federal, para permitir a aplicação do parágrafo único do art. 927 do CC, admitindo a possibilidade de ampliação dos direitos fundamentais sociais contidos no art. 7º da Constituição Federal.

Com isso, estendeu o alcance da norma do art. 927, parágrafo único, reconhecendo como objetiva a responsabilidade do empregador por acidente de trabalho por se tratar de atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, implicando, por sua natureza, riscos para terceiros ou acidentes de trabalho. No acórdão, é feita uma análise da natureza da atividade desenvolvida pelo empregador para então proceder à aplicação da cláusula geral de risco do parágrafo único do art. 927. Essa mesma orientação jurisprudencial foi seguida em outros julgamentos do STJ¹.

A ênfase dada pelo Código Civil à importância da responsabilidade objetiva pelo risco como um fundamento da responsabilidade civil faz com que, em outros momentos, a jurisprudência do STJ não hesite em reconhecer a responsabilidade objetiva.

1 *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRABALHO. MORTE. TEORIA DO RISCO CRIADO. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. SÚMULA N. 54/STJ. DISSÍDIO NÃO-COMPROVADO.*

1. O Tribunal de origem decidiu com base nas provas apresentadas.

Rever tal posicionamento implicaria reexame do conjunto fático-probatório, o que é inadmissível em recurso especial. Súmula n. 7/STJ.

2. Tratando-se de responsabilidade extracontratual, a incidência dos juros de mora deve iniciar-se na data do evento danoso. Súmula n. 54/STJ.

3. O dissídio jurisprudencial não restou comprovado nos termos exigidos pelos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, parágrafo 2º, do Regimento Interno do STJ.

4. *Agravo regimental desprovido.* (AgRg no REsp 633.235/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 13/10/2009) (Grifos nossos)

Na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, ao qual se atribuiu a competência para o julgamento das ações indenizatórias por acidente de trabalho a partir da edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, conforme pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, encontram-se vários acórdãos na mesma linha.

Existem diversos casos também de responsabilidade civil no Código do Consumidor. No que concerne à remessa feita pelo enunciado normativo do parágrafo único do art. 927 do CC à legislação especial, há várias decisões do STJ.

Um precedente muito importante é um caso de dano ambiental da relatoria do Ministro Sidnei Beneti, que foi apreciado diretamente na Segunda Seção, envolvendo dois acidentes com navios transportadores de petróleo para a Petrobrás na Baía de Paranaguá. O Ministro Sidnei Beneti teve o cuidado de levar a situação para a Seção, porque envolvia centenas de pescadores de Paranaguá. Além de apreciar todos os aspectos referentes a essa questão, deixou muito claro tratar-se de hipótese de responsabilidade objetiva, aplicando a teoria do risco integral (Recurso Especial n. 1.114.398/PR).

Enfim, o enunciado normativo do parágrafo único do art. 927, consagrando a teoria do risco como um dos fundamentos da responsabilidade civil, tem-se mostrado extremamente importante, não só pela consagração da cláusula geral de risco, mas também pela ênfase conferida à preservação do espaço no nosso sistema jurídico às demais modalidades de responsabilidade objetiva previstas em leis especiais.

2 A cláusula geral de abuso de direito

O segundo aspecto a ser focado é a questão relativa ao abuso de direito. Ao lado do enunciado do parágrafo único do art. 927, a norma do art. 187 constitui uma das principais inovações do Código Civil de 2002, positivando o instituto do abuso de direito com uma feição objetiva.

Embora ele tenha sido pouco explorado até o momento, a regra é extremamente importante, pois, em primeiro lugar, supera a concepção subjetiva de abuso de direito que advinha de uma leitura *contrario sensu* do art. 160, inc. I, do Código de 1916, esposando uma concepção objetiva.

O enunciado normativo vai ainda mais longe, estabelecendo uma ligação com os princípios fundamentais do Direito Privado: boa-fé objetiva, função social do contrato, função social da propriedade; bons costumes. Ou seja, além de adotar uma concepção objetiva, permite que, quando o excesso é constatado a partir da violação de um princípio, possamos reconhecer a ocorrência do abuso de direito e, conseqüentemente, o nascimento da obrigação de indenizar.

Essa regra tem sido utilizada na jurisprudência do STJ, especialmente agora nos atos ilícitos praticados por meio da imprensa. Tínhamos a Lei de Imprensa, de 1967. Em 2009, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF n. 130, acabou reconhecendo que

essa lei era inconstitucional e retirou-a do nosso cenário jurídico e, com isso, ficamos com um vácuo: como vamos resolver essas questões todas envolvendo eventuais alegações feitas por pessoas que se sentiram ofendidas por notícias jornalísticas? Nesse caso, liberdade de imprensa, direito de personalidade, como é que se resolve? Na verdade, o que tenho será um conflito e este acaba sendo analisado exatamente com base nessa regra do abuso de direito.

Na veiculação de tal notícia jornalística, houve ou não excesso? Nessa linha há vários precedentes do STJ. Localizei um do Ministro Antônio Carlos Ferreira, bem recente, do final de 2012 e publicado em 2013, considerando que, no instante em que a Lei de Imprensa fora declarada incompatível com a Constituição pelo egrégio Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 130, como se estabelece o confronto entre a inviolabilidade da intimidade e da honra das pessoas e a liberdade de expressão jornalística? No caso, exagero no direito de informar pelo teor sensacionalista da notícia, prevalecendo sobre a defesa à honra do ofendido etc. É o Recurso Especial n. 645.729/RJ, no qual é interessante destacar que se aplicou o Código de 1916 ainda. Contudo o importante é a aplicação do Código Civil exatamente a esse tipo de situação – mas o caso era antigo. De todo modo, tal regra do abuso de direito tem exatamente essa peculiaridade.

Tive a possibilidade, também, de fazer uma análise mais profunda desse art. 187 do Código Civil num julgamento envolvendo acusação sofrida por uma empresa do Distrito Federal de pirataria em relação a um *software* da Microsoft. Feitas a busca e a apreensão, constatou-se que ela tinha inúmeros *softwares* de várias procedências, mas apenas um da *Microsoft*, sendo este regular. A empresa ingressou com uma ação indenizatória contra, no caso, a fabricante do *software*, e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal acabou por reconhecer a responsabilidade civil dessa empresa com base, exatamente, numa regra da própria Lei do *Software*, art. 14, § 5º, da Lei n. 9.609/98.

Como tal lei é de 1998, para dar perfeita concretude a esse dispositivo legal, a sugestão feita no meu voto, acolhida pela Terceira Turma do STJ, foi exatamente a de proceder a uma interpretação dessa regra à luz do art. 187 do Código Civil, à luz dessa concepção objetiva do abuso de direito².

Enfim, é muito importante o acolhimento como cláusula geral, de uma concepção objetiva do instituto, relacionando o abuso de direito não apenas a eventuais excessos

2 RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MICROSOFT. SUSPEITA DE PIRATARIA DE SOFTWARE. CAUTELAR DE VISTORIA, BUSCA E APREENSÃO. ABUSO DE DIREITO CONFIGURADO. DANOS MORAIS. QUANTUM. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 07/STJ.

1. Ação de indenização movida por empresa demandada pela Microsoft, mediante ação de busca e apreensão, para vistoria de seus computadores e verificação da ocorrência de pirataria de “software”.

2. Vistoria realizada, mediante ordem judicial concedida “inaudita altera pars”, que não localizou nenhum “software” da empresa requerente da medida.

3. Apesar da importância de se assegurar ao autor de obra intelectual o direito de fiscalização de sua correta utilização, reconhecimento, no caso, da ocorrência de abuso de direito.

4. Interpretação do disposto no art. 14, § 5º, da Lei 9.609/98, à luz da norma do art. 187 do CC/2002.

5. Elisão das conclusões do aresto recorrido que demandaria o revolvimento dos meios de convicção dos autos, providência vedada nesta sede nos termos da súmula 07/STJ.

6. Manutenção do valor arbitrado com razoabilidade pelas instâncias de origem a título de indenização pelos danos morais (cem mil reais) para o caso concreto.

7. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(REsp 1114889/DF, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 30/10/2012).

praticados pelo titular, mas também ao seu exercício em contrariedade com os fins econômico-sociais, boa-fé e bons costumes.

Merece ênfase especial o abuso de direito por seu exercício contrário à boa-fé objetiva, elevada à condição de um dos princípios fundamentais do direito privado.

3 Indenização por dano moral

Na parte relativa ao dano moral, o Código Civil de 2002 teria, aparentemente, pouco inovado, pois a sua positivação no enunciado do art. 186 não representou nenhuma novidade para o Direito brasileiro, diante da sua anterior consagração na CF/88 (art. 5º, V e X) e na jurisprudência do STJ (Súmula 37).

Entretanto, o CC/2002, em dois pontos, apresentou importantes contribuições para resolver duas questões intrincadas relativas ao dano moral: a configuração do dano moral e a quantificação da respectiva indenização.

Instituto nobre, fruto de lenta conquista da sociedade brasileira, o seu acolhimento pleno pela jurisprudência na última década do século XX causou um deslumbramento por toda a comunidade, ensejando excessos e desvios na sua finalidade, inclusive quanto aos valores das indenizações por falta de critérios objetivos para sua quantificação.

A primeira das contribuições é exatamente a possibilidade de conexão do conceito de dano moral com os direitos da personalidade, regulados pelos art. 11 e seguintes do CC/2002, permitindo fazer-se uma ligação entre as regras dos arts. 186 e 187 com as normas reguladoras dos direitos da personalidade.

Com isso, torna-se possível construir um conceito substantivo de dano moral, pois um dos grandes problemas atuais consiste em estabelecer contornos bem definidos para esse instituto. Fala-se da banalização do dano moral: “a indústria do dano moral”.

Falta, na realidade, estabelecer com clareza os seus contornos, o que é possível com a utilização dos direitos da personalidade. Um dos instrumentos que temos para tanto é exatamente a utilização das regras referentes aos direitos da personalidade.

Pode-se superar, assim, a singela concepção tradicional, centrada apenas nos prejuízos sem conteúdo econômico ou patrimonial, para se alcançar um conceito substantivo, vinculando os direitos da personalidade, na linha de grandes juristas, como Roberto Brebbia e Paulo Luiz Netto Lobo. Pode-se, também, analisar a questão em perspectiva constitucional, como faz **Maria Celina Bodin de Moraes, vinculando o dano moral com a dignidade da pessoa humana**. Pode-se ainda tentar um conceito mais abrangente, como o proposto por **Judith Martins-Costa, que analisa o instituto em sua tríplice dimensão: danos à esfera existencial da pessoa humana; danos à esfera da socialidade (v.g. meio ambiente); danos à honra objetiva da pessoa jurídica**. O importante é o espaço conferido pelo CC/2002 para o debate dessa importante questão.

Outra colaboração conferida pelo Código Civil de 2002 situa-se em torno da questão relativa à quantificação da indenização do dano moral, um dos grandes problemas de ordem prática enfrentados pela doutrina e pela jurisprudência. O parágrafo único do seu art. 953 contém uma regra escondida, que possui um imenso potencial para ajudar a solucionar essa questão.

A intenção do legislador do Código Civil de 2002 foi apenas reproduzir uma regra preexistente no Código de 1916, referente às ofensas contra a honra, efetuando adaptações estabelecidas pela jurisprudência. Neste último, o parágrafo único da regra correspondente dizia: *Se não for possível provar prejuízo material, o valor da indenização será o dobro do máximo da multa criminal correspondente.*

Essa regra, depois da reforma penal de 1984, tornou-se um problema, porque o valor máximo da multa criminal ficou em cinco mil e quatrocentos salários-mínimos, sendo o seu dobro o valor correspondente a dez mil e oitocentos salários-mínimos. Se em um caso de ofensa contra a honra, em que não era possível a prova de prejuízo material, poderia ser fixada uma indenização por dano moral em dez mil e oitocentos salários-mínimos, imaginem em danos pessoais mais graves, como os prejuízos decorrentes de um homicídio, de uma incapacidade total e permanente (v.g. paraplegia, tetraplegia).

A própria jurisprudência do STJ encarregou-se de estabelecer um limite, determinando que essa regra deveria ser interpretada com razoabilidade. Com isso, o Código Civil de 2002 altera a redação desse enunciado normativo estabelecendo que, *se não for possível provar prejuízo material, a indenização será fixada equitativamente de acordo com as circunstâncias do caso.*

Regra singela, que buscou regular, com razoabilidade, uma situação específica, conforme a orientação traçada pela jurisprudência do STJ. Criou-se, assim, na verdade, uma regra notável que pode servir de instrumental para resolver a questão da quantificação da indenização por dano moral, permitindo arbitramento equitativo da indenização de acordo com as circunstâncias, em todos os casos.

Embora a regra seja dirigida às ofensas contra a honra, na falta de norma correspondente para as demais hipóteses de dano moral, ela pode ser aplicada analogicamente. Arbitramento equitativo da indenização, equidade, justiça do caso concreto.

O Ministro Ruy Rosado, comentando esse dispositivo legal, faz referência à obra *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles, que dizia: *Equidade é o justo que ultrapassa a lei escrita, pois o legislador é obrigado a falar com generalidade para a maioria dos casos (justiça legal). A equidade é o corretivo da idéia de justiça para os casos particulares (“régua de chumbo dos construtores da Ilha de Lesbos”)*

Em apertada síntese, a equidade é a justiça do caso concreto, comparada pelo filósofo com a régua de chumbo dos arquitetos da Ilha de Lesbos, ilha extremamente montanhosa, tendo capacidade de adaptação às vicissitudes do terreno íngreme. Equidade não significa, porém, a concessão de um poder arbitrário para o juiz. O arbitramento equitativo da indenização deve ser motivado. Deve ser fundamentado nas circunstâncias do caso.

Quais as circunstâncias? A Professora Maria Celina as sistematiza bem: a gravidade do fato em si, a culpa do ofensor, a eventual culpa concorrente da vítima, a situação econômica do ofensor e assim por diante. São vários aspectos relevantes do evento danoso, várias circunstâncias que devem ser valorizadas pelo juiz na quantificação da indenização por dano moral.

Esse método de quantificação da indenização por dano moral assemelha-se à fixação da pena no Direito Penal, pois o juiz penal, quando aplica a pena, também trabalha com grandezas diferentes, procurando estabelecer uma relação entre valores distintos, como a vida em relação à restrição à liberdade, a liberdade sexual ante a liberdade individual, o patrimônio da vítima e a liberdade do autor do crime.

A diferença é que, no Direito Penal, existe uma pena mínima e uma pena máxima, enquanto, na responsabilidade civil, não há uma indenização mínima e uma indenização máxima, Nesse ponto, reside o grande problema: como se realiza essa operação? Utilizam-se apenas circunstâncias do caso? Na realidade, apenas a utilização das circunstâncias não conduziria a uma solução satisfatória.

A contribuição que procurei dar para a jurisprudência do STJ, a partir da minha Tese de Doutorado defendida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, orientada pela Professora Judith Martins-Costa, foi a sugestão de que se fixasse a indenização por dano moral em dois momentos diferentes.

No primeiro momento, a quantificação de uma indenização básica, a partir, exatamente, da gravidade do fato em si, das suas peculiaridades, da natureza do evento danoso. Num caso de dano por morte, por exemplo, (exatamente o tema que escolhi para trabalhar na tese), deve-se procurar analisar um grupo de casos semelhantes na jurisprudência, verificando-se como tem sido quantificada a indenização? O STJ, os tribunais de segundo grau, os juízes de primeiro grau, como têm eles quantificado a indenização por dano moral em casos semelhantes? Fixa-se, então, uma indenização básica a partir de uma média extraída desse grupo de casos catalogados.

O grande cuidado, porém, é considerar que se trata apenas de uma indenização básica, que não podemos tornar de imediato definitiva para evitar que incorramos em outro erro consistente no tarifamento judicial.

Tenho opinião contrária ao tarifamento legal da indenização por dano moral. Igualmente, não simpatizo com o tarifamento judicial, que pode ser muito mais rígido que o tarifamento legal.

Em um segundo momento, a partir desse valor básico, quantificado, por hipótese, no caso de homicídio, conforme a jurisprudência do STJ, em torno de um valor correspondente a 500 salários-mínimos, passa-se à fixação definitiva da indenização, trabalhando-se com as circunstâncias do caso para elevar ou diminuir esse montante. Deve-se ponderar fatores relevantes, como especial gravidade do fato em si, a culpa do ofensor (dolo intenso, culpa grave, culpa leve, levíssima, responsabilidade objetiva), eventual culpa concorrente da vítima, situação econômica do ofensor. Esses vários aspectos devem ser considerados para, então, tornar-se definitiva a indenização nessa segunda fase.

Operando-se dessa forma, concretiza-se, com razoabilidade, a regra do parágrafo único do art. 953 do CC, procedendo-se efetivamente a um arbitramento equitativo da indenização.

Tive oportunidade de trabalhar em vários acórdãos do STJ, com esse critério. O primeiro deles foi o Recurso Especial n. 959.780/ES, que, depois, em função de uma irregularidade na admissibilidade do recurso, acabou sendo anulado, mas o mesmo critério foi repetido em outros recursos especiais³.

O interessante é que esse método de quantificação da indenização por dano moral parte de uma regra singela do Código Civil, mas que contém conceitos jurídicos indeterminados relevantes, que permitem torná-la em um critério relevante na busca de uma solução para essa relevante questão.

Conclusão

A grande contribuição do Código Civil de 2002 foi no sentido de fornecer um instrumental moderno para os operadores do Direito em geral e para os juízes em particular, conferindo-lhe garantir a concretização das principais inovações feitas pelo Código Civil.

Além dos princípios (boa-fé, função social etc.), a adoção da técnica legislativa das cláusulas gerais, com farta utilização de conceitos jurídicos indeterminados, confere ao nosso Código Civil uma capacidade permanente de atualização. Nesse ponto, o papel da doutrina é fundamental, permitindo elucidar exatamente qual a configuração de cada um desses institutos jurídicos.

Por isso, eventos dessa natureza são tão importantes para que possamos discutir, debater e desvendar novos institutos jurídicos dentro do nosso sistema jurídico, em particular, de nosso Código Civil.

3 *RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO PELO JUIZ. MÉTODO BIFÁSICO. VALORIZAÇÃO DO INTERESSE JURÍDICO LESADO E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO.1. Discussão restrita à quantificação da indenização por dano moral sofrido pelo esposo da vítima falecida em acidente de trânsito, que foi arbitrado pelo tribunal de origem em dez mil reais. 2. Dissídio jurisprudencial caracterizado com os precedentes das duas turmas integrantes da Segunda Seção do STJ. 3. Elevação do valor da indenização por dano moral na linha dos precedentes desta Corte, considerando as duas etapas que devem ser percorridas para esse arbitramento. 4. Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. 5. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz. 6. Aplicação analógica do enunciado normativo do parágrafo único do art. 953 do CC/2002. 7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp. 959.780/ES, 3ª Turma, rel. Min. Paulo Sanseverino, julgado em 26/04/2011).*

ENCERRAMENTO

É com enorme satisfação que, em nome do Centro de Estudos Judiciários e do Conselho da Justiça Federal, encerro este magnífico evento, a VI Jornada de Direito Civil. Nestes dois dias, graças à boa vontade e ao espírito público dos senhores aqui presentes, conseguimos reunir os mais prestigiados e virtuosos nomes do Direito Civil brasileiro, em um riquíssimo colóquio de ideias, questionamentos, indagações e, como não poderia deixar de ser, soluções e respostas. Estou certo de que vamos sair deste auditório com um precioso material aqui produzido, do qual a comunidade jurídica brasileira será a maior beneficiária, sem dúvida, mas que indiretamente agregará valor ao conjunto da sociedade brasileira, ao enriquecer sobremaneira a massa crítica da qual é composto o Direito pátrio.

São muitos os desafios impostos a quem hoje lida com a interpretação de questões jurídicas, invariavelmente complexas e inquietantes, e muitas vezes questões novas, que surgem diuturnamente em uma sociedade cuja velocidade das transformações nos traz perplexidade e muita ansiedade.

Nós, operadores do Direito, na atualidade, não podemos mais ter aquele pensamento estático baseado em institutos seculares, imutáveis. Temos de nos preparar para um modo mais flexível e criativo de pensar a realização do Direito, que se amolde à velocidade do nosso tempo, às inevitáveis e constantes evoluções que se perpetram nos costumes, nas formas e meios de comunicação, e nas tecnologias.

As novas tecnologias, por sinal, já me contaminaram de tal forma que, nestes últimos dias da minha gestão na Corregedoria-Geral da Justiça Federal, do Centro de Estudos Judiciários e da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, posso anunciar, com orgulho e imenso entusiasmo, que atingimos uma importante meta por mim estabelecida: o lançamento das publicações do Centro de Estudos Judiciários e do Conselho da Justiça Federal nas lojas virtuais *i-book* e *e-book*, cujos aplicativos, baixados gratuitamente, permitem a leitura em qualquer computador, *smartphone* ou *tablet*. O *e-book* roda no sistema operacional Android e pode ser baixado na *Google Play* e o *i-book* roda no sistema operacional IOS e pode ser baixado na loja de livros virtuais da *Apple*.

Inicialmente, já estão disponíveis para *download* e leitura no *i-book store*, da *Apple*, a recém-lançada revista *Justiça e Educação*, do Conselho das Escolas da Magistratura Federal (Cemaf), que divulga artigos, resenhas, estudos de caso e entrevistas sobre temas relacionados à formação da Magistratura, além do informativo *Caderno TNU*, que disponibiliza notícias sobre as principais decisões da TNU. A expectativa é que, na próxima semana, todas as publicações do CEJ estejam disponíveis tanto na loja virtual da *Apple* quanto na loja de livros virtuais *e-book*, da *Google Play*.

Espero, portanto, ter deixado ao Conselho da Justiça Federal o legado da modernidade, e a todos os senhores, que compõem a nossa comunidade jurídica, uma aproximação cada vez

maior entre o Direito e as fascinantes novas ferramentas que a tecnologia nos disponibiliza para facilitar o nosso dia a dia.

Agradeço, mais uma vez, a todos os participantes desta Jornada por dedicarem seu precioso tempo a tão nobre tarefa. Agradeço, sobretudo, aos abnegados coordenadores das comissões temáticas, pelo empenho e pelo árduo e inestimável trabalho que tem sido, há meses, desenvolvido. Nominando-os, são os excelentíssimos senhores: Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, do Superior Tribunal de Justiça, coordenador da comissão sobre Responsabilidade Civil; Desembargador federal Rogério de Meneses Fialho Moreira, coordenador da Comissão sobre a Parte Geral; Professor Paulo Roque Khouri, coordenador da Comissão sobre Obrigações; Professora Ana de Oliveira Frazão, coordenadora da Comissão sobre Contratos; Professor Otavio Luiz Rodrigues Júnior, Coordenador da Comissão sobre Família e Sucessões; Professor Gustavo José Mendes Tepedino, coordenador da Comissão sobre Coisas.

Agradecimento mais especial ainda devo dispensar ao estimado Ministro Ruy Rosado, que incansavelmente abraça e acolhe este evento, como um pai a um filho querido. E, finalmente, aos diligentes servidores do Centro de Estudos Judiciários e do Conselho da Justiça Federal, que concorreram decisivamente para o sucesso desta Jornada. Que os senhores, de alguma forma, recebam em dobro os benefícios desta empreitada.

Muitíssimo obrigado.

Ministro João Otávio de Noronha

5 Enunciados aprovados

PARTE GERAL

ENUNCIADO 530 – A emancipação, por si só, não elide a incidência do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Artigo: 5º, parágrafo único, do Código Civil

Justificativa: A emancipação, em que pese assegurar a possibilidade de realizar pessoalmente os atos da vida civil por aqueles que não alcançaram a maioridade civil, não tem o condão, isoladamente considerada, de afastar as normas especiais de caráter protetivo, notadamente o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente insere-se em um contexto personalista, garantindo tutela jurídica diferenciada em razão da vulnerabilidade decorrente do grau de discernimento incompleto. Assim, a antecipação da aquisição da capacidade de fato pelo adolescente não significa que ele tenha alcançado necessariamente o desenvolvimento para afastar as regras especiais.

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo: 11 do Código Civil

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

ENUNCIADO 532 – É permitida a disposição gratuita do próprio corpo com objetivos exclusivamente científicos, nos termos dos arts. 11 e 13 do Código Civil.

Artigos: 11 e 13 do Código Civil

Justificativa: Pesquisas com seres humanos vivos são realizadas todos os dias, sem as quais não seria possível o desenvolvimento da medicina e de áreas afins. A Resolução CNS n. 196/96, em harmonia com o Código de Nuremberg e com a Declaração de Helsinque, dispõe que pesquisas envolvendo seres humanos no Brasil somente podem ser realizadas mediante aprovação prévia de um Comitê de Ética em Pesquisa - CEP, de composição multiprofissional, e com a assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido - TCLE pelo participante da pesquisa, no qual devem constar informações claras e relevantes acerca do objeto da pesquisa, seus benefícios e riscos, a gratuidade pela participação, a garantia de reparação

dos danos causados na sua execução e a faculdade de retirada imotivada do consentimento a qualquer tempo sem prejuízo para sua pessoa.

ENUNCIADO 533 – O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos.

Artigo: 15 do Código Civil

Justificativa: O crescente reconhecimento da autonomia da vontade e da autodeterminação dos pacientes nos processos de tomada de decisão sobre questões envolvidas em seus tratamentos de saúde é uma das marcas do final do século XX. Essas mudanças vêm-se consolidando até os dias de hoje. Inúmeras manifestações nesse sentido podem ser identificadas, por exemplo, a modificação do Código de Ética Médica e a aprovação da resolução do Conselho Federal de Medicina sobre diretivas antecipadas de vontade. O reconhecimento da autonomia do paciente repercute social e juridicamente nas relações entre médico e paciente, médico e família do paciente e médico e equipe assistencial.

O art. 15 deve ser interpretado na perspectiva do exercício pleno dos direitos da personalidade, especificamente no exercício da autonomia da vontade. O “risco de vida” será inerente a qualquer tratamento médico, em maior ou menor grau de frequência. Por essa razão, não deve ser o elemento complementar do suporte fático para a interpretação do referido artigo.

Outro ponto relativo indiretamente à interpretação do art. 15 é a verificação de como o processo de consentimento informado deve ser promovido para adequada informação do paciente. O processo de consentimento pressupõe o compartilhamento efetivo de informações e a corresponsabilidade na tomada de decisão.

ENUNCIADO 534 – As associações podem desenvolver atividade econômica, desde que não haja finalidade lucrativa.

Artigo: 53 do Código Civil

Justificativa: Andou mal o legislador ao redigir o *caput* do art. 53 do Código Civil por ter utilizado o termo genérico “econômicos” em lugar do específico “lucrativos”. A dificuldade está em que o adjetivo “econômico” é palavra polissêmica, ou seja, possuidora de vários significados (econômico pode ser tanto atividade produtiva quanto lucrativa). Dessa forma, as pessoas que entendem ser a atividade econômica sinônimo de atividade produtiva defendem ser descabida a redação do *caput* do art. 53 do Código Civil por ser pacífico o fato de as associações poderem exercer atividade produtiva. Entende-se também que o legislador não acertou ao mencionar o termo genérico “fins não econômicos” para expressar sua espécie “fins não lucrativos.”

ENUNCIADO 535 – Para a existência da pertença, o art. 93 do Código Civil não exige elemento subjetivo como requisito para o ato de destinação.

Artigo: 93 do Código Civil

Justificativa: Parte da doutrina pátria tem sustentado que, para a qualificação de determinada coisa como pertença, é necessária a existência de requisito subjetivo. O requisito subjetivo existiria assentado em ato de vontade do titular da coisa principal ao destinar determinada coisa para atender a finalidade econômico-social de outra. Esse ato, chamado de ato de afetação, é classificado ou como ato jurídico *stricto sensu*, segundo alguns, ou como negócio jurídico. Entretanto, não se pode pensar o instituto das pertenças com os olhos voltados ao instituto dos imóveis por destinação, na forma como foi regrado no inc. III do art. 43 do Código Civil ab-rogado, em que era exigido do proprietário de coisa móvel o elemento intencional para que fosse concretizado o referido suporte fático. O legislador pátrio não impôs, ao tratar da pertença nos arts. 93 e art. 94 do Código Civil, o elemento volitivo como requisito para configurar a destinação de certa coisa para atender a função econômico-social de coisa principal ou ser a destinação efetuada pelo proprietário. Pela concreção dos elementos do suporte fático do art. 93 do Código Civil, a relação de pertinência é tutelada de modo objetivo. Dessarte, sendo irrelevante a vontade de quem pratica o ato da destinação, importando tão somente o fato de submeter determinada coisa, de modo duradouro, ao fim econômico-social de outra, a destinação tem de ser classificada como ato-fato jurídico. Bastará à realização dessa destinação ter o destinador o poder fático de dispor da coisa principal e da coisa a ser pertença. Não é preciso que seja dono da coisa principal ou da coisa a ser pertença nem que as possua.

ENUNCIADO 536 – Resultando do negócio jurídico nulo consequências patrimoniais capazes de ensejar pretensões, é possível, quanto a estas, a incidência da prescrição.

Artigo: 169 do Código Civil

Justificativa: Parece preponderar na doutrina pátria, não sem discordância respeitável, o entendimento de que não há prescrição da pretensão ao reconhecimento de nulidade em negócio jurídico, embora os seus adeptos optem pela apresentação de fundamentos distintos. Nesse sentido, argumenta-se que a ação de nulidade é de natureza constitutiva e, quando não se encontra submetida a prazo decadencial específico, é imprescritível. Na direção contrária, sustenta-se que, quanto às nulidades, a ação manejável é a declaratória, insuscetível de prescrição ou decadência.

O tema, na seara pretoriana, ainda não recebeu tratamento uniforme, havendo precedentes tanto pela sujeição à prescrição com a aplicação do prazo geral, quanto pela imprescritibilidade.

A redação do art. 169 do Código Civil, ao explicitar que o negócio jurídico eivado de nulidade não subsiste pelo decurso do tempo, favorece a corrente da imprescritibilidade por qualquer dos raciocínios acima, principalmente diante do fato de que o art. 179, em complemento, somente estabelece o prazo genérico de decadência para as hipóteses de negócios anuláveis.

Considerada como premissa a imprescritibilidade, deve-se proceder à diferenciação entre o pleito tendente unicamente ao reconhecimento da invalidade dos efeitos patrimoniais dela decorrentes. Quanto a estes, não se pode desconhecer a possibilidade de surgimento de pretensão, de modo a tornar inelutável a incidência da prescrição.

ENUNCIADO 537 – A previsão contida no art. 169 não impossibilita que, excepcionalmente, negócios jurídicos nulos produzam efeitos a serem preservados quando justificados por interesses mercedores de tutela.

Artigo: 169 do Código Civil

Justificativa: A tradição jurídica brasileira afirma que a nulidade, por ser vício insanável, com fundamento na ordem pública, conduz à absoluta ineficácia do negócio jurídico, sendo o art. 169 a referência para esse raciocínio. No entanto, o próprio CC relativiza essa conclusão ao reconhecer, em diversos dispositivos, a possibilidade de negócios nulos produzirem efeitos mercedores de tutela pelo ordenamento (ex.: art. 182, que, ao dispor sobre a indenização com o equivalente, considera que o negócio nulo pode ter produzido efeitos perante terceiros de boa-fé; e art. 1.561, que assegura ao casamento putativo a produção de efeitos até o reconhecimento da invalidade). A jurisprudência do STJ também relativiza a regra do art. 169 em casos em que a ordem social justifica a preservação dos efeitos produzidos pelo ato nulo, como ocorre na “adoção à brasileira”. Além disso, o CC consagrou o princípio da preservação do negócio jurídico nulo e anulável nos arts. 170, 172 e 184, impondo-se que se busque, sempre que possível, a conservação dos negócios e seus efeitos de modo a proteger os que, de boa-fé, confiaram na estabilidade das relações jurídicas e também a prestigiar a função social do contrato. É necessário, assim, reler a tese da ineficácia absoluta da nulidade à luz dos valores e interesses envolvidos no caso concreto, sendo certo que somente se justifica a incidência do art. 169 quando o interesse subjacente à causa da nulidade se mostrar mais relevante para o ordenamento do que o interesse social na preservação do negócio jurídico, competindo ao juízo de merecimento de tutela, por meio do controle funcional da invalidade, o reconhecimento dos efeitos decorrentes do negócio nulo.

ENUNCIADO 538 – No que diz respeito a terceiros eventualmente prejudicados, o prazo decadencial de que trata o art. 179 do Código Civil não se conta da celebração do negócio jurídico, mas da ciência que dele tiverem.

Artigo: 179 do Código Civil.

Justificativa: O art. 178 do Código Civil, embora estabeleça o mesmo prazo decadencial para todos os casos de anulabilidade previstos, de forma agrupada, no art. 171, ou seja, 4 (quatro) anos, prevê termos iniciais distintos, a depender da hipótese versada. Assim é que, havendo erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, o prazo para pleitear a anulação se conta da celebração do negócio jurídico. Já na hipótese de coação, o prazo tem

início no “dia em que ela cessar”, ao passo que, em se tratando de ato praticado por incapaz, o *dies a quo* é o da cessação da incapacidade.

O art. 179, por seu turno, versando sobre os demais casos de anulabilidade dispersos pelo código, unifica não apenas o prazo para demandar a anulação – 2 (dois) anos –, mas também seu termo *a quo*, que coincidirá, em todas aquelas hipóteses, com a “data da conclusão do ato”, salvo disposição legal em contrário.

Sucedem que, entre as anulabilidades espalhadas pelo Código, há aquelas que resultam da proteção dispensada a interesses de terceiros não envolvidos na celebração do negócio jurídico. É o que ocorre, v.g., na venda de ascendente a descendente sem a anuência dos demais descendentes do alienante (CC/2002, art. 496).

Ora, exatamente porque os descendentes, enquanto vivo o autor da herança, não são credores dos respectivos quinhões (tendo, em relação a estes, apenas expectativa), não se pode exigir deles nenhuma postura de “vigilância” sobre os atos de seus ascendentes. Daí não ser incomum que a celebração de compra e venda com infringência ao art. 496 do Código Civil apenas venha ao conhecimento dos prejudicados anos depois, quando da abertura da sucessão. Frustra-se, assim, por inação, que não se pode imputar a eventual desídia dos interessados, a finalidade da regra.

Desse modo, a fim de resguardar a efetividade dos dispositivos legais a que se aplica o prazo decadencial previsto no art. 179 do Código Civil, é razoável e conveniente que se lhe dê a interpretação proposta.

ENUNCIADO 539 – O abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano.

Artigo: 187 do Código Civil

Justificativa: A indesejável vinculação do abuso de direito a responsabilidade civil, consequência de uma opção legislativa equívoca, que o define no capítulo relativo ao ato ilícito (art. 187) e o refere especificamente na obrigação de indenizar (art. 927 do CC), lamentavelmente tem subtraído bastante as potencialidades dessa categoria jurídica e comprometido a sua principal função (de controle), modificando-lhe indevidamente a estrutura.

Não resta dúvida sobre a possibilidade de a responsabilidade civil surgir por danos decorrentes do exercício abusivo de uma posição jurídica. Por outro lado, não é menos possível o exercício abusivo dispensar qualquer espécie de dano, embora, ainda assim, mereça ser duramente coibido com respostas jurisdicionais eficazes. Pode haver abuso sem dano e, portanto, sem responsabilidade civil.

Será rara, inclusive, a aplicação do abuso como fundamento para o dever de indenizar, sendo mais útil admiti-lo como base para frear o exercício. E isso torna a aplicação da categoria bastante cerimoniosa pela jurisprudência, mesmo após uma década de vigência do código.

O abuso de direito também deve ser utilizado para o controle preventivo e repressivo. No primeiro caso, em demandas inibitórias, buscando a abstenção de condutas antes mesmo de elas ocorrerem irregularmente, não para reparar, mas para prevenir a ocorrência do dano. No segundo caso, para fazer cessar (exercício inadmissível) um ato ou para impor um agir (não exercício inadmissível). Pouco importa se haverá ou não cumulação com a pretensão de reparação civil.

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E CONTRATOS

ENUNCIADO 540 – Havendo perecimento do objeto da prestação indivisível por culpa de apenas um dos devedores, todos respondem, de maneira divisível, pelo equivalente e só o culpado, pelas perdas e danos.

Artigo: 263 do Código Civil

Justificativa: O art. 263 do CC, em seu § 2º, ao tratar da perda do objeto da obrigação indivisível, prevê que, “se for de um só a culpa, ficarão exonerados os outros, respondendo só esse pelas perdas e danos”.

A grande maioria da doutrina (Álvaro Villaça Azevedo, Maria Helena Diniz, Sílvio de Salvo Venosa, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias), interpretando o § 2º de acordo com o *caput* do art. 263 (“Perde a qualidade de indivisível a obrigação que se resolver em perdas e danos”), afirma que, havendo perda da prestação por culpa de apenas um dos devedores, não há isenção ou redução da responsabilidade dos demais, que, de maneira divisível, respondem pelo equivalente e só o culpado, pelas perdas e danos.

Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa afirma: “mas pelo valor da prestação, evidentemente, responderão TODOS” (Direito Civil, v. 2, 11ª ed. São Paulo: Atlas, p. 108).

Diante da clareza da doutrina e da lógica do sistema, o enunciado só tem razão de ser em virtude da discordância de Flávio Tartuce:

“Entendemos que a exoneração mencionada no parágrafo em análise é total, eis que atinge tanto a obrigação em si quanto a indenização suplementar” (Direito Civil, 4ª ed. São Paulo: Método, v. 2, p. 115).

ENUNCIADO 541 – O contrato de prestação de serviço pode ser gratuito.

Artigo: 594 do Código Civil

Justificativa: Há controvérsia doutrinária a respeito da remuneração do prestador no contrato de prestação de serviços. Uma corrente entende que não é possível, pois a remuneração do prestador é sempre obrigatória. Nesse sentido: LISBOA, Roberto Senise, *Manual de Direito Civil*, vol. 3, Contratos, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 341; ALVES, Jones Figueirêdo Alves, *Novo Código Civil comentado*, Coordenação: Ricardo Fiúza, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 534; TARTUCE, Flávio, *Manual de Direito Civil: volume único*, 2ª ed., Método, 2012, p. 685; e MELLO FRANCO, Vera Helena de, *Contratos: Direito Civil e Empresarial*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 128. Já a segunda admite que o contrato de prestação de serviços possa ser gratuito, sendo necessário apenas ajuste expresso. É como pensam Paulo Luiz Netto Lôbo (*Código Civil anotado*, Coordenação: Rodrigo da Cunha Pereira, Síntese, 2002, p. 363) e César Fiuza (*Direito Civil: curso completo*, 6ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 436).

Apesar das considerações da primeira corrente, a razão está com a segunda, porque, embora não seja presumida a prestação de serviço gratuita, não há nenhum dispositivo legal que vede tal possibilidade se as partes manifestarem expressamente tal desejo.

ENUNCIADO 542 – A recusa de renovação das apólices de seguro de vida pelas seguradoras em razão da idade do segurado é discriminatória e atenta contra a função social do contrato.

Artigos: 765 e 796 do Código Civil

Justificativa: Nos seguros de vida, o avanço da idade do segurado representa agravamento do risco para a seguradora. Para se precaverem, as seguradoras costumam estipular aumento dos prêmios conforme a progressão da idade do segurado ou, simplesmente, comunicar-lhe, às vésperas do término de vigência de uma apólice, o desinteresse na renovação do contrato. Essa prática implica, em muitos casos, o alijamento do segurado idoso, que, para contratar com nova seguradora, poderá encontrar o mesmo óbice da idade ou enfrentar prêmios com valores inacessíveis.

A prática das seguradoras é abusiva, pois contraria o art. 4º do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741, de 01/10/2003), que dispõe: “Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei”. A prática também é atentatória à função social do contrato.

A cobertura de riscos é da essência da atividade securitária, assim como o mecanismo distributivo. Os cálculos atuariais permitiriam às seguradoras diluir o risco agravado pela idade entre toda a massa de segurados, equalizando os prêmios em todas as faixas de idade, desde os mais jovens, sem sacrificar os mais idosos.

A recusa discriminatória de renovação dos contratos de seguro representa abuso da liberdade de contratar das seguradoras e atenta contra a função social do contrato de seguro, devendo, como tal, ser coibida.

ENUNCIADO 543 – Constitui abuso do direito a modificação acentuada das condições do seguro de vida e de saúde pela seguradora quando da renovação do contrato.

Artigo: 765 do Código Civil

Justificativa: Os contratos de seguro de vida e de saúde normalmente são pactuados por longo período de tempo. Nesses casos, verificam-se relações complexas em que, muitas vezes, os consumidores se tornam clientes cativos de determinado fornecedor. Tais situações não podem ser vistas de maneira isolada, mas de modo contextualizado com a nova sistemática contratual e com os novos paradigmas principiológicos.

Trata-se de consequência da massificação das relações interpessoais com especial importância nas relações de consumo. Parte-se da premissa de que a relação contratual deve responder a

eventuais mudanças de seu substrato fático ao longo do período contratual. É uma aplicação do princípio da boa-fé objetiva, que prevê padrão de comportamento leal entre as partes.

A contratação em geral ocorre quando o segurado é ainda jovem. A renovação anual pode ocorrer por anos, às vezes décadas. Se, em determinado ano, de forma abrupta e inesperada, a seguradora condicionar a renovação a uma repactuação excessivamente onerosa para o segurado, há desrespeito ao dever anexo de cooperação.

Dessa forma, o direito de renovar ou não o contrato é exercido de maneira abusiva, em consonância com o disposto no art. 187 do Código Civil.

Não se trata de impedimento ou bloqueio a reajustes, mas de definir um padrão justo de reequilíbrio em que os reajustes devam ocorrer de maneira suave e gradual. Aliás, esse é o entendimento do STJ (Brasil, STJ, AgRg nos EDcl no Ag n. 1.140.960/RS, relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgamento em 23/8/11; REsp n. 1.073.595/MG, relatora Ministra Nancy Andrichi, Segunda Seção, julgamento em 23/3/11).

ENUNCIADO 544 – O seguro de responsabilidade civil facultativo garante dois interesses, o do segurado contra os efeitos patrimoniais da imputação de responsabilidade e o da vítima à indenização, ambos destinatários da garantia, com pretensão própria e independente contra a seguradora.

Artigo: 787 do Código Civil

Justificativa: Embora o art. 421 do Código Civil faça menção expressa à função social do contrato, ainda persiste, em relação ao contrato de seguro de responsabilidade civil facultativo, no art. 787 do mesmo diploma, a visão tradicional do princípio da relatividade dos contratos. Na linha interpretativa clássica, no seguro de responsabilidade civil, a seguradora só é obrigada a indenizar a vítima por ato do segurado senão depois de reconhecida a responsabilidade deste. Como não há relação jurídica com a seguradora, o terceiro não pode acioná-la para o recebimento da indenização.

Pela teoria do reembolso, aplicável neste caso, o segurador garante o pagamento das perdas e danos devidos a terceiro pelo segurado a terceiro quando este for condenado em caráter definitivo. Por conseguinte, assume a seguradora a obrigação contratual de reembolsar o segurado das quantias que ele efetivamente vier a pagar em virtude da imputação de responsabilidade civil que o atingir.

A regra acima, omissa no Código Civil de 1916, ao invés de representar a evolução na concepção do contrato de seguro, dotado de função social, corresponde ao paradigma de que o contrato não pode atingir – seja para beneficiar ou prejudicar – terceiros que dele não participaram.

No seguro de responsabilidade civil, o segurado paga o prêmio à seguradora a fim de garantir eventual indenização a terceiro por danos causados. De tal sorte, a vítima tem legitimidade para pleitear diretamente do segurador o pagamento da indenização ou concomitantemente

com o segurado. Há, portanto, uma estipulação em favor de terceiro, que somente será determinado se ocorrer o sinistro, tendo em vista a álea presente nesse contrato.

Permite-se concluir que o seguro de responsabilidade civil facultativo garante dois interesses, o do segurado contra os efeitos patrimoniais da imputação de responsabilidade e o da vítima à indenização, ambos destinatários da garantia, com pretensão própria e independente contra a seguradora.

ENUNCIADO 545 – O prazo para pleitear a anulação de venda de ascendente a descendente sem anuência dos demais descendentes e/ou do cônjuge do alienante é de 2 (dois) anos, contados da ciência do ato, que se presume absolutamente, em se tratando de transferência imobiliária, a partir da data do registro de imóveis.

Artigos: 179 e 496 do Código Civil

Justificativa: O art. 496 do Código Civil não estabeleceu prazo para o requerimento da anulação da venda de ascendente a descendente, impondo ao intérprete a necessidade de conhecer o prazo prescricional no capítulo que trata da invalidade do negócio jurídico. No referido capítulo, por sua vez, encontra-se a regra do art. 179, que assim dispõe: “Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato”. O artigo, porém, limitou-se a dizer que o prazo inicia-se da conclusão do ato. A regra, como está posta e por ser de ordem geral, não considera que, no caso de compra e venda, a parte interessada muitas vezes tem ciência do ato e, conseqüentemente, da sua conclusão. No caso de transferência imobiliária, o termo *a quo* flui a partir do momento em que for realizado o registro em nome do adquirente. O enunciado, no entanto, não exclui outras hipóteses distintas da transferência imobiliária.

ENUNCIADO 546 – O § 2º do art. 787 do Código Civil deve ser interpretado em consonância com o art. 422 do mesmo diploma legal, não obstando o direito à indenização e ao reembolso.

Artigos: 787, § 2º, e 422

Justificativa: O § 2º do art. 787 (“É defeso ao segurado reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador”) não deve ser interpretado com o propósito de obrigar os segurados a faltar com a verdade ou a criar obstáculos ao trâmite das ações judiciais, uma vez que estão em jogo princípios de ordem pública, que não podem ser suprimidos ou minimizados pela vontade das partes, conforme defende parcela significativa da moderna doutrina securitária.

A vedação ao reconhecimento da responsabilidade pelo segurado deve ser interpretada como a proibição que lhe foi imposta de adotar posturas de má-fé perante a seguradora,

tais como provocar a própria revelia e/ou da seguradora, assumir indevidamente a responsabilidade pela prática de atos que sabe não ter cometido, faltar com a verdade com o objetivo de lesar a seguradora, agir ou não em conluio com o suposto lesado/beneficiário, entre outras que venham a afetar os deveres de colaboração e lealdade recíprocos. Caracteriza-se, portanto, como valorização da cláusula geral da boa-fé objetiva prevista no art. 422 do Código Civil.

Cumprir observar ainda que uma interpretação estritamente literal de tal dispositivo legal pode prejudicar ainda mais o segurado, que, nos casos de cumulação de responsabilidade civil e criminal, deixa de se beneficiar de atenuantes, comprometendo, entre outros aspectos, sua liberdade de defesa.

ENUNCIADO 547 – Na hipótese de alteração da obrigação principal sem o consentimento do fiador, a exoneração deste é automática, não se aplicando o disposto no art. 835 do Código Civil quanto à necessidade de permanecer obrigado pelo prazo de 60 (sessenta) dias após a notificação ao credor, ou de 120 (cento e vinte) dias no caso de fiança locatícia.

Artigos: 366 e 835 do Código Civil e art. 40, X, da Lei n. 8.245/1991

Justificativa: O objetivo do art. 366 e da Súmula n. 214 do STJ (“O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu”) é justamente o de proteger o fiador de ficar responsável por algo ao qual não anuiu ou sobre o qual não manifestou expressa concordância. Dessa forma, ocorrendo novação ou aditamento à obrigação original após a notificação do fiador, estaria este liberado de imediato, sem que pese sobre ele o prazo de 60 (sessenta) dias previsto no art. 835 do Código Civil. Do contrário, estaria ele sujeito a responder por obrigações às quais não anuiu, não concordou expressamente. Ora, durante esse prazo excedente de 60 (sessenta) dias, já estariam vigentes as alterações feitas entre credor e devedor principal, o que anularia em parte o benefício conferido ao fiador de permitir-lhe exonerar-se da fiança na hipótese do art. 366 e da Súmula n. 214 do STJ. Tratando-se de fiança locatícia, aplica-se o mesmo raciocínio em relação ao prazo de 120 (cento e vinte) dias previsto no inciso X do art. 40 da Lei n. 8.245/1991.

ENUNCIADO 548 – Caracterizada a violação de dever contratual, incumbe ao devedor o ônus de demonstrar que o fato causador do dano não lhe pode ser imputado.

Artigo: 389 e 475 do Código Civil

Justificativa: O Direito, sistema composto por regras, princípios e valores coerentes entre si, impõe que, tanto nas hipóteses de mora e de inadimplemento da obrigação quanto nos casos de cumprimento imperfeito desta, seja atribuído ao devedor – e, na última situação, ao **solvens** –, o ônus de demonstrar que a violação do dever contratual não lhe pode ser imputada.

ENUNCIADO 549 – A promessa de doação no âmbito da transação constitui obrigação positiva e perde o caráter de liberalidade previsto no art. 538 do Código Civil.

Artigo: 538 do Código Civil

Justificativa: Na jurisprudência, comum é a identificação de que, nos casos em que a promessa de doação é realizada no âmbito de uma transação relacionada a pacto de dissolução de sociedade conjugal, inexistente a possibilidade de retratação do doador (precedentes do STJ: REsp n. 742.048/RS, relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 14/4/2009, DJe de 24/4/2009; REsp n. 853.133/SC, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, relator para o acórdão Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 6/5/2008, DJe de 20/11/2008). Todavia, inegável é que a promessa expressa vontade negocial e, no âmbito da autonomia, não é sustentável restringir tal possibilidade somente aos negócios bilaterais comutativos e onerosos. É, pois, legítimo cogitar-se de promessa de cumprir liberalidade que, após a chancela estatal, deixa de apresentar tal caráter.

RESPONSABILIDADE CIVIL

ENUNCIADO 550 – A quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos.

Artigos: 186 e 944 do Código Civil

Justificativa: “Cada caso é um caso”. Essa frase, comumente aplicada na medicina para explicar que o que está descrito nos livros pode diferir da aplicação prática, deve ser trazida para o âmbito jurídico, no tocante aos danos morais. Há três anos, o STJ buscou parâmetros para uniformizar os valores dos danos morais com base em jurisprudências e fixou alguns valores, por exemplo, para os casos de morte de filho no parto (250 salários) e paraplegia (600 salários). Da análise desse fato, devemos lembrar que a linha entre a indenização ínfima e o enriquecimento sem causa é muito tênue; entretanto, a análise do caso concreto deve ser sempre priorizada. Caso contrário, corremos o risco de voltar ao tempo da Lei das XII Tábuas, em que um osso quebrado tinha um valor e a violência moral, outro. Quando um julgador posiciona-se acerca de um dano moral, deve atentar para alguns pontos, entre os quais a gravidade do fato, a extensão do dano, a posição social e profissional do ofendido, a condição financeira do agressor e do agredido, baseando-se nos princípios da razoabilidade, equidade e proporcionalidade, além da teoria do desestímulo. Dessa forma, a chance de resultados finais serem idênticos é praticamente nula. O juiz não pode eximir-se do seu dever de analisar, calcular e arbitrar a indenização dentro daquilo que é pretendido entre as partes. Assim, considerando o que temos exposto, conclui-se que não deve existir limitação prévia de valores, sob o risco de fomentarmos a diabólica indústria do dano moral.

ENUNCIADO 551 – Nas violações aos direitos relativos a marcas, patentes e desenhos industriais, será assegurada a reparação civil ao seu titular, incluídos tanto os danos patrimoniais como os danos extrapatrimoniais.

Artigos: 186, 884, 927 e 944 do Código Civil

Justificativa: A relevância da temática está, inicialmente, no fato de existir ainda hoje discussão doutrinária a respeito da natureza jurídica dos direitos da propriedade industrial. Além disso, uma vez verificada a infração ao direito da propriedade, é fundamental que se estabeleça a devida reparação pelos danos causados ao seu detentor, mormente porque essa espécie de lesão se reflete seja na esfera patrimonial, com a redução nas vendas de um produto ou serviço, seja na esfera moral, com prejuízos para a imagem do produto ou serviço através de mácula a sua reputação, de associação com outro de qualidade inferior ou cujo conceito é moralmente reprovável pela sociedade, de ofuscamento da sua distintividade e/ou de adulteração do seu conceito (teoria da diluição). Por fim, é evidente o enriquecimento ilícito daquele que se aproveita do direito de propriedade alheio sem mencionar as perdas

impostas à sociedade pelo atraso no desenvolvimento de tecnologias, do desestímulo ao processo criativo e da limitação na oferta de produtos e serviços, em flagrante afronta ao que estabelece o princípio da função social da propriedade.

ENUNCIADO 552 – Constituem danos reflexos reparáveis as despesas suportadas pela operadora de plano de saúde decorrentes de complicações de procedimentos por ela não cobertos.

Artigo: 786, *caput*, do Código Civil

Justificativa: A proposta de enunciado parte da mesma ideia do previsto no *caput* do art. 786 do Código Civil para as seguradoras, questão pacífica em nosso ordenamento. A Súmula n. 10 da Agência Nacional de Saúde impõe que as operadoras de planos de saúde arquem com as despesas médicas oriundas de complicações de procedimentos não cobertos, em virtude do princípio da preservação da vida, órgão ou função do paciente. Ocorre que muitas dessas complicações surgem em virtude de vícios nos materiais utilizados no procedimento, por erro médico ou por condições inadequadas das clínicas e dos hospitais, tais como infecção hospitalar ou falta de equipamentos. Considerando que o art. 35-F da Lei n. 9.656/1998 determina que a assistência prestada pelas operadoras de planos de assistência à saúde compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos da referida lei e do contrato firmado entre as partes, nada mais razoável do que a possibilidade de ressarcimento da operadora contra o causador do dano em caso de culpa. É claro que qualquer procedimento envolvendo a saúde do paciente incorre em riscos, que são minimizados quando todas as medidas de segurança necessárias são utilizadas. Não se pretende imputar responsabilidade aos médicos e estabelecimentos de tratamento de saúde por complicações oriundas de casos fortuitos (por exemplo, deficiência imunológica oriunda do próprio paciente ou da doença que o acomete). O que se busca é atribuir a devida responsabilidade em caso de não observância dos deveres de diligência e cuidado que envolvem a área da saúde. Assim, a proposta serve para estabelecer aplicação analógica da norma em comento por se tratar de situações semelhantes.

ENUNCIADO 553 – Nas ações de responsabilidade civil por cadastramento indevido nos registros de devedores inadimplentes realizados por instituições financeiras, a responsabilidade civil é objetiva.

Artigo: 927 do Código Civil

Justificativa: Há mais de seis anos foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal a ADI n. 2.591, relator Ministro EROS GRAU, Tribunal Pleno (DJ de 13/4/2007, PP-00083, EMENT VOL-02271-01 PP-00055), sendo o referido julgado verdadeiro marco jurídico nas relações privadas entre os usuários e as instituições financeiras. No entanto, ainda hoje, há resistência e timidez na aplicação às relações de natureza financeira do regramento do microsistema normativo consumerista, especialmente no que se refere à responsabilidade civil. Nos

contratos bancários, são inúmeros os desdobramentos contratuais que envolvem prestação de serviço, especialmente quanto a procedimentos de registro no cadastro de devedores inadimplentes. Não raro, esses serviços são prestados de forma indevida, resultando em ações judiciais que visam à responsabilização civil das instituições financeiras. Na praxe judicial, porém, invariavelmente, a discussão é canalizada para averiguação da culpa da instituição financeira nas suas mais variadas facetas, porém, sempre se busca arrimo no art. 927 do CC, tendente a induzir o magistrado a proceder à análise da culpa do agente financeiro. A referida operação de cadastramento, todavia, não está, de modo algum, abrangida pela “definição dos custos das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas na exploração da intermediação de dinheiro na econômica”, critério delimitador para a não aplicação do microsistema normativo do CDC aos contratos bancários. Portanto, é necessário apontar o direcionamento correto para averiguação da natureza da responsabilidade civil das instituições financeiras, na qual não se perquire a culpa do agente financeiro, tão somente a ocorrência de fato do serviço, cuja previsão não se encontra no Código Civil, mas sim no art. 12 do CDC. Ante o exposto, é imperioso que se discuta e se lance mão de enunciado capaz de abalzar a aplicação da responsabilidade objetiva para a conduta das instituições financeiras no que se refere ao cadastro indevido de devedores, afastando a discussão da noção de culpa para aproximá-la da noção de fato do serviço.

ENUNCIADO 554 – Indepe de indicação do local específico da informação a ordem judicial para que o provedor de hospedagem bloqueie determinado conteúdo ofensivo na internet.

Artigo: 927, parágrafo único, do Código Civil

Justificativa: A controvérsia é objeto de inúmeros precedentes, tendo sido recebida pelo STF como de repercussão geral (Recurso Extraordinário com Agravo n. 660861 – relator Ministro Luiz Fux, 9/4/2012). No Superior Tribunal de Justiça, o tema não é pacífico, havendo precedentes que reconhecem a desnecessidade de indicação específica do local onde a informação nociva à dignidade humana está inserida para que o provedor proceda à retirada. Ou seja, *“independentemente da indicação precisa, pelo ofendido, das páginas que foram veiculadas as ofensas (URL’s)”* (REsp n. 1.175.675/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 9/8/2011, DJe de 20/9/2011). Tal posicionamento visa primeiramente fazer cessar o dano, visto que a rapidez com que as informações são replicadas e disponibilizadas na internet pode tornar inútil a prestação jurisdicional futura. Além disso, visa também preservar a própria efetividade da jurisdição, principalmente quando envolve antecipações dos efeitos da tutela em que se determina o bloqueio da informação, e não apenas de um *link* específico. Portanto, propõe-se o enunciado para a sugestão de harmonização do tema, optando-se pela tutela da dignidade humana da vítima que procura o Judiciário para a satisfação da pretensão de bloqueio do conteúdo nocivo e que não pode ser incumbida do ônus de indicar em que local especificamente está disponibilizada a informação lesiva toda vez que o mesmo conteúdo é replicado e disponibilizado novamente por terceiros.

ENUNCIADO 555 – “Os direitos de outrem” mencionados no parágrafo único do art. 927 do Código Civil devem abranger não apenas a vida e a integridade física, mas também outros direitos, de caráter patrimonial ou extrapatrimonial.

Artigo: 927, parágrafo único, do Código Civil

Justificativa: De acordo com os termos do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

A lei estabeleceu uma espécie de cláusula geral de objetivação da responsabilidade civil, que ocorrerá sempre que se constatar que a atividade normalmente desempenhada pelo ofensor puder acarretar risco para os direitos de terceiros.

Note-se que o risco a que alude a lei deve ser dirigido aos “direitos de outrem”, não tendo o legislador indicado quais seriam tais direitos. Por isso, é possível extrair do texto legal o entendimento de que referidos direitos abrangem não apenas a vida, a saúde e a integridade física das pessoas, mas também diversos outros, tenham eles caráter patrimonial ou extrapatrimonial.

ENUNCIADO 556 – A responsabilidade civil do dono do prédio ou construção por sua ruína, tratada pelo art. 937 do CC, é objetiva.

Artigo: 937 do Código Civil

Justificativa: A proposta demonstra a superação do modelo de culpa presumida pelo Código Civil de 2002, tendo sido consagrada a responsabilidade objetiva pelo art. 937 do CC diante de risco criado pelo dono do prédio ou construção. Anote-se que essa é a manifestação de muitos doutrinadores em comentários ao citado dispositivo (por todos: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 208-213; VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 891-892; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Responsabilidade Civil. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4, p. 192-193; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código Civil anotado*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 515; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 10ª ed., vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 229). Na jurisprudência, numerosos julgados concluem da mesma forma, citando inclusive a *interação dialógica* com a responsabilidade objetiva consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor (ver: TJSP, APL n. 0191228-46.2009.8.26.0100, Ac. 6088024, São Paulo, Quinta Câmara de Direito Privado, relator Desembargador Moreira Viegas, julgamento em 8/8/2012, DJESP de 27/8/2012; TJRS, Ac. 34347-69.2011.8.21.7000, Canoas, Nona Câmara Cível, relator Desembargador Leonel Pires Ohlweiler, julgamento em 27/4/2011, DJERS de 31/5/2011; TJRJ, ementário: 10/2002, n. 22, 18/4/2002, Apelação Cível n. 2001.001.21725, data de registro 13/3/2002, folhas 33949/33957, comarca de origem: capital, 2ª Câmara Cível, votação unânime, relator Desembargador Sérgio Cavalieri Filho, julgamento em 22/11/2001;

TJRJ, ementário: 14/2004, n. 18, 20/5/2004, Apelação Cível n. 2003.001.30517, comarca de origem: capital, 17ª Câmara Cível, votação unânime, relator Desembargador Fabrício Bandeira Filho, julgamento em 10.12.2003).

ENUNCIADO 557 – Nos termos do art. 938 do CC, se a coisa cair ou for lançada de condomínio edilício, não sendo possível identificar de qual unidade, responderá o condomínio, assegurado o direito de regresso.

Artigo: 938 do Código Civil

Justificativa: A proposta confirma a responsabilidade objetiva tratada pelo art. 938 do Código Civil, estando igualmente na linha da doutrina contemporânea (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 637; GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Código Civil comentado*. Coord. Ministro Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007. p. 782; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 215-216; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 893; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 10ª ed., vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 230). Concluindo pela responsabilização do condomínio, é esta a jurisprudência do STJ: “Responsabilidade civil – Objetos lançados da janela de edifícios – A reparação dos danos é responsabilidade do condomínio. A impossibilidade de identificação do exato ponto de onde parte a conduta lesiva impõe ao condomínio arcar com a responsabilidade reparatória por danos causados a terceiros. Inteligência do art. 1.529 do Código Civil Brasileiro. Recurso não conhecido” (STJ, REsp n. 64.682/RJ, relator Ministro Bueno de Souza, Quarta Turma, julgamento em 10/11/1998, DJ de 29/3/1999, p. 180). Entre os julgados estaduais, com destaque: TJRS, Rcv n. 71002670024, Erechim, Segunda Turma Recursal Cível, relatora Desembargadora Fernanda Carravetta Vilande, julgamento em 13/10/2010, DJERS de 20/10/2010; TJMG, APCV n. 1.0024.08.107030-2/0011, Belo Horizonte, Décima Segunda Câmara Cível, relator Desembargador Saldanha da Fonseca, julgamento em 26/8/2009, DJEMG de 14/9/2009.

ENUNCIADO 558 – São solidariamente responsáveis pela reparação civil, juntamente com os agentes públicos que praticaram atos de improbidade administrativa, as pessoas, inclusive as jurídicas, que para eles concorreram ou deles se beneficiaram direta ou indiretamente.

Artigos: 942, *caput* e parágrafo único, do Código Civil, combinado com os arts 3º, 4º, 5º e 6º da Lei n. 8.429, de 2/6/1992 (Lei de Improbidade Administrativa)

Justificativa: O art. 942, *caput* e parágrafo único, do Código Civil materializa tanto o princípio da imputação civil dos danos quanto o princípio da responsabilidade solidária de todos aqueles que violam direito alheio. A Lei de Improbidade Administrativa (LIA) ora vigente não prevê, especificamente, a responsabilidade das pessoas físicas ou jurídicas envolvidas nos atos de improbidade administrativa. Para que se possa imputar-lhes a

necessária responsabilidade civil pela reparação das consequências dos referidos atos de improbidade, o julgador precisa recorrer a uma interpretação sistemática dos arts. 3º a 6º da Lei n. 8.429/1992. Afinal, a atual LIA diz, no art. 3º, que suas disposições se aplicam a todos os que, mesmo não sendo agentes públicos, induzem, ou para ela concorrem, a prática dos atos de improbidade ou deles se beneficiam. Diz também, no art. 5º, que, ocorrendo lesão ao patrimônio público por atos comissivos ou omissivos, dolosos ou culposos, deve o agente público ou o terceiro envolvido prestar integral ressarcimento. E, no art. 6º, dispõe que ao enriquecimento ilícito do agente público ou do terceiro beneficiado corresponde a perda de bens ou valores indevidamente acrescidos aos patrimônios respectivos. Há uma acentuada preocupação, no entanto, pois não raro a defesa dos infratores pontua que não se pode estabelecer condenação de natureza fortemente punitiva, como o é a decretação da perda dos bens, sem uma tipificação legal estrita. Assim, enquanto não for editada nova regulação para a matéria, defendemos a necessária aplicação do art. 942, *caput* e parágrafo único, do Código Civil como suporte legal para a responsabilidade solidária de todos os envolvidos na prática de atos de improbidade administrativa, sejam ou não agente públicos.

ENUNCIADO 559 – Observado o Enunciado 369 do CJF, no transporte aéreo, nacional e internacional, a responsabilidade do transportador em relação aos passageiros gratuitos, que viajem por cortesia, é objetiva, devendo atender à integral reparação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Artigos: 732 e 736 do Código Civil, 256, § 2º, *b*, da Lei n. 7.565/1986 e 1º do Decreto n. 5.910/2006

Justificativa: O art. 736 do Código Civil afasta a incidência das normas do contrato de transporte nas situações em que a condução da pessoa é feita puramente por amizade ou cortesia, não existindo nenhuma vantagem direta ou indireta para o condutor. Tal regra tem reflexo direto na responsabilidade civil em caso de dano à pessoa conduzida. Por não se tratar de transporte, mas de mera liberalidade, o condutor somente será responsabilizado se ficar comprovado pela vítima ou seu sucessor o dolo ou culpa grave, afastando-se a teoria do risco aplicável à responsabilidade do transportador (art. 734 do Código Civil). Trata-se de entendimento consolidado na jurisprudência nacional e expressamente consagrado na Súmula n. 145 do Superior Tribunal de Justiça. Não obstante o art. 732 do Código Civil e em abono à interpretação consagrada pelo Enunciado n. 369 da IV Jornada de Direito Civil, no transporte aéreo de pessoas, nacional e internacional, são aplicáveis aos passageiros gratuitos, que viajem por cortesia, as regras sobre responsabilidade civil do transportador previstas nas leis especiais (art. 256, § 2º, *b*, da Lei n. 7.565/1986 e art. 1º do Decreto n. 5.910/2006). Por conseguinte, a responsabilidade do transportador aéreo será sempre objetiva, sendo nula a cláusula excludente de responsabilidade em tais casos ou que estabelece limitações. A indenização deverá atender à efetiva reparação dos danos patrimoniais e morais, inclusive relativamente aos passageiros gratuitos.

ENUNCIADO 560 – No plano patrimonial, a manifestação do dano reflexo ou por ricochete não se restringe às hipóteses previstas no art. 948 do Código Civil.

Artigo: 948 do Código Civil

Justificativa: A possibilidade de reconhecimento do ressarcimento de dano patrimonial reflexo em situações que destoam das hipóteses previstas no art. 948 do Código Civil pode ser notada no ordenamento brasileiro. Existem hipóteses defendidas pela mais abalizada doutrina, como ocorre com o caso positivado no art. 945 do Código Civil português, admitido pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Outras hipóteses foram recepcionadas pela jurisprudência nacional, a exemplo do que ocorreu no interessante caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em que uma empresa de promoções artísticas pleiteava o dano patrimonial por ricochete sofrido pelo extravio das bagagens de um maestro que contratara para participar de espetáculos artísticos (REsp n. 753.512, julgamento em 2/3/2010, relator para o acórdão Ministro Luis Felipe Salomão). A mesma linha de pensamento encontramos em recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que se refere a demanda condenatória ajuizada pelo Estado de São Paulo visando a indenização por danos patrimoniais, tendo em vista que o fardamento utilizado por um dos bombeiros integrantes de seus quadros encontrava-se dentro de veículo que fora furtado no estacionamento de instituição de ensino particular em que estudava o soldado em questão. Do voto da relatora se extrai que, *“na hipótese, o evento redundou na subtração, por via oblíqua, do fardamento de bombeiro que estava no interior do veículo furtado do pátio do estacionamento oferecido pela Instituição de Ensino de Marília. O nexu etiológico está presente. Considere-se que não cabem disceptações sobre a existência de relação jurídica entre a Universidade e o Estado. O dano ocorreu em ricochete”*.

ENUNCIADO 561 – No caso do art. 952 do Código Civil, se a coisa faltar, dever-se-á, além de reembolsar o seu equivalente ao prejudicado, indenizar também os lucros cessantes.

Artigo: 952 do Código Civil

Justificativa: Segundo Mário Júlio de Almeida Costa, na sétima edição do seu livro “Direito das obrigações”, na avaliação do dano material, aplica-se a chamada “teoria da diferença”, na qual o prejuízo é quantificado por meio da comparação entre o estado atual do patrimônio e sua situação se o dano não tivesse ocorrido e a compensação das vantagens perdidas, devidas sempre que o evento danoso tenha produzido ao lesado também perda de lucros. O art. 952 do atual Código Civil apenas trata da indenização a título de lucros cessantes quando a coisa usurpada ou esbulhada puder ser restituída ao proprietário legítimo, dispondo ainda que, juntamente a esse tipo de indenização, outra, pela deterioração da coisa, também deverá ser paga ao prejudicado. Todavia, é importante dar tratamento igual para o outro tipo de situação abordada nesse dispositivo normativo: aquela na qual a coisa falte. Nessa situação, não se pode restituir a mesma coisa que o possuidor legítimo tinha; assim, outra coisa equivalente ou outra coisa equivalente estimada pelo preço ordinário e pelo preço de afeição da coisa, quando esta própria não existir, deverá ser reembolsada ao prejudicado. Na hipótese, também se deve interpretar como possível uma indenização a título de lucros cessantes ao prejudicado caso o objeto esbulhado ou usurpado fosse de seu

uso em alguma atividade remuneratória. Em tal situação, o proprietário legítimo da coisa claramente se encontra prejudicado financeiramente pela falta dela, isso até o reembolso do seu equivalente, ou seja, de objeto similar, ou até o reembolso do seu preço ordinário e de afeição, contanto que este não se avante àquele.

ENUNCIADO 562 – Aos casos do art. 931 do Código Civil aplicam-se as excludentes da responsabilidade objetiva.

Artigo: 931 do Código Civil

Justificativa: O art. 12 do CDC disciplinou integralmente a responsabilidade civil pelo fato do produto, exigindo a existência de um defeito no produto posto em circulação para responsabilização dos fornecedores. Tal dispositivo prevê as circunstâncias que devem ser levadas em conta pelo julgador para identificar o produto defeituoso e as hipóteses excludentes de responsabilidade civil. De acordo com Sergio Cavalieri, o fundamento da responsabilidade civil do fabricante por danos causados pelos produtos postos em circulação é a existência de eventuais defeitos nesses produtos. O art. 931 do CC dispõe genericamente que os empresários respondem independentemente de culpa “pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”, mas não se refere ao defeito, tratado no CDC. Isso ocorre porque o art. 931 foi proposto antes da existência do CDC (Projeto de Lei n. 634, de 1975), inicialmente para proteger os consumidores de produtos farmacêuticos e, ainda antes que entrasse em vigor o CDC, sofreu alteração em sua redação para proteger os consumidores de produtos de modo geral. Como reconhece explicitamente Rui Stocco em sua obra, “o aparente conflito tem como origem o fato de que o art. 931 do atual Código Civil foi redigido e incluído no projeto de lei muito antes do advento do Código de Defesa do Consumidor. Impunha-se sua retirada, posto que desnecessário”. Além disso, o art. 931 ressalva expressamente os casos já previstos na lei especial, que, neste caso, é o Código de Defesa do Consumidor. Portanto, o art. 931 do Código Civil não se aplica à responsabilidade civil pelo fato do produto nas relações de consumo, uma vez que essa hipótese foi integralmente disciplinada pelo art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, lei especial e de aplicação cogente, que prevê os requisitos para responsabilização objetiva do fornecedor.

DIREITO DAS COISAS

ENUNCIADO 563 – O reconhecimento da posse por parte do Poder Público competente anterior à sua legitimação nos termos da Lei n. 11.977/2009 constitui título possessório.

Artigo: 1.196 do Código Civil

Justificativa: No âmbito do procedimento previsto na Lei n. 11.977/2009, verifica-se que o Poder Público municipal, ao efetuar cadastramento dos possuidores no momento da demarcação urbanística, emite documento público que atesta a situação possessória ali existente. Tal reconhecimento configura título possessório, ainda que anterior à legitimação da posse.

ENUNCIADO 564 – As normas relativas à usucapião extraordinária (art. 1.238, *caput*, CC) e à usucapião ordinária (art. 1.242, *caput*, CC), por estabelecerem redução de prazo em benefício do possuidor, têm aplicação imediata, não incidindo o disposto no art. 2.028 do Código Civil.

Artigo: 1.238 do Código Civil

Justificativa: O Código Civil, quando estabeleceu regra de transição a respeito da usucapião (art. 2.029), ocupou-se apenas das hipóteses previstas nos parágrafos únicos dos arts. 1.238 e 1.242, afastando, assim, o disposto no art. 2.028. Desse modo, inexistindo norma de transição específica, os prazos estabelecidos no *caput* dos aludidos artigos incidem diretamente, em analogia ao entendimento consubstanciado no enunciado n. 445 da Súmula do STF. O proprietário possuiria, desse modo, o prazo de *vacatio legis* do Código Civil para proceder à defesa de seus interesses.

ENUNCIADO 565 – Não ocorre a perda da propriedade por abandono de resíduos sólidos, que são considerados bens socioambientais, nos termos da Lei n. 12.305/2012.

Artigo: 1.275, III, do Código Civil

Justificativa: A Lei n. 12.305/2012, ao prever, no art. 6º, VIII, que o resíduo sólido consiste em bem “econômico e de valor social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania”, impõe deveres ao proprietário, vedando que dos resíduos disponha de forma inadequada. Assim, tendo em vista os valores incidentes na tutela dos bens socioambientais, afasta-se a possibilidade de abandono de resíduos sólidos, que devem ter a destinação final ambientalmente adequada, com disposição final em aterros.

ENUNCIADO 566 – A cláusula convencional que restringe a permanência de animais em unidades autônomas residenciais deve ser valorada à luz dos parâmetros legais de sossego, insalubridade e periculosidade.

Referência legislativa: Código Civil, art. 1.335, I, e Lei n. 4.591/1964, art. 19

Justificativa: A proibição prevista na convenção de condomínio à presença de animais em unidades autônomas residenciais deve ser analisada de acordo com os níveis de sossego, saúde e segurança do condomínio, bem como com as especificidades do caso concreto, como por exemplo, a utilização terapêutica de animais de maior porte. Evita-se, assim, a vedação abusiva na convenção.

ENUNCIADO 567 – A avaliação do imóvel para efeito do leilão previsto no § 1º do art. 27 da Lei n. 9.514/1997 deve contemplar o maior valor entre a avaliação efetuada pelo município para cálculo do imposto de transmissão inter vivos (ITBI) devido para a consolidação da propriedade no patrimônio do credor fiduciário e o critério fixado contratualmente.

Referência Legislativa: Lei n. 9.514/1997, art. 27, § 1º

Justificativa: Considerando que, em regra, os financiamentos imobiliários são de longo prazo, podendo ocorrer defasagem entre o valor indicado no contrato e o valor de mercado, no primeiro leilão a que se refere o art. 27, §1º, da Lei n. 9.514/1997, o imóvel pode vir a ser ofertado e arrematado por valor muito inferior ao de mercado.

Considerando que o leilão deve ser realizado nos 30 dias que se seguirem à consolidação da propriedade no patrimônio do credor e que a transmissão constitui fato gerador do ITBI, o valor cobrado pelo município para a transação pode mostrar-se o mais próximo da realidade do mercado por ocasião do leilão.

Desse modo, caso esse valor seja superior ao valor estipulado contratualmente, poderá ser utilizado para a fixação do preço do imóvel para fins do primeiro leilão previsto na Lei n. 9.514/1997.

ENUNCIADO 568 – O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato, admitindo-se o direito de sobrelevação, atendida a legislação urbanística.

Referência legislativa: Código Civil, art. 1.369, e Estatuto da Cidade, art. 21

Justificativa: A norma estabelecida no Código Civil e no Estatuto da Cidade deve ser interpretada de modo a conferir máxima eficácia ao direito de superfície, que constitui importante instrumento de aproveitamento da propriedade imobiliária. Desse modo, deve ser reconhecida a possibilidade de constituição de propriedade superficiária sobre o subsolo ou sobre o espaço relativo ao terreno, bem como o direito de sobrelevação.

ENUNCIADO 569 – No caso do art. 1.242, parágrafo único, a usucapião, como matéria de defesa, prescinde do ajuizamento da ação de usucapião, visto que, nessa hipótese, o usucapiente já é o titular do imóvel no registro.

Artigo: 1.242, parágrafo único, do Código Civil

Justificativa: A usucapião de que trata o art. 1.242, parágrafo único, constitui matéria de defesa a ser alegada no curso da ação de anulação do registro do título translativo de propriedade, sendo dispensável o posterior ajuizamento da ação de usucapião.

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

ENUNCIADO 570 – O reconhecimento de filho havido em união estável fruto de técnica de reprodução assistida heteróloga “a patre” consentida expressamente pelo companheiro representa a formalização do vínculo jurídico de paternidade-filiação, cuja constituição se deu no momento do início da gravidez da companheira.

Artigos: 1.607 e 1.609 do Código Civil

Justificativa: O Código Civil de 2002, apesar de admitir a reprodução assistida heteróloga no casamento (art. 1597, V), não tratou expressamente da referida técnica no companheirismo.

Com base em pesquisa desenvolvida a respeito do tema e considerando a regra do art. 226, § 7º, da Constituição Federal, é de se afirmar que as técnicas conceptivas são admissíveis em favor dos companheiros. Como não há presunção de paternidade do companheiro em relação ao filho de sua companheira, ainda que ele manifeste consentimento prévio à técnica de reprodução assistida heteróloga, é preciso identificar o mecanismo de estabelecimento do vínculo paterno-filial.

Com base na integração das normas jurídicas acerca do tema, deve-se admitir que a manifestação volitiva do homem-companheiro quanto ao reconhecimento da paternidade não tem o condão de estabelecer vínculo, mas apenas de formalizá-lo (ou declará-lo) sem que haja falsidade ideológica em tal manifestação. Na realidade, a paternidade jurídica se constitui mediante ato complexo consistente na manifestação de vontade do companheiro, no sentido de autorizar a companheira a ter acesso a técnica de reprodução assistida heteróloga, e no início da gravidez em razão do êxito da técnica conceptiva.

A proposta do enunciado visa evidenciar os dois momentos distintos e, logicamente, as naturezas diversas das duas manifestações de vontade do companheiro: a) a primeira como integrante do ato formador do vínculo jurídico da paternidade; b) a segunda com caráter de formalização do vínculo, de conteúdo declaratório. Para que não haja dúvida a respeito da possibilidade de formalização do vínculo jurídico de paternidade-filiação, ainda que ocorra a morte do companheiro antes do nascimento do filho fruto de técnica de reprodução assistida heteróloga, houve mudança da redação da proposta original para a redação final aprovada.

ENUNCIADO 571 – Se comprovada a resolução prévia e judicial de todas as questões referentes aos filhos menores ou incapazes, o tabelião de notas poderá lavrar escrituras públicas de dissolução conjugal.

Artigos: 1.571 ao 1.582 do Código Civil, combinados com a Lei n. 11.441/2007

Justificativa: A Lei n. 11.441/2007 prevê que somente é permitido aos cônjuges fazer uso da escritura pública de separação judicial ou divórcio se não houver interesses de menores ou incapazes.

Entretanto, entendemos que, se os interesses dos menores ou incapazes forem atendidos ou resguardados em outro processo judicial, é permitido aos cônjuges dissolver o vínculo matrimonial, inclusive com a partilha de bens e o uso do nome, sem que afete o direito ou interesse dos menores ou incapazes.

A Lei n. 11.441/2007 é uma importante inovação legislativa porque representa novo paradigma, o da desjudicialização, para as hipóteses e cláusulas em que há acordo entre os cônjuges.

Se há acordo quanto ao divórcio e se os interesses dos menores estão resguardados em lide judicial específica, não há por que objetar o procedimento simples, rápido, desjudicializado, que desafoga o Judiciário e dá resposta mais rápida às questões eminentemente pessoais.

Ao Judiciário será requerido somente o que remanescer da lide, sem que haja acordo, como também aqueles que contenham direitos e interesses dos menores ou incapazes.

ENUNCIADO 572 – Mediante ordem judicial, é admissível, para a satisfação do crédito alimentar atual, o levantamento do saldo de conta vinculada ao FGTS.

Artigos: 1.695 e 1.701, parágrafo único, do Código Civil

Justificativa: O direito aos alimentos é um dos mais importantes de nosso sistema, pois serve para garantir existência digna, englobando a alimentação, o vestuário, o lazer, a educação, etc. Como se sabe, atualmente, a única hipótese de prisão civil decorre da dívida de natureza alimentar (art. 5^a, LXVII, CF).

Contudo, embora admitida a coerção pessoal, muitas vezes os alimentandos encontram dificuldades em receber o que lhes é de direito. Em algumas oportunidades, o próprio devedor resiste de boa-fé, por não possuir os recursos suficientes para adimplir a pensão. Em tal contexto, uma alternativa viável seria a retirada dos valores depositados na conta vinculada ao FGTS para a satisfação do crédito. Muitos princípios poderiam ser invocados em prol dessa solução. Inicialmente, ambas as partes terão a sua dignidade reconhecida, pois o credor receberá a pensão, enquanto o devedor se livrará do risco de prisão civil. A menor onerosidade da medida é nítida.

A jurisprudência do STJ orienta-se pela admissão da orientação do enunciado: AgRg no RMS n. 34.708/SP, AgRg no RMS n. 35.010/SP e AgRg no RMS n. 34.440/SP. Há, igualmente, precedentes de tribunais estaduais sobre o tema: TJ/RS, AI n. 70046109757, 7. C. C., relator Jorge Dall'Agnol, DJe de 1º/12/2011.

Dessa forma, a aprovação de um enunciado no sentido proposto poderá colaborar para que os operadores de todo o Brasil tomem ciência dessa orientação, o que redundará, em última análise, na mais adequada proteção das pessoas.

ENUNCIADO 573 – Na apuração da possibilidade do alimentante, observar-se-ão os sinais exteriores de riqueza.

Artigo: 1.694, § 1º, do Código Civil

Justificativa: De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, o reconhecimento do direito a alimentos está intrinsecamente relacionado com a prova do binômio necessidade e capacidade, conforme expresso no § 1º do art. 1.694 do Código Civil. Assim, está claro que, para a efetividade da aplicação do dispositivo em questão, é exigida a prova não só da necessidade do alimentado, mas também da capacidade financeira do alimentante.

Contudo, diante das inúmeras estratégias existentes nos dias de hoje visando à blindagem patrimonial, torna-se cada vez mais difícil conferir efetividade ao art. 1.694, § 1º, pois muitas vezes é impossível a comprovação objetiva da capacidade financeira do alimentante.

Por essa razão, à mingua de prova específica dos rendimentos reais do alimentante, deve o magistrado, quando da fixação dos alimentos, valer-se dos sinais aparentes de riqueza. Isso porque os sinais exteriorizados do modo de vida do alimentante denotam seu real poder aquisitivo, que é incompatível com a renda declarada.

Com efeito, visando conferir efetividade à regra do binômio necessidade e capacidade, sugere-se que os alimentos sejam fixados com base em sinais exteriores de riqueza, por presunção induzida da experiência do juízo, mediante a observação do que ordinariamente acontece, nos termos do que autoriza o art. 335 do Código de Processo Civil, que é também compatível com a regra do livre convencimento, positivada no art. 131 do mesmo diploma processual.

ENUNCIADO 574 – A decisão judicial de interdição deverá fixar os limites da curatela para todas as pessoas a ela sujeitas, sem distinção, a fim de resguardar os direitos fundamentais e a dignidade do interdito (art. 1.772).

Artigo: 1.772 do Código Civil

Justificativa: O CC/2002 restringiu a norma que determina a fixação dos limites da curatela para as pessoas referidas nos incisos III e IV do art. 1.767. É desarrazoado restringir a aplicação do art. 1.772 com base em critérios arbitrários. São diversos os transtornos mentais não contemplados no dispositivo que afetam parcialmente a capacidade e igualmente demandam tal proteção.

Se há apenas o comprometimento para a prática de certos atos, só relativamente a estes cabe interdição, independentemente da hipótese legal específica. Com apoio na prova dos autos, o juiz deverá estabelecer os limites da curatela, que poderão ou não ser os definidos no art. 1.782.

Sujeitar uma pessoa à interdição total quando é possível tutelá-la adequadamente pela interdição parcial é uma violência à sua dignidade e a seus direitos fundamentais. A curatela deve ser imposta no interesse do interdito, com efetiva demonstração de incapacidade. A designação de curador importa em intervenção direta na autonomia do curatelado.

Necessário individualizar diferentes estatutos de proteção, estabelecer a gradação da incapacidade. A interdição deve fixar a extensão da incapacidade, o regime de proteção, conforme averiguação casuística da aptidão para atos patrimoniais/extrapatrimoniais (PERLINGIERI, P. *Perfis do Direito Civil*. RJ: Renovar, 1997, p. 166; RODRIGUES, R. G. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: *A Parte Geral do Novo Código Civil* (Coord.: G. TEPEDINO), RJ: Renovar, 2002, p. 11-27; ABREU, C. B. *Curatela & Interdição Civil*. RJ: Lumen Juris, 2009, p. 180-220; FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. *Direito Civil/Teoria Geral*. RJ: Lumen Juris, 2010, p. 252; TEIXEIRA, A. C. B. Deficiência psíquica e curatela: reflexões sob o viés da autonomia privada. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 7, p. 64-79, 2009.

ENUNCIADO 575 – Concorrendo herdeiros de classes diversas, a renúncia de qualquer deles devolve sua parte aos que integram a mesma ordem dos chamados a suceder.

Artigo: 1.810 do Código Civil

Justificativa: Com o advento do Código Civil de 2002, a ordem de vocação hereditária passou a compreender herdeiros de classes diferentes na mesma ordem, em concorrência sucessória. Alguns dispositivos do Código Civil, entretanto, permaneceram inalterados em comparação com a legislação anterior. É o caso do art. 1.810, que prevê, na hipótese de renúncia, que a parte do herdeiro renunciante seja devolvida aos herdeiros da mesma classe. Em interpretação literal, *v.g.*, concorrendo à sucessão cônjuge e filhos, em caso de renúncia de um dos filhos, sua parte seria redistribuída apenas aos filhos remanescentes, não ao cônjuge, que pertence a classe diversa. Tal interpretação, entretanto, não se coaduna com a melhor doutrina, visto que a distribuição do quinhão dos herdeiros legítimos (arts. 1.790, 1.832, 1.837) não comporta exceção, devendo ser mantida mesmo no caso de renúncia.

6 Anexos

COMISSÕES DE TRABALHO DA VI JORNADA

Coordenador Geral: Ruy Rosado de Aguiar Júnior

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E CONTRATOS

Coordenadores: Paulo Roque Khouri e Ana de Oliveira Frazão

Presidente: Fábio Ulhoa Coelho

Relator: Jorge César Ferreira da Silva

Relator adjunto: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

Aiston Henrique de Sousa

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

Alfredo de Assis Gonçalves Neto

Aline de Miranda Valverde Terra

Álvaro Villaça de Azevedo

Ana Maria Blanco Montiel Alvarez

Arthur Cunha Da Costa Lima

Atalá Correia

Bruno Nubens Barbosa Miragem

Carla Müller da Rosa

Carlos Eduardo Elias de Oliveira

Clarissa Costa de Lima

Claudia Lima Marques

Claúdio Antonio Soares Levada

Cristiano de Sousa Zanetti

Erik Frederico Gramstrup

Ernesto Tzirulnik

Euler Da Cunha Peixoto

Fábio Ulhoa Coelho

Francisco José Moesch
Francisco Paulo De Crescenzo Marino
Giovanni Ettore Nanni
Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke
Jorge Cesa Ferreira da Silva
José Eduardo Ribeiro de Assis
José Fernando Simão
Lívia Ferreira Maioli Soares
Luis Renato Ferreira da Silva
Mairan Gonçalves Maia
Marcelo Cama Proença Fernandes
Marcelo Vieira Von Adamek
Marcos Catalan
Maria Bernadete Miranda
Marília de Ávila e Silva Sampaio
Maurício Andere von Bruck Lacerda
Oziel Estevão
Paula Andrea Forgioni
Paulo Penalva Santos
Paulo Roberto Ribeiro Nalin
Rodrigo Azevedo Toscano de Brito
Silvano José Gomes Flumignan
Silvio de Salvo Venosa
Thiago Drummond de Paula Lins
Vinicius Martins Pereira
Viviane Ramone Tavares
Walter José Faiad de Moura
Wanderlei de Paula Barreto
Wanderley Fernandes

DIREITO DAS COISAS

Coordenador: Gustavo Tepedino

Presidente: José Osório de Azevedo Júnior

Relator: Pablo Rentería

Relator adjunto: Vivianne da Silveira Abílio

Ana Rita Vieira Albuquerque

Augusto Passamani Bufulin

Carlos Santos de Oliveira

Cesar Calo Peghini

Daniel Eduardo Branco Carnacchioni

Frederico Henrique Viegas de Lima

Guilherme Nacif de Faria

Ivanildo Figueiredo

José Osório de Azevedo Júnior

Luciana Pedroso Xavier

Luis Paulo Cotrim Guimarães

Luiz Gonzaga Silva Adolfo

Marcelo Roberto Ferro

Marília Pedroso Xavier

Melhim Namem Chalhub

Odemilson Roberto Castro Fassa

Pablo Rentería

Patrícia Faga Iglecias Lemos

Sérgio Roberto de Niemeyer Salles

Viviane da Silveira Abílio

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

Coordenador: Otavio Luiz Rodrigues Junior

Presidente: Luiz Edson Fachin

Relator: Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Relator adjunto: Torquato da Silva Castro Júnior

Ana Carla Harmatiuk Matos

Ana Carolina Brochado Teixeira

Ana Luiza Maia Navares

Antônio Carlos Mathias Coltro

Bruna Barbieri Waquim

Carlos Eduardo Pianovski Ruzik

Célia Barbosa Abreu

Christiano Cassettari

Cibele Pinheiro Marçal Tucci

Cristiano Pretto

Dimitre Braga Soares De Carvalho

Edenir Sebastião Albuquerque da Rosa

Eduardo de Oliveira Leite

Eliana Junqueira Munhós Ferreira

Eliene Bastos

Érica Verícia Canuto De Oliveira Veras

Euclides Benedito de Oliveira

Fabício Irun Silveira Martins

Francisco José Cahali

Frederico Guilherme Dornellas Piclum

George Antonio De Oliveira Veras

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Hamilton Elliot Akel

Heloisa Helena Gomes Barboza

Ignácio Maria Poveda de Velasco

Ivana Fernandes Vieira

Joel Dias Figueira Júnior

Jones Figueirêdo Alves

Juliana Leite Ribeiro do Vale

Lourival de Jesus Serejo Sousa

Luiz Edson Fachin

Luiz Felipe Brasil Santos

Maria Aracy Menezes da Costa

Mário Luiz Delgado Régis

Nadime Meinberg Geraige

Regina Beatriz Tavares da Silva

Renata da Câmara Pires Belmont

Renata Malta Vilas-Bôas

Rodrigo da Cunha Pereira

Rosana Amara Girardi Fachin

Rose Melo Vencelau Meireles

Rui Portanova

Torquato da Silva Castro Jr.

Vitor de Azevedo Almeida Junior

Viviane Girardi

PARTE GERAL

Coordenador: Rogério de Meneses Fialho Moreira

Presidente: Carlos Nelson Konder

Relator: Milena Donato Oliva

Relator adjunto: Eduardo Nunes

Adriano Marteleto Godinho

André Borges de Carvalho Barros

André Ricardo Cruz Fontes

Andréa Ronzoni

Angela Cristina Viero

Carlos Nelson de Paula Konder

Cíntia Muniz de Souza Konder

Cristiane Avancini Alves

Edilson Pereira Nobre Júnior

Eduardo Nunes de Souza

Eduardo Tomasevicius Filho

Fabiana Rodrigues Barletta

Fabio de Oliveira Azevedo

Fernanda Paes Leme Peyneau Rito

Flávio Garcia Cabral

Guilherme Magalhães Martins

Gustavo Luís da Cruz Haical

Ingo Wolfgang Sarlet

Leonardo Estevam De Assis Zanini

Leonardo Gomes de Aquino

Luiz Antonio Soares

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Márcia Santana Fernandes
Márcio Tadeu Guimarães Nunes
Márcio Vidal
Marcos Pitanga Caeté Ferreira
Maria Celina Bodin de Moraes
Mariana Souza Pargendler
Milena Donato Oliva
Nelson Nery Junior
Newton De Lucca
Nildo Masini
Rodrigo de Oliveira Caldas
Rodrigo Pessoa Pereira da Silva
Rogério Roberto Gonçalves de Abreu
Thiago Luís Sombra
Wendel de Brito Lemos Teixeira

RESPONSABILIDADE CIVIL

Coordenador: Paulo de Tarso Sanseverino
Presidente: Teresa Ancona Lopez
Relator: Flávio Tartuce
Relator adjunto: Anderson Schreiber

Adalberto de Souza Pasqualotto
Amanda Reis
Anderson Schreiber
Anna Luiza Bandeira Guimarães da Silva

Carlos Roberto Gonçalves
César Augusto de Castro Fiuza
Daniel Ustárroz
Eliane Leve
Eugênio Facchini Neto
Felipe Teixeira Neto
Flávio Tartuce
Gabriel Nogueira Dias
Gisela Sampaio da Cruz Costa Guedes
Gustavo Brum
Helena Elias Pinto
João Victor Rozatti Longhi
Jorge Luiz Dias Ferreira
José Maria Lima
Leonardo Roscoe Bessa
Luís Carlos Hiroki Muta
Manoel Joaquim Pereira dos Santos
Maria Terezinha Santos Meira
Márcio André Lopes Cavalcante
Maria Isabel Pezzi Klein
Mauricio de Freitas Silveira
Maurício Lima de Oliveira
Munir Karam
Pablo Malheiros da Cunha Frota
Pedro Mansur Gonçalves
Priscilla Menezes da Silva
Rafael Pettefi da Silva
Rayssa Gutterres Costa

Renata Vilela Multedo

Robson Guimarães José Filho

Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho

Roger Silva Aguiar

Teresa Ancona Lopes

Vinicius Dinis Monteiro de Barros

Wesley de Oliveira Louzada Bernardo

Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha

ENUNCIADOS APROVADOS NAS JORNADAS ANTERIORES

I JORNADA DE DIREITO CIVIL

I PARTE GERAL

- 1 Art. 2º: A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como: nome, imagem e sepultura.
- 2 Art. 2º: Sem prejuízo dos direitos da personalidade nele assegurados, o art. 2º do Código Civil não é sede adequada para questões emergentes da reprogramação humana, que deve ser objeto de um estatuto próprio.
- 3 Art. 5º: A redução do limite etário para a definição da capacidade civil aos 18 anos não altera o disposto no art. 16, I, da Lei n. 8.213/91, que regula específica situação de dependência econômica para fins previdenciários e outras situações similares de proteção, previstas em legislação especial.
- 4 Art. 11: O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.
- 5 Arts. 12 e 20: 1) As disposições do art. 12 têm caráter geral e aplicam-se, inclusive, às situações previstas no art. 20, excetionados os casos expressos de legitimidade para requerer as medidas nele estabelecidas; 2) as disposições do art. 20 do novo Código Civil têm a finalidade específica de reger a projeção dos bens personalíssimos nas situações nele enumeradas. Com exceção dos casos expressos de legitimação que se conformem com a tipificação preconizada nessa norma, a ela podem ser aplicadas subsidiariamente as regras instituídas no art. 12.
- 6 Art. 13: A expressão “exigência médica” contida no art. 13 refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente.
- 7 Art. 50: Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido.
- 8 Art. 62, parágrafo único: A constituição de fundação para fins científicos, educacionais ou de promoção do meio ambiente está compreendida no Código Civil, art. 62, parágrafo único.
- 9 Art. 62, parágrafo único: Deve ser interpretado de modo a excluir apenas as fundações com fins lucrativos.

- 10 Art. 66, § 1º: Em face do princípio da especialidade, o art. 66, § 1º, deve ser interpretado em sintonia com os arts. 70 e 178 da LC n. 75/93.
- 11 Art. 79: Não persiste no novo sistema legislativo a categoria dos bens imóveis por acessão intelectual, não obstante a expressão “tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”, constante da parte final do art. 79 do Código Civil.
- 12 Art. 138: Na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança.
- 13 Art. 170: O aspecto objetivo da convenção requer a existência do suporte fático no negócio a converter-se.
- 14 Art. 189: 1) O início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer.

2 DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

- 15 Art. 240: As disposições do art. 236 do novo Código Civil também são aplicáveis à hipótese do art. 240, *in fine*.
- 16 Art. 299: O art. 299 do Código Civil não exclui a possibilidade da assunção cumulativa da dívida quando dois ou mais devedores se tornam responsáveis pelo débito com a concordância do credor.
- 17 Art. 317: A interpretação da expressão “motivos imprevisíveis” constante do art. 317 do novo Código Civil deve abarcar tanto causas de desproporção não-previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis.
- 18 Art. 319: A “quitação regular” referida no art. 319 do novo Código Civil engloba a quitação dada por meios eletrônicos ou por quaisquer formas de “comunicação a distância”, assim entendida aquela que permite ajustar negócios jurídicos e praticar atos jurídicos sem a presença corpórea simultânea das partes ou de seus representantes.
- 19 Art. 374: A matéria da compensação no que concerne às dívidas fiscais e parafiscais de estados, do Distrito Federal e de municípios não é regida pelo art. 374 do Código Civil.
- 20 Art. 406: A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, um por cento ao mês.

A utilização da taxa Selic como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; é incompatível com a regra do art. 591 do novo Código Civil, que

permite apenas a capitalização anual dos juros, e pode ser incompatível com o art. 192, § 3º, da Constituição Federal, se resultarem juros reais superiores a doze por cento ao ano.

- 21 Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.
- 22 Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.
- 23 Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.
- 24 Art. 422: Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.
- 25 Art. 422: O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.
- 26 Art. 422: A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.
- 27 Art. 422: Na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos.
- 28 Art. 445 (§§ 1º e 2º): O disposto no art. 445, §§ 1º e 2º, do Código Civil reflete a consagração da doutrina e da jurisprudência quanto à natureza decadencial das ações edilícias.
- 29 Art. 456: A interpretação do art. 456 do novo Código Civil permite ao evicto a denúncia direta de qualquer dos responsáveis pelo vício.
- 30 Art. 463: A disposição do parágrafo único do art. 463 do novo Código Civil deve ser interpretada como fator de eficácia perante terceiros.
- 31 Art. 475: As perdas e danos mencionados no art. 475 do novo Código Civil dependem da imputabilidade da causa da possível resolução.
- 32 Art. 534: No contrato estimatório (art. 534), o consignante transfere ao consignatário, temporariamente, o poder de alienação da coisa consignada com opção de pagamento do preço de estima ou sua restituição ao final do prazo ajustado.

- 33 Art. 557: O novo Código Civil estabeleceu um novo sistema para a revogação da doação por ingratidão, pois o rol legal previsto no art. 557 deixou de ser taxativo, admitindo, excepcionalmente, outras hipóteses.
- 34 Art. 591: No novo Código Civil, quaisquer contratos de mútuo destinados a fins econômicos presumem-se onerosos (art. 591), ficando a taxa de juros compensatórios limitada ao disposto no art. 406, com capitalização anual.
- 35 Art. 884: A expressão “se enriquecer à custa de outrem” do art. 886 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento.
- 36 Art. 886: O art. 886 do novo Código Civil não exclui o direito à restituição do que foi objeto de enriquecimento sem causa nos casos em que os meios alternativos conferidos ao lesado encontram obstáculos de fato.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

- 37 Art. 187: A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.
- 38 Art. 927: A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.
- 39 Art. 928: A impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização equitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas se reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade.
- 40 Art. 928: O incapaz responde pelos prejuízos que causar de maneira subsidiária ou excepcionalmente como devedor principal, na hipótese do ressarcimento devido pelos adolescentes que praticarem atos infracionais nos termos do art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito das medidas socioeducativas ali previstas.
- 41 Art. 928: A única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com seus pais é ter sido emancipado nos termos do art. 5º, parágrafo único, inc. I, do novo Código Civil.
- 42 Art. 931: O art. 931 amplia o conceito de fato do produto existente no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação dos produtos.
- 43 Art. 931: A responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento.

- 44 Art. 934: Na hipótese do art. 934, o empregador e o comitente somente poderão agir regressivamente contra o empregado ou preposto se estes tiverem causado dano com dolo ou culpa.
- 45 Art. 935: No caso do art. 935, não mais se poderá questionar a existência do fato ou quem seja o seu autor se essas questões se acharem categoricamente decididas no juízo criminal.
- 46 Art. 944: A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano[,] não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva. (Alterado pelo Enunciado 380 – IV Jornada)
- 47 Art. 945: O art. 945 do novo Código Civil, que não encontra correspondente no Código Civil de 1916, não exclui a aplicação da teoria da causalidade adequada.
- 48 Art. 950, parágrafo único: O parágrafo único do art. 950 do novo Código Civil institui direito potestativo do lesado para exigir pagamento da indenização de uma só vez, mediante arbitramento do valor pelo juiz, atendidos os arts. 944 e 945 e a possibilidade econômica do ofensor.
- 49 Art. 1.228, § 2º: Interpreta-se restritivamente a regra do art. 1.228, § 2º, do novo Código Civil, em harmonia com o princípio da função social da propriedade e com o disposto no art. 187.
- 50 Art. 2.028: A partir da vigência do novo Código Civil, o prazo prescricional das ações de reparação de danos que não houver atingido a metade do tempo previsto no Código Civil de 1916 fluirá por inteiro, nos termos da nova lei (art. 206).

Moção:

No que tange à responsabilidade civil, o novo Código representa, em geral, notável avanço, com progressos indiscutíveis, entendendo a Comissão que não há necessidade de prorrogação da *vacatio legis*.

4 DIREITO DE EMPRESA

- 51 Art. 50: A teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard doctrine* – fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema.
- 52 Art. 903: Por força da regra do art. 903 do Código Civil, as disposições relativas aos títulos de crédito não se aplicam aos já existentes.
- 53 Art. 966: Deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa.

- 54 Art. 966: É caracterizador do elemento empresa a declaração da atividade-fim, assim como a prática de atos empresariais.
- 55 Arts. 968, 969 e 1.150: O domicílio da pessoa jurídica empresarial regular é o estatutário ou o contratual em que indicada a sede da empresa, na forma dos arts. 968, IV, e 969, combinado com o art. 1.150, todos do Código Civil.
- 56 ~~Art. 970: O Código Civil não definiu o conceito de pequeno empresário; a lei que o definir deverá exigir a adoção do livro-diário. (Cancelado pelo En. 235 – III Jornada)~~
- 57 Art. 983: A opção pelo tipo empresarial não afasta a natureza simples da sociedade.
- 58 Arts. 986 e seguintes: A sociedade em comum compreende as figuras doutrinárias da sociedade de fato e da irregular .
- 59 Arts. 990, 1.009, 1.016, 1.017 e 1.091: Os sociogestores e os administradores das empresas são responsáveis subsidiária e ilimitadamente pelos atos ilícitos praticados, de má gestão ou contrários ao previsto no contrato social ou estatuto, consoante estabelecem os arts. 990, 1.009, 1.016, 1.017 e 1.091, todos do Código Civil.
- 60 Art. 1.011, § 1º: As expressões “de peita” ou “suborno” do § 1º do art. 1.011 do novo Código Civil devem ser entendidas como corrupção, ativa ou passiva.
- 61 Art. 1.023: O termo “subsidiariamente” constante do inc. VIII do art. 997 do Código Civil deverá ser substituído por “solidariamente” a fim de compatibilizar esse dispositivo com o art. 1.023 do mesmo Código.
- 62 Art. 1.031: Com a exclusão do sócio remisso, a forma de reembolso das suas quotas, em regra, deve-se dar com base em balanço especial, realizado na data da exclusão.
- 63 Art. 1.043: Suprimir o art. 1.043 ou interpretá-lo no sentido de que só será aplicado às sociedades ajustadas por prazo determinado.
- 64 ~~Art. 1.148: A alienação do estabelecimento empresarial importa, como regra, na manutenção do contrato de locação em que o alienante figura como locatário. (Cancelado pelo En. 234 – III Jornada)~~
- 65 Art. 1.052: A expressão “sociedade limitada” tratada no art. 1.052 e seguintes do novo Código Civil deve ser interpretada *stricto sensu*, como “sociedade por quotas de responsabilidade limitada”.
- 66 Art. 1.062: A teor do § 2º do art. 1.062 do Código Civil, o administrador só pode ser pessoa natural.
- 67 Arts. 1.085, 1.030 e 1.033, III: A quebra do *affectio societatis* não é causa para a exclusão do sócio minoritário, mas apenas para dissolução (parcial) da sociedade.
- 68 Arts. 1.088 e 1.089: Suprimir os arts. 1.088 e 1.089 do novo Código Civil em razão de estar a matéria regulamentada em lei especial.

- 69 Art. 1.093: As sociedades cooperativas são sociedades simples sujeitas à inscrição nas juntas comerciais.
- 70 Art. 1.116: As disposições sobre incorporação, fusão e cisão previstas no Código Civil não se aplicam às sociedades anônimas. As disposições da Lei n. 6.404/76 sobre essa matéria aplicam-se, por analogia, às demais sociedades naquilo em que o Código Civil for omissivo.
- 71 Arts. 1.158 e 1.160: Suprimir o art. 1.160 do Código Civil por estar a matéria regulada mais adequadamente no art. 3º da Lei n. 6.404/76 (disciplinadora das S.A.) e dar nova redação ao § 2º do art. 1.158, de modo a retirar a exigência da designação do objeto da sociedade.
- 72 Art. 1.164: Suprimir o art. 1.164 do novo Código Civil.
- 73 Art. 2.031: Não havendo revogação do art. 1.160 do Código Civil nem modificação do § 2º do art. 1.158 do mesmo diploma, é de interpretar-se este dispositivo no sentido de não aplicá-lo à denominação das sociedades anônimas e sociedades Ltda., já existentes, em razão de se tratar de direito inerente à sua personalidade.
- 74 Art. 2.045: Apesar da falta de menção expressa, como exigido pelas LCs 95/98 e 107/2001, estão revogadas as disposições de leis especiais que contiverem matéria regulada inteiramente no novo Código Civil, como, v.g., as disposições da Lei n. 6.404/76, referente à sociedade comandita por ações, e do Decreto n. 3.708/1919, sobre sociedade de responsabilidade limitada.
- 75 Art. 2.045: A disciplina de matéria mercantil no novo Código Civil não afeta a autonomia do Direito Comercial.

5 DIREITO DAS COISAS

- 76 Art. 1.197: O possuidor direto tem direito de defender a sua posse contra o indireto, e este, contra aquele (art. 1.197, *in fine*, do novo Código Civil).
- 77 Art. 1.205: A posse das coisas móveis e imóveis também pode ser transmitida pelo *constituto* possessório.
- 78 Art. 1.210: Tendo em vista a não-recepção pelo novo Código Civil da *exceptio proprietatis* (art. 1.210, § 2º) em caso de ausência de prova suficiente para embasar decisão liminar ou sentença final ancorada exclusivamente no *ius possessionis*, deverá o pedido ser indeferido e julgado improcedente, não obstante eventual alegação e demonstração de direito real sobre o bem litigioso.
- 79 Art. 1.210: A *exceptio proprietatis*, como defesa oponível às ações possessórias típicas, foi abolida pelo Código Civil de 2002, que estabeleceu a absoluta separação entre os juízos possessório e petitário.

- 80 Art. 1.212: É inadmissível o direcionamento de demanda possessória ou ressarcitória contra terceiro possuidor de boa-fé, por ser parte passiva ilegítima diante do disposto no art. 1.212 do novo Código Civil. Contra o terceiro de boa-fé, cabe tão-somente a propositura de demanda de natureza real.
- 81 Art. 1.219: O direito de retenção previsto no art. 1.219 do Código Civil, decorrente da realização de benfeitorias necessárias e úteis, também se aplica às acessões (construções e plantações) nas mesmas circunstâncias.
- 82 Art. 1.228: É constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil.
- 83 Art. 1.228: Nas ações reivindicatórias propostas pelo Poder Público, não são aplicáveis as disposições constantes dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil. (Alterado pelo Enunciado 304 – IV Jornada)
- 84 Art. 1.228: A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, §§ 4º e 5º, do novo Código Civil) deve ser arguida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização.
- 85 Art. 1.240: Para efeitos do art. 1.240, *caput*, do novo Código Civil, entende-se por “área urbana” o imóvel edificado ou não, inclusive unidades autônomas vinculadas a condomínios edilícios.
- 86 Art. 1.242: A expressão “justo título” contida nos arts. 1.242 e 1.260 do Código Civil abrange todo e qualquer ato jurídico hábil, em tese, a transferir a propriedade, independentemente de registro.
- 87 Art. 1.245: Considera-se também título translativo, para fins do art. 1.245 do novo Código Civil, a promessa de compra e venda devidamente quitada (arts. 1.417 e 1.418 do Código Civil e § 6º do art. 26 da Lei n. 6.766/79).
- 88 Art. 1.285: O direito de passagem forçada, previsto no art. 1.285 do CC, também é garantido nos casos em que o acesso à via pública for insuficiente ou inadequado, consideradas, inclusive, as necessidades de exploração econômica.
- 89 Art. 1.331: O disposto nos arts. 1.331 a 1.358 do novo Código Civil aplica-se, no que couber, aos condomínios assemelhados, tais como loteamentos fechados, multipropriedade imobiliária e clubes de campo.
- 90 Art. 1.331: Deve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio edilício ~~nas relações jurídicas inerentes às atividades de seu peculiar interesse~~. (Alterado pelo En. 246 – III Jornada)
- 91 Art. 1.331: A convenção de condomínio ou a assembleia-geral podem vedar a locação de área de garagem ou abrigo para veículos a estranhos ao condomínio.
- 92 Art. 1.337: As sanções do art. 1.337 do novo Código Civil não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo.

- 93 Art. 1.369: As normas previstas no Código Civil sobre direito de superfície não revogam as relativas a direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano.
- 94 Art. 1.371: As partes têm plena liberdade para deliberar, no contrato respectivo, sobre o rateio dos encargos e tributos que incidirão sobre a área objeto da concessão do direito de superfície.
- 95 Art. 1.418: O direito à adjudicação compulsória (art. 1.418 do novo Código Civil), quando exercido em face do promitente vendedor, não se condiciona ao registro da promessa de compra e venda no cartório de registro imobiliário (Súmula n. 239 do STJ).

6 ENUNCIADOS PROPOSITIVOS DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

- 96 Alteração do § 1º do art. 1.336 do Código Civil, relativo a multas por inadimplemento no pagamento da contribuição condominial, para o qual se sugere a seguinte redação:

Art. 1.336. [...].

§ 1º O condômino que não pagar sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, de um por cento ao mês e multa de até 10% sobre o eventual risco de emendas sucessivas que venham a desnaturá-lo ou mesmo a inibir a sua entrada em vigor.

Não obstante, entendeu a Comissão da importância de aprimoramento do texto legislativo, que poderá, perfeitamente, ser efetuado durante a vigência do próprio Código, o que ocorreu, por exemplo, com o diploma de 1916, por meio da grande reforma verificada em 1919.

7 DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

- 97 Art. 25: No que tange à tutela especial da família, as regras do Código Civil que se referem apenas ao cônjuge devem ser estendidas à situação jurídica que envolve o companheiro, como, por exemplo, na hipótese de nomeação de curador dos bens do ausente (art. 25 do Código Civil).
- 98 Art. 1.521, IV, do novo Código Civil: O inc. IV do art. 1.521 do novo Código Civil deve ser interpretado à luz do Decreto-lei n. 3.200/41, no que se refere à possibilidade de casamento entre colaterais de 3º grau.
- 99 Art. 1.565, § 2º: O art. 1.565, § 2º, do Código Civil não é norma destinada apenas às pessoas casadas, mas também aos casais que vivem em companheirismo, nos termos do art. 226, *caput*, §§ 3º e 7º, da Constituição Federal de 1988, e não revogou o disposto na Lei n. 9.263/96.

- 100 Art. 1.572: Na separação, recomenda-se apreciação objetiva de fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.
- 101 Art. 1.583: Sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão “guarda de filhos”, à luz do art. 1.583, pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança.
- 102 Art. 1.584: A expressão “melhores condições” no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.584, significa atender ao melhor interesse da criança.
- 103 Art. 1.593: O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.
- 104 Art. 1.597: No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.
- 105 Art. 1.597: As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida”.
- 106 Art. 1.597, inc. III: Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.
- 107 Art. 1.597, IV: Finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.
- 108 Art. 1.603: No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva.
- 109 Art. 1.605: A restrição da coisa julgada oriunda de demandas reputadas improcedentes por insuficiência de prova não deve prevalecer para inibir a busca da identidade genética pelo investigando.
- 110 Art. 1.621, § 2º: É inaplicável o § 2º do art. 1.621 do novo Código Civil às adoções realizadas com base no Estatuto da Criança e do Adolescente.

- 111 Art. 1.626: A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica concepitiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.
- 112 Art. 1.630: Em acordos celebrados antes do advento do novo Código, ainda que expressamente convencionado que os alimentos cessarão com a maioridade, o juiz deve ouvir os interessados, apreciar as circunstâncias do caso concreto e obedecer ao princípio *rebus sic stantibus*.
- 113 Art. 1.639: É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade.
- 114 Art. 1.647: O aval não pode ser anulado por falta de vênua conjugal, de modo que o inc. III do art. 1.647 apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu.
- 115 Art. 1.725: Há presunção de comunhão de aquestos na constância da união extramatrimonial mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se verificar a comunhão dos bens.
- 116 Art. 1.815: O Ministério Público, por força do art. 1.815 do novo Código Civil, desde que presente o interesse público, tem legitimidade para promover ação visando à declaração da indignidade de herdeiro ou legatário.
- 117 Art. 1.831: O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da CF/88.
- 118 Art. 1.967, *caput* e § 1º: O testamento anterior à vigência do novo Código Civil se submeterá à redução prevista no § 1º do art. 1.967 naquilo que atingir a porção reservada ao cônjuge sobrevivente, elevado que foi à condição de herdeiro necessário.
- 119 Art. 2.004: Para evitar o enriquecimento sem causa, a colação será efetuada com base no valor da época da doação, nos termos do *caput* do art. 2.004, exclusivamente na hipótese em que o bem doado não mais pertença ao patrimônio do donatário. Se, ao contrário, o bem ainda integrar seu patrimônio, a colação se fará com base no valor do bem na época da abertura da sucessão, nos termos do art. 1.014 do CPC, de modo a preservar a quantia que efetivamente integrará a legítima quando esta se constituiu, ou seja, na data do óbito (resultado da interpretação sistemática do art. 2.004 e seus parágrafos, juntamente com os arts. 1.832 e 884 do Código Civil).

8 PROPOSTAS DE MODIFICAÇÃO DO NOVO CÓDIGO CIVIL

120 Proposição sobre o art. 1.526:

Proposta: Deverá ser suprimida a expressão “será homologada pelo juiz” no art. 1.526, o qual passará a dispor: “Art. 1.526. A habilitação de casamento será feita perante o oficial do Registro Civil e ouvido o Ministério Público.”

Justificativa: Desde há muito que as habilitações de casamento são fiscalizadas e homologadas pelos órgãos de execução do Ministério Público, sem que se tenha quaisquer notícias de problemas como, por exemplo, fraudes em relação à matéria. A judicialização da habilitação de casamento não trará ao cidadão nenhuma vantagem ou garantia adicional, não havendo razão para mudar o procedimento que extrajudicialmente funciona de forma segura e ágil.

121 Proposição sobre o art. 1.571, § 2º:

Proposta: Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, no que diz respeito ao sobrenome dos cônjuges, aplica-se o disposto no art. 1.578.

122 Proposição sobre o art. 1.572, *caput*:

Proposta: Dar ao art. 1.572, *caput*, a seguinte redação: “Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial com fundamento na impossibilidade da vida em comum”.

123 Proposição sobre o art. 1.573:

Proposta: Revogar o art. 1.573. (Prejudicado pelo En. 254 da III Jornada)

124 Proposição sobre o art. 1.578:

Proposta: Alterar o dispositivo para: “Dissolvida a sociedade conjugal, o cônjuge perde o direito à utilização do sobrenome do outro, salvo se a alteração acarretar:

I – evidente prejuízo para a sua identificação;

II – manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;

III – dano grave reconhecido na decisão judicial”.

E, por via de consequência, estariam revogados os §§ 1º e 2º do mesmo artigo.

125 Proposição sobre o art. 1.641, inc. II:

Redação atual: “da pessoa maior de sessenta anos”.

Proposta: Revogar o dispositivo.

Justificativa: A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.

126 Proposição sobre o art. 1.597, incs. III, IV e V:

Proposta: Alterar as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 para “técnica de reprodução assistida”.

Justificativa: As técnicas de reprodução assistida são basicamente de duas ordens: aquelas pelas quais a fecundação ocorre *in vivo*, ou seja, no próprio organismo feminino, e aquelas pelas quais a fecundação ocorre *in vitro*, ou seja, fora do organismo feminino, mais precisamente em laboratório, após o recolhimento dos gametas masculino e feminino.

As expressões “fecundação artificial” e “concepção artificial” utilizadas nos incs. III e IV, são impróprias, até porque a fecundação ou a concepção obtida por meio das técnicas de reprodução assistida é natural, com o auxílio técnico, é verdade, mas jamais artificial.

Além disso, houve ainda imprecisão terminológica no inc. V, quando trata da inseminação artificial heteróloga, uma vez que a inseminação artificial é apenas uma das técnicas de reprodução *in vivo*; para os fins do inciso em comento, melhor seria a utilização da expressão “técnica de reprodução assistida”, incluídas aí todas as variantes das técnicas de reprodução *in vivo* e *in vitro*.

127 Proposição sobre o art. 1.597, inc. III:

Proposta: Alterar o inc. III para constar “havidos por fecundação artificial homóloga”.

Justificativa: Para observar os princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana, porque não é aceitável o nascimento de uma criança já sem pai.

128 Proposição sobre o art. 1.597, inc. IV:

Proposta: Revogar o dispositivo.

Justificativa: O fim de uma sociedade conjugal, em especial quando ocorre pela anulação ou nulidade do casamento, pela separação judicial ou pelo divórcio, é, em regra, processo de tal ordem traumático para os envolvidos que a autorização de utilização de embriões excedentários será fonte de desnecessários litígios.

Além do mais, a questão necessita de análise sob o enfoque constitucional. Da forma posta e não havendo qualquer dispositivo no novo Código Civil que autorize o reconhecimento da maternidade em tais casos, somente a mulher poderá se valer dos embriões excedentários, ferindo de morte o princípio da igualdade esculpido no *caput* e no inc. I do art. 5º da Constituição da República.

A título de exemplo, se a mulher ficar viúva, poderá, “a qualquer tempo”, gestar o embrião excedentário, assegurado o reconhecimento da paternidade, com as consequências legais pertinentes; porém o marido não poderá valer-se dos mesmos embriões, para cuja formação contribuiu com o seu material genético, e gestá-lo em útero sub-rogado.

Como o dispositivo é vago e diz respeito apenas ao estabelecimento da paternidade, sendo o novo Código Civil omissivo quanto à maternidade, poder-se-ia indagar: se esse embrião vier a germinar um ser humano após a morte da mãe, ele terá a paternidade

estabelecida e não a maternidade? Caso se pretenda afirmar que a maternidade será estabelecida pelo nascimento, como ocorre atualmente, a mãe será aquela que dará à luz, porém, neste caso, tampouco a paternidade poderá ser estabelecida, uma vez que a reprodução não seria homóloga.

Caso a justificativa para a manutenção do inciso seja evitar a destruição dos embriões crioconservados, destaca-se que legislação posterior poderá autorizar que venham a ser adotados por casais inférteis.

Assim, prudente seria que o inciso em análise fosse suprimido. Porém, se a supressão não for possível, solução alternativa seria determinar que os embriões excedentários somente poderão ser utilizados se houver prévia autorização escrita de ambos os cônjuges, evitando-se com isso mais uma lide nas varas de família.

- 129 Proposição para inclusão de um artigo no final do cap. II, subtítulo II, cap. XI, título I, do livro IV, com a seguinte redação:

Art. 1.597-A . “A maternidade será presumida pela gestação.

Parágrafo único: Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga”.

Justificativa: No momento em que o art. 1.597 autoriza que o homem infértil ou estéril se valha das técnicas de reprodução assistida para suplantar sua deficiência reprodutiva, não poderá o Código Civil deixar de prever idêntico tratamento às mulheres.

O dispositivo dará guarida às mulheres que podem gestar, abrangendo quase todas as situações imagináveis, como as técnicas de reprodução assistida homólogas e heterólogas, nas quais a gestação será levada a efeito pela mulher que será a mãe socioevolutiva da criança que vier a nascer.

Pretende-se, também, assegurar à mulher que produz seus óvulos regularmente, mas não pode levar a termo uma gestação, o direito à maternidade, uma vez que apenas a gestação caberá à mãe sub-rogada.

Contempla-se, igualmente, a mulher estéril que não pode levar a termo uma gestação. Essa mulher terá declarada sua maternidade em relação à criança nascida de gestação sub-rogada na qual o material genético feminino não provém de seu corpo.

Importante destacar que, em hipótese alguma, poderá ser permitido o fim lucrativo por parte da mãe sub-rogada.

- 130 Proposição sobre o art. 1.601:

Redação atual: *Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.*

Parágrafo único. *Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.*

Redação proposta: “Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

§ 1º. Não se desconstituirá a paternidade caso fique caracterizada a posse do estado de filho.

§ 2º. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação”.

131 Proposição sobre o art. 1.639, § 2º:

Proposta a seguinte redação ao § 2º do mencionado art. 1.639: “É inadmissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, salvo nas hipóteses específicas definidas no art. 1.641, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade”.

132 Proposição sobre o art. 1.647, inc. III, do novo Código Civil: OUTORGA CONJUGAL EM AVAL. Suprimir as expressões “ou aval” do inc. III do art. 1.647 do novo Código Civil.

Justificativa: Exigir anuência do cônjuge para a outorga de aval é afrontar a Lei Uniforme de Genebra e descaracterizar o instituto. Ademais, a celeridade indispensável para a circulação dos títulos de crédito é incompatível com essa exigência, pois não se pode esperar que, na celebração de um negócio corriqueiro, lastreado em cambial ou duplicata, seja necessário, para a obtenção de um aval, ir à busca do cônjuge e da certidão de seu casamento, determinadora do respectivo regime de bens.

133 Proposição sobre o art. 1.702:

Proposta: Alterar o dispositivo para: “Na separação judicial, sendo um dos cônjuges desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro pensão alimentícia nos termos do que houverem acordado ou do que vier a ser fixado judicialmente, obedecidos os critérios do art. 1.694”.

134 Proposição sobre o art. 1.704, *caput*:

Proposta: Alterar o dispositivo para: “Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos e não tiver parentes em condições de prestá-los nem aptidão para o trabalho, o ex-cônjuge será obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, em valor indispensável à sobrevivência”.

Revoga-se, por consequência, o parágrafo único do art. 1.704.

§ 2º. “Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação”.

135 Proposição sobre o art. 1.726:

Proposta: A união estável poderá converter-se em casamento mediante pedido dos companheiros perante o oficial do registro civil, ouvido o Ministério Público.

136 Proposição sobre o art. 1.736, inc. I:

Proposta: Revogar o dispositivo.

Justificativa: Não há qualquer justificativa de ordem legal a legitimar que mulheres casadas, apenas por essa condição, possam se escusar da tutela.

137 Proposição sobre o art. 2.044:

Proposta: Alteração do art. 2.044 para que o prazo da *vacatio legis* seja alterado de um para dois anos.

Justificativa: Impende apreender e aperfeiçoar o Código Civil brasileiro instituído por meio da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, tanto porque apresenta significativas alterações estruturais nas relações jurídicas interprivadas, quanto porque ainda revela necessidade de melhoria em numerosos dispositivos.

Propõe-se, por conseguinte, a ampliação do prazo contido no art. 2.044, a fim de que tais intentos sejam adequadamente levados a efeito. Far-se-á, com o lapso temporal bienal proposto, hermenêutica construtiva que, por certo, não apenas aprimorará o texto sancionado, como também propiciará à comunidade jurídica brasileira e aos destinatários da norma em geral o razoável conhecimento do novo Código, imprescindível para sua plena eficácia jurídica e social.

Atesta o imperativo de refinamento a existência do projeto de lei de autoria do relator geral do Código Civil na Câmara dos Deputados, reconhecendo a necessidade de alterar numerosos dispositivos.

Demais disso, é cabível remarcar que diplomas legais de relevo apresentam lapso temporal alargado de *vacatio legis*.

Sob o tempo útil proposto, restará ainda mais valorizado o papel decisivo da jurisprudência, evidenciando-se que, a rigor, um código não nasce pronto, a norma se faz código em processo de construção.

9 TEMAS OBJETO DE CONSIDERAÇÃO PELA COMISSÃO

A Comissão conheceu do tema suscitado quanto à indicada violação do princípio da bicameralidade, durante a tramitação do projeto do Código Civil em sua etapa final na Câmara dos Deputados, em face do art. 65 da Constituição Federal de 1988, tendo assentado que a matéria desborda, neste momento, do exame específico levado a efeito.

Pronunciamento: A Comissão subscreve o entendimento segundo o qual impende apreender e aperfeiçoar o Código Civil brasileiro instituído por meio da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, tanto porque apresenta alterações estruturais nas relações jurídicas interprivadas, quanto porque ainda revela necessidade de melhoria em numerosos dispositivos.

Manifesta preocupação com o prazo contido no art. 2.044, a fim de que tais intentos sejam adequadamente levados a efeito. Deve-se proceder a uma hermenêutica construtiva que, por certo, não apenas aprimorará o texto sancionado, como também propiciará à comunidade jurídica brasileira e aos destinatários da norma em geral um razoável conhecimento do novo Código, imprescindível para sua plena eficácia jurídica e social.

Demais disso, é cabível remarcar que diplomas legais de relevo apresentam lapso temporal alargado de *vacatio legis*.

A preocupação com a exiguidade da *vacatio* valoriza o papel decisivo da jurisprudência, evidenciando-se, a rigor, que um código não nasce pronto, a norma se faz código em contínuo processo de construção.

III JORNADA DE DIREITO CIVIL

I PARTE GERAL

- 138 Art. 3º: A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto.
- 139 Art. 11: Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes.
- 140 Art. 12: A primeira parte do art. 12 do Código Civil refere-se às técnicas de tutela específica, aplicáveis de ofício, enunciadas no art. 461 do Código de Processo Civil, devendo ser interpretada com resultado extensivo.
- 141 Art. 41: A remissão do art. 41, parágrafo único, do Código Civil às pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado”, diz respeito às fundações públicas e aos entes de fiscalização do exercício profissional.
- 142 Art. 44: Os partidos políticos, os sindicatos e as associações religiosas possuem natureza associativa, aplicando-se-lhes o Código Civil.
- 143 Art. 44: A liberdade de funcionamento das organizações religiosas não afasta o controle de legalidade e legitimidade constitucional de seu registro, nem a possibilidade de reexame, pelo Judiciário, da compatibilidade de seus atos com a lei e com seus estatutos.
- 144 Art. 44: A relação das pessoas jurídicas de direito privado constante do art. 44, incs. I a V, do Código Civil não é exaustiva.
- 145 Art. 47: O art. 47 não afasta a aplicação da teoria da aparência.
- 146 Art. 50: Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de descon sideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial). (Este Enunciado não prejudica o Enunciado n. 7)
- 147 Art. 66: A expressão “por mais de um Estado”, contida no § 2º do art. 66, não exclui o Distrito Federal e os Territórios. A atribuição de velar pelas fundações, prevista no art. 66 e seus parágrafos, ao MP local – isto é, dos Estados, DF e Territórios onde situadas – não exclui a necessidade de fiscalização de tais pessoas jurídicas pelo MPF, quando se tratar de fundações instituídas ou mantidas pela União, autarquia ou empresa pública federal, ou que destas recebam verbas, nos termos da Constituição, da LC n. 75/93 e da Lei de Improbidade.
- 148 Art. 156: Ao “estado de perigo” (art. 156) aplica-se, por analogia, o disposto no § 2º do art. 157.

- 149 Art. 157: Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do art. 157, § 2º, do Código Civil de 2002.
- 150 Art. 157: A lesão de que trata o art. 157 do Código Civil não exige dolo de aproveitamento.
- 151 Art. 158: O ajuizamento da ação pauliana pelo credor com garantia real (art. 158, § 1º) prescinde de prévio reconhecimento judicial da insuficiência da garantia.
- 152 Art. 167: Toda simulação, inclusive a inocente, é invalidante.
- 153 Art. 167: Na simulação relativa, o negócio simulado (aparente) é nulo, mas o dissimulado será válido se não ofender a lei nem causar prejuízos a terceiros.
- 154 Art. 194: O juiz deve suprir, de ofício, a alegação de prescrição em favor do absolutamente incapaz.
- 155 Art. 194: O art. 194 do Código Civil de 2002, ao permitir a declaração ex officio da prescrição de direitos patrimoniais em favor do absolutamente incapaz, derogou o disposto no § 5º do art. 219 do CPC.
- 156 Art. 198: Desde o termo inicial do desaparecimento, declarado em sentença, não corre a prescrição contra o ausente.
- 157 Art. 212: O termo “confissão” deve abarcar o conceito lato de depoimento pessoal, tendo em vista que este consiste em meio de prova de maior abrangência, plenamente admissível no ordenamento jurídico brasileiro.
- 158 Art. 215: A amplitude da noção de “prova plena” (isto é, “completa”) importa presunção relativa acerca dos elementos indicados nos incisos do § 1º, devendo ser conjugada com o disposto no parágrafo único do art. 219.

2 DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADE CIVIL

- 159 Art. 186: O dano moral, assim compreendido todo dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material.
- 160 Art. 243: A obrigação de creditar dinheiro em conta vinculada de FGTS é obrigação de dar, obrigação pecuniária, não afetando a natureza da obrigação a circunstância de a disponibilidade do dinheiro depender da ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 20 da Lei n. 8.036/90.
- 161 Arts. 389 e 404: Os honorários advocatícios previstos nos arts. 389 e 404 do Código Civil apenas têm cabimento quando ocorre a efetiva atuação profissional do advogado.
- 162 Art. 395: A inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a

manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor.

- 163 Art. 405: A regra do art. 405 do novo Código Civil aplica-se somente à responsabilidade contratual, e não aos juros moratórios na responsabilidade extracontratual, em face do disposto no art. 398 do novo Código Civil, não afastando, pois, o disposto na Súmula 54 do STJ.
- 164 Arts. 406, 2.044 e 2.045: Tendo início a mora do devedor ainda na vigência do Código Civil de 1916, são devidos juros de mora de 6% ao ano, até 10 de janeiro de 2003; a partir de 11 de janeiro de 2003 (data de entrada em vigor do novo Código Civil), passa a incidir o art. 406 do Código Civil de 2002.
- 165 Art. 413: Em caso de penalidade, aplica-se a regra do art. 413 ao sinal, sejam as arras confirmatórias ou penitenciais.
- 166 Arts. 421 e 422 ou 113: A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil.
- 167 Arts. 421 a 424: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.
- 168 Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação.
- 169 Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.
- 170 Art. 422: A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.
- 171 Art. 423: O contrato de adesão, mencionado nos arts. 423 e 424 do novo Código Civil, não se confunde com o contrato de consumo.
- 172 Art. 424: As cláusulas abusivas não ocorrem exclusivamente nas relações jurídicas de consumo. Dessa forma, é possível a identificação de cláusulas abusivas em contratos civis comuns, como, por exemplo, aquela estampada no art. 424 do Código Civil de 2002.
- 173 Art. 434: A formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes, por meio eletrônico, completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente.
- 174 Art. 445: Em se tratando de vício oculto, o adquirente tem os prazos do caput do art. 445 para obter redibição ou abatimento de preço, desde que os vícios se revelem nos prazos estabelecidos no § 1º, fluindo, entretanto, a partir do conhecimento do defeito.

- 175 Art. 478: A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz.
- 176 Art. 478: Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual.
- 177 Art. 496: Por erro de tramitação, que retirou a segunda hipótese de anulação de venda entre parentes (venda de descendente para ascendente), deve ser desconsiderada a expressão “em ambos os casos”, no parágrafo único do art. 496.
- 178 Art. 528: Na interpretação do art. 528, devem ser levadas em conta, após a expressão “a benefício de”, as palavras “seu crédito, excluída a concorrência de”, que foram omitidas por manifesto erro material.
- 179 Art. 572: A regra do art. 572 do novo Código Civil é aquela que atualmente complementa a norma do art. 4º, 2ª parte, da Lei n. 8.245/91 (Lei de Locações), balizando o controle da multa mediante a denúncia antecipada do contrato de locação pelo locatário durante o prazo ajustado. (Cancelado pelo Enunciado 357 – IV Jornada)
- 180 Arts. 575 e 582: A regra do parágrafo único do art. 575 do novo Código Civil, que autoriza a limitação pelo juiz do aluguel-pena arbitrado pelo locador, aplica-se também ao aluguel arbitrado pelo comodante, autorizado pelo art. 582, 2ª parte, do novo Código Civil.
- 181 Art. 618: O prazo referido no art. 618, parágrafo único, do Código Civil refere-se unicamente à garantia prevista no caput, sem prejuízo de poder o dono da obra, com base no mau cumprimento do contrato de empreitada, demandar perdas e danos.
- 182 Art. 655: O mandato outorgado por instrumento público previsto no art. 655 do Código Civil somente admite substabelecimento por instrumento particular quando a forma pública for facultativa e não integrar a substância do ato.
- 183 Arts. 660 e 661: Para os casos em que o parágrafo primeiro do art. 661 exige poderes especiais, a procuração deve conter a identificação do objeto.
- 184 Arts. 664 e 681: Da interpretação conjunta desses dispositivos, extrai-se que o mandatário tem o direito de reter, do objeto da operação que lhe foi cometida, tudo o que lhe for devido em virtude do mandato, incluindo-se a remuneração ajustada e o reembolso de despesas.
- 185 Art. 757: A disciplina dos seguros do Código Civil e as normas da previdência privada que impõem a contratação exclusivamente por meio de entidades legalmente autorizadas não impedem a formação de grupos restritos de ajuda mútua, caracterizados pela autogestão.
- 186 Art. 790: O companheiro deve ser considerado implicitamente incluído no rol das pessoas tratadas no art. 790, parágrafo único, por possuir interesse legítimo no seguro da pessoa do outro companheiro.

- 187 Art. 798: No contrato de seguro de vida, presume-se, de forma relativa, ser premeditado o suicídio cometido nos dois primeiros anos de vigência da cobertura, ressalvado ao beneficiário o ônus de demonstrar a ocorrência do chamado “suicídio involuntário”.
- 188 Art. 884: A existência de negócio jurídico válido e eficaz é, em regra, uma justa causa para o enriquecimento.
- 189 Art. 927: Na responsabilidade civil por dano moral causado à pessoa jurídica, o fato lesivo, como dano eventual, deve ser devidamente demonstrado.
- 190 Art. 931: A regra do art. 931 do novo Código Civil não afasta as normas acerca da responsabilidade pelo fato do produto previstas no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, que continuam mais favoráveis ao consumidor lesado.
- 191 Art. 932: A instituição hospitalar privada responde, na forma do art. 932, III, do Código Civil, pelos atos culposos praticados por médicos integrantes de seu corpo clínico.
- 192 Arts. 949 e 950: Os danos oriundos das situações previstas nos arts. 949 e 950 do Código Civil de 2002 devem ser analisados em conjunto, para o efeito de atribuir indenização por perdas e danos materiais, cumulada com dano moral e estético.

3 DIREITO DE EMPRESA

- 193 Art. 966: O exercício das atividades de natureza exclusivamente intelectual está excluído do conceito de empresa.
- 194 Art. 966: Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores de produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida.
- 195 Art. 966: A expressão “elemento de empresa” demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, como um dos fatores da organização empresarial.
- 196 Arts. 966 e 982: A sociedade de natureza simples não tem seu objeto restrito às atividades intelectuais.
- 197 Arts. 966, 967 e 972: A pessoa natural, maior de 16 e menor de 18 anos, é reputada empresário regular se satisfizer os requisitos dos arts. 966 e 967; todavia, não tem direito a concordata preventiva, por não exercer regularmente a atividade por mais de dois anos.
- 198 Art. 967: A inscrição do empresário na Junta Comercial não é requisito para a sua caracterização, admitindo-se o exercício da empresa sem tal providência. O empresário irregular reúne os requisitos do art. 966, sujeitando-se às normas do Código Civil e da legislação comercial, salvo naquilo em que forem incompatíveis com a sua condição ou diante de expressa disposição em contrário.

- 199 Art. 967: A inscrição do empresário ou sociedade empresária é requisito delineador de sua regularidade, e não de sua caracterização.
- 200 Art. 970: É possível a qualquer empresário individual, em situação regular, solicitar seu enquadramento como microempresário ou empresário de pequeno porte, observadas as exigências e restrições legais.
- 201 Arts. 971 e 984: O empresário rural e a sociedade empresária rural, inscritos no registro público de empresas mercantis, estão sujeitos à falência e podem requerer concordata.
- 202 Arts. 971 e 984: O registro do empresário ou sociedade rural na Junta Comercial é facultativo e de natureza constitutiva, sujeitando-o ao regime jurídico empresarial. É inaplicável esse regime ao empresário ou sociedade rural que não exercer tal opção.
- 203 Art. 974: O exercício da empresa por empresário incapaz, representado ou assistido, somente é possível nos casos de incapacidade superveniente ou incapacidade do sucessor na sucessão por morte.
- 204 Art. 977: A proibição de sociedade entre pessoas casadas sob o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória só atinge as sociedades constituídas após a vigência do Código Civil de 2002.
- 205 Art. 977: Adotar as seguintes interpretações ao art. 977: (1) a vedação à participação de cônjuges casados nas condições previstas no artigo refere-se unicamente a uma mesma sociedade; (2) o artigo abrange tanto a participação originária (na constituição da sociedade) quanto a derivada, isto é, fica vedado o ingresso de sócio casado em sociedade de que já participa o outro cônjuge.
- 206 Arts. 981, 983, 997, 1.006, 1.007 e 1.094: A contribuição do sócio exclusivamente em prestação de serviços é permitida nas sociedades cooperativas (art. 1.094, I) e nas sociedades simples propriamente ditas (art. 983, 2ª parte).
- 207 Art. 982: A natureza de sociedade simples da cooperativa, por força legal, não a impede de ser sócia de qualquer tipo societário, tampouco de praticar ato de empresa.
- 208 Arts. 983, 986 e 991: As normas do Código Civil para as sociedades em comum e em conta de participação são aplicáveis independentemente de a atividade dos sócios, ou do sócio ostensivo, ser ou não própria de empresário sujeito a registro (distinção feita pelo art. 982 do Código Civil entre sociedade simples e empresária).
- 209 Arts. 985, 986 e 1.150: O art. 986 deve ser interpretado em sintonia com os arts. 985 e 1.150, de modo a ser considerada em comum a sociedade que não tiver seu ato constitutivo inscrito no registro próprio ou em desacordo com as normas legais previstas para esse registro (art. 1.150), ressalvadas as hipóteses de registros efetuados de boa-fé.
- 210 Art. 988: O patrimônio especial a que se refere o art. 988 é aquele afetado ao exercício da atividade, garantidor de terceiro, e de titularidade dos sócios em comum, em face da ausência de personalidade jurídica.

- 211 Art. 989: Presume-se disjuntiva a administração dos sócios a que se refere o art. 989.
- 212 Art. 990: Embora a sociedade em comum não tenha personalidade jurídica, o sócio que tem seus bens constrictos por dívida contraída em favor da sociedade, e não participou do ato por meio do qual foi contraída a obrigação, tem o direito de indicar bens afetados às atividades empresariais para substituir a constrição.
- 213 Art. 997: O art. 997, inc. II, não exclui a possibilidade de sociedade simples utilizar firma ou razão social.
- 214 Arts. 997 e 1.054: As indicações contidas no art. 997 não são exaustivas, aplicando-se outras exigências contidas na legislação pertinente, para fins de registro.
- 215 Art. 998: A sede a que se refere o caput do art. 998 poderá ser a da administração ou a do estabelecimento onde se realizam as atividades sociais.
- 216 Arts. 999, 1.004 e 1.030: O quórum de deliberação previsto no art. 1.004, parágrafo único, e no art. 1.030 é de maioria absoluta do capital representado pelas quotas dos demais sócios, consoante a regra geral fixada no art. 999 para as deliberações na sociedade simples. Esse entendimento aplica-se ao art. 1.058 em caso de exclusão de sócio remisso ou redução do valor de sua quota ao montante já integralizado.
- 217 Arts. 1.010 e 1.053: Com a regência supletiva da sociedade limitada, pela lei das sociedades por ações, ao sócio que participar de deliberação na qual tenha interesse contrário ao da sociedade aplicar-se-á o disposto no art. 115, § 3º, da Lei n. 6.404/76. Nos demais casos, incide o art. 1.010, § 3º, se o voto proferido foi decisivo para a aprovação da deliberação, ou o art. 187 (abuso do direito), se o voto não tiver prevalecido.
- 218 Art. 1.011: Não são necessárias certidões de nenhuma espécie para comprovar os requisitos do art. 1.011 no ato de registro da sociedade, bastando declaração de desimpedimento.
- 219 Art. 1.015: Está positivada a teoria *ultra vires* no Direito brasileiro, com as seguintes ressalvas: (a) o ato *ultra vires* não produz efeito apenas em relação à sociedade; (b) sem embargo, a sociedade poderá, por meio de seu órgão deliberativo, ratificá-lo; (c) o Código Civil amenizou o rigor da teoria *ultra vires*, admitindo os poderes implícitos dos administradores para realizar negócios acessórios ou conexos ao objeto social, os quais não constituem operações evidentemente estranhas aos negócios da sociedade; (d) não se aplica o art. 1.015 às sociedades por ações, em virtude da existência de regra especial de responsabilidade dos administradores (art. 158, II, Lei n. 6.404/76).
- 220 Art. 1.016: É obrigatória a aplicação do art. 1.016 do Código Civil de 2002, que regula a responsabilidade dos administradores, a todas as sociedades limitadas, mesmo àquelas cujo contrato social preveja a aplicação supletiva das normas das sociedades anônimas.

- 221 Art. 1.028: Diante da possibilidade de o contrato social permitir o ingresso na sociedade do sucessor de sócio falecido, ou de os sócios acordarem com os herdeiros a substituição de sócio falecido, sem liquidação da quota em ambos os casos, é lícita a participação de menor em sociedade limitada, estando o capital integralizado, em virtude da inexistência de vedação no Código Civil.
- 222 Art. 1.053: Não se aplica o art. 997, V, à sociedade limitada na hipótese de regência supletiva pelas regras das sociedades simples.
- 223 Art. 1.053: O parágrafo único do art. 1.053 não significa a aplicação em bloco da Lei n. 6.404/76 ou das disposições sobre a sociedade simples. O contrato social pode adotar, nas omissões do Código sobre as sociedades limitadas, tanto as regras das sociedades simples quanto as das sociedades anônimas.
- 224 Art. 1.055: A solidariedade entre os sócios da sociedade limitada pela exata estimação dos bens conferidos ao capital social abrange os casos de constituição e aumento do capital e cessa após cinco anos da data do respectivo registro.
- 225 Art. 1.057: Sociedade limitada. Instrumento de cessão de quotas. Na omissão do contrato social, a cessão de quotas sociais de uma sociedade limitada pode ser feita por instrumento próprio, averbado no registro da sociedade, independentemente de alteração contratual, nos termos do art. 1.057 e parágrafo único do Código Civil.
- 226 Art. 1.074: A exigência da presença de três quartos do capital social, como quórum mínimo de instalação em primeira convocação, pode ser alterada pelo contrato de sociedade limitada com até dez sócios, quando as deliberações sociais obedecerem à forma de reunião, sem prejuízo da observância das regras do art. 1.076 referentes ao quórum de deliberação.
- 227 Art. 1.076 c/c 1.071: O quórum mínimo para a deliberação da cisão da sociedade limitada é de três quartos do capital social.
- 228 Art. 1.078: As sociedades limitadas estão dispensadas da publicação das demonstrações financeiras a que se refere o § 3º do art. 1.078. Naquelas de até dez sócios, a deliberação de que trata o art. 1.078 pode dar-se na forma dos §§ 2º e 3º do art. 1.072, e a qualquer tempo, desde que haja previsão contratual nesse sentido.
- 229 Art. 1.080: A responsabilidade ilimitada dos sócios pelas deliberações infringentes da lei ou do contrato torna desnecessária a desconsideração da personalidade jurídica, por não constituir a autonomia patrimonial da pessoa jurídica escudo para a responsabilização pessoal e direta.
- 230 Art. 1.089: A fusão e a incorporação de sociedade anônima continuam reguladas pelas normas previstas na Lei n. 6.404/76, não revogadas pelo Código Civil (art. 1.089), quanto a esse tipo societário.
- 231 Arts. 1.116 a 1.122: A cisão de sociedades continua disciplinada na Lei n. 6.404/76, aplicável a todos os tipos societários, inclusive no que se refere aos direitos dos credores. Interpretação dos arts. 1.116 a 1.122 do Código Civil.

- 232 Arts. 1.116, 1.117 e 1.120: Nas fusões e incorporações entre sociedades reguladas pelo Código Civil, é facultativa a elaboração de protocolo firmado pelos sócios ou administradores das sociedades; havendo sociedade anônima ou comandita por ações envolvida na operação, a obrigatoriedade do protocolo e da justificação somente a ela se aplica.
- 233 Art. 1.142: A sistemática do contrato de trespasse delineada pelo Código Civil nos arts. 1.142 e ss., especialmente seus efeitos obrigacionais, aplica-se somente quando o conjunto de bens transferidos importar a transmissão da funcionalidade do estabelecimento empresarial.
- 234 Art. 1.148: Quando do trespasse do estabelecimento empresarial, o contrato de locação do respectivo ponto não se transmite automaticamente ao adquirente. Fica cancelado o Enunciado n. 64.
- 235 Art. 1.179: O pequeno empresário, dispensado da escrituração, é aquele previsto na Lei n. 9.841/99. Fica cancelado o Enunciado n. 56.

4 DIREITO DAS COISAS

- 236 Arts. 1.196, 1.205 e 1.212: Considera-se possuidor, para todos os efeitos legais, também a coletividade desprovida de personalidade jurídica.
- 237 Art. 1.203: É cabível a modificação do título da posse – *interversio possessionis* – na hipótese em que o até então possuidor direto demonstrar ato exterior e inequívoco de oposição ao antigo possuidor indireto, tendo por efeito a caracterização do *animus domini*.
- 238 Art. 1.210: Ainda que a ação possessória seja intentada além de “ano e dia” da turbação ou esbulho, e, em razão disso, tenha seu trâmite regido pelo procedimento ordinário (CPC, art. 924), nada impede que o juiz conceda a tutela possessória liminarmente, mediante antecipação de tutela, desde que presentes os requisitos autorizadores do art. 273, I ou II, bem como aqueles previstos no art. 461-A e parágrafos, todos do Código de Processo Civil.
- 239 Art. 1.210: Na falta de demonstração inequívoca de posse que atenda à função social, deve-se utilizar a noção de “melhor posse”, com base nos critérios previstos no parágrafo único do art. 507 do Código Civil/1916.
- 240 Art. 1.228: A justa indenização a que alude o § 5º do art. 1.228 não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada no mercado imobiliário, sendo indevidos os juros compensatórios.
- 241 Art. 1.228: O registro da sentença em ação reivindicatória, que opera a transferência da propriedade para o nome dos possuidores, com fundamento no interesse social (art. 1.228, § 5º), é condicionada ao pagamento da respectiva indenização, cujo prazo será fixado pelo juiz.

- 242 Art. 1.276: A aplicação do art. 1.276 depende do devido processo legal, em que seja assegurado ao interessado demonstrar a não-cessação da posse.
- 243 Art. 1.276: A presunção de que trata o § 2º do art. 1.276 não pode ser interpretada de modo a contrariar a norma-princípio do art. 150, inc. IV, da Constituição da República.
- 244 Art. 1.291: O art. 1.291 deve ser interpretado conforme a Constituição, não sendo facultada a poluição das águas, quer sejam essenciais ou não às primeiras necessidades da vida.
- 245 Art. 1.293: Embora omissis acerca da possibilidade de canalização forçada de águas por prédios alheios, para fins industriais ou agrícolas, o art. 1.293 não exclui a possibilidade da canalização forçada pelo vizinho, com prévia indenização aos proprietários prejudicados.
- 246 Art. 1.331: Fica alterado o Enunciado n. 90, com supressão da parte final: “nas relações jurídicas inerentes às atividades de seu peculiar interesse”. Prevalece o texto: “Deve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio edilício”.
- 247 Art. 1.331: No condomínio edilício é possível a utilização exclusiva de área “comum” que, pelas próprias características da edificação, não se preste ao “uso comum” dos demais condôminos.
- 248 Art.: 1.334, V: O quórum para alteração do regimento interno do condomínio edilício pode ser livremente fixado na convenção.
- 249 Art. 1.369: A propriedade superficiária pode ser autonomamente objeto de direitos reais de gozo e garantia, cujo prazo não exceda a duração da concessão da superfície, não se lhe aplicando o art. 1.474.
- 250 Art. 1.369: Admite-se a constituição do direito de superfície por cisão.
- 251 Art. 1.379: O prazo máximo para o usucapião extraordinário de servidões deve ser de 15 anos, em conformidade com o sistema geral de usucapião previsto no Código Civil.
- 252 Art. 1.410: A extinção do usufruto pelo não-uso, de que trata o art. 1.410, inc. VIII, independe do prazo previsto no art. 1.389, inc. III,
- 253 – Art. 1.417: O promitente comprador, titular de direito real (art. 1.417), tem a faculdade de reivindicar de terceiro o imóvel prometido a venda.

5 DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

- 254 Art. 1.573: Formulado o pedido de separação judicial com fundamento na culpa (art. 1.572 e/ou art. 1.573 e incisos), o juiz poderá decretar a separação do casal diante da constatação da insubsistência da comunhão plena de vida (art. 1.511) – que caracteriza hipótese de “outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum” – sem atribuir culpa a nenhum dos cônjuges.

- 255 Art. 1.575: Não é obrigatória a partilha de bens na separação judicial.
- 256 Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.
- 257 Art. 1.597: As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial”, constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição.
- 258 Arts. 1.597 e 1.601: Não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta.
- 259 Art. 1.621: A revogação do consentimento não impede, por si só, a adoção, observado o melhor interesse do adotando.
- 260 Arts. 1.639, § 2º, e 2.039: A alteração do regime de bens prevista no § 2º do art. 1.639 do Código Civil também é permitida nos casamentos realizados na vigência da legislação anterior.
- 261 Art. 1.641: A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade.
- 262 Arts. 1.641 e 1.639: A obrigatoriedade da separação de bens nas hipóteses previstas nos incs. I e III do art. 1.641 do Código Civil não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs.
- 263 Art. 1.707: O art. 1.707 do Código Civil não impede seja reconhecida válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião do divórcio (direto ou indireto) ou da dissolução da “união estável”. A irrenunciabilidade do direito a alimentos somente é admitida enquanto subsistir vínculo de Direito de Família.
- 264 Art. 1.708: Na interpretação do que seja procedimento indigno do credor, apto a fazer cessar o direito a alimentos, aplicam-se, por analogia, as hipóteses dos incs. I e II do art. 1.814 do Código Civil.
- 265 Art. 1.708: Na hipótese de concubinato, haverá necessidade de demonstração da assistência material prestada pelo concubino a quem o credor de alimentos se uniu.
- 266 Art. 1.790: Aplica-se o inc. I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns.
- 267 Art. 1.798: A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.

- 268 Art. 1.799: Nos termos do inc. I do art. 1.799, pode o testador beneficiar filhos de determinada origem, não devendo ser interpretada extensivamente a cláusula testamentária respectiva.
- 269 Art. 1.801: A vedação do art. 1.801, inc. III, do Código Civil não se aplica à união estável, independentemente do período de separação de fato (art. 1.723, § 1º).
- 270 Art. 1.829: O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.
- 271 Art. 1.831: O cônjuge pode renunciar ao direito real de habitação nos autos do inventário ou por escritura pública, sem prejuízo de sua participação na herança.

IV JORNADA DE DIREITO CIVIL

I PARTE GERAL

- 272 Art. 10: Não é admitida em nosso ordenamento jurídico a adoção por ato extrajudicial, sendo indispensável a atuação jurisdicional, inclusive para a adoção de maiores de dezoito anos.
- 273 Art. 10: Tanto na adoção bilateral quanto na unilateral, quando não se preserva o vínculo com qualquer dos genitores originários, deverá ser averbado o cancelamento do registro originário de nascimento do adotado, lavrando-se novo registro. Sendo unilateral a adoção, e sempre que se preserve o vínculo originário com um dos genitores, deverá ser averbada a substituição do nome do pai ou mãe naturais pelo nome do pai ou mãe adotivos.
- 274 Art. 11: Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.
- 275 Arts. 12 e 20: O rol dos legitimados de que tratam os arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, do Código Civil também compreende o companheiro.
- 276 Art. 13: O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil.
- 277 Art. 14: O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador.
- 278 Art. 18: A publicidade que divulgar, sem autorização, qualidades inerentes a determinada pessoa, ainda que sem mencionar seu nome, mas sendo capaz de identificá-la, constitui violação a direito da personalidade.
- 279 Art. 20: A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.

- 280 Arts. 44, 57 e 60: Por força do art. 44, § 2º, consideram-se aplicáveis às sociedades reguladas pelo Livro II da Parte Especial, exceto às limitadas, os arts. 57 e 60, nos seguintes termos: a) em havendo previsão contratual, é possível aos sócios deliberar a exclusão de sócio por justa causa, pela via extrajudicial, cabendo ao contrato disciplinar o procedimento de exclusão, assegurado o direito de defesa, por aplicação analógica do art. 1.085; b) as deliberações sociais poderão ser convocadas por iniciativa de sócios que representem 1/5 (um quinto) do capital social, na omissão do contrato. A mesma regra aplica-se na hipótese de criação, pelo contrato, de outros órgãos de deliberação colegiada.
- 281 Art. 50: A aplicação da teoria da desconsideração, descrita no art. 50 do Código Civil, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica.
- 282 Art. 50: O encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso da personalidade jurídica.
- 283 Art. 50: É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada “inversa” para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros.
- 284 Art. 50: As pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos ou de fins não-econômicos estão abrangidas no conceito de abuso da personalidade jurídica.
- 285 Art. 50: A teoria da desconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica, em seu favor.
- 286 Art. 52: Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos.
- 287 Art. 98: O critério da classificação de bens indicado no art. 98 do Código Civil não exaure a enumeração dos bens públicos, podendo ainda ser classificado como tal o bem pertencente a pessoa jurídica de direito privado que esteja afetado à prestação de serviços públicos.
- 288 Arts. 90 e 91: A pertinência subjetiva não constitui requisito imprescindível para a configuração das universalidades de fato e de direito.
- 289 Art. 108: O valor de 30 salários mínimos constante no art. 108 do Código Civil brasileiro, em referência à forma pública ou particular dos negócios jurídicos que envolvam bens imóveis, é o atribuído pelas partes contratantes, e não qualquer outro valor arbitrado pela Administração Pública com finalidade tributária.
- 290 Art. 157: A lesão acarretará a anulação do negócio jurídico quando verificada, na formação deste, a desproporção manifesta entre as prestações assumidas pelas partes, não se presumindo a premente necessidade ou a inexperiência do lesado.
- 291 Art. 157: Nas hipóteses de lesão previstas no art. 157 do Código Civil, pode o lesionado optar por não pleitear a anulação do negócio jurídico, deduzindo, desde logo, pretensão

com vista à revisão judicial do negócio por meio da redução do proveito do lesionador ou do complemento do preço.

- 292 Art. 158: Para os efeitos do art. 158, § 2º, a anterioridade do crédito é determinada pela causa que lhe dá origem, independentemente de seu reconhecimento por decisão judicial.
- 293 Art. 167: Na simulação relativa, o aproveitamento do negócio jurídico dissimulado não decorre tão-somente do afastamento do negócio jurídico simulado, mas do necessário preenchimento de todos os requisitos substanciais e formais de validade daquele.
- 294 Arts. 167 e 168: Sendo a simulação uma causa de nulidade do negócio jurídico, pode ser alegada por uma das partes contra a outra.
- 295 Art. 191: A revogação do art. 194 do Código Civil pela Lei n. 11.280/2006, que determina ao juiz o reconhecimento de ofício da prescrição, não retira do devedor a possibilidade de renúncia admitida no art. 191 do texto codificado.
- 296 Art. 197: Não corre a prescrição entre os companheiros, na constância da união estável.
- 297 Art. 212: O documento eletrônico tem valor probante, desde que seja apto a conservar a integridade de seu conteúdo e idôneo a apontar sua autoria, independentemente da tecnologia empregada.
- 298 Arts. 212 e 225: Os arquivos eletrônicos incluem-se no conceito de “reproduções eletrônicas de fatos ou de coisas” do art. 225 do Código Civil, aos quais deve ser aplicado o regime jurídico da prova documental.
- 299 Art. 2.028: Iniciada a contagem de determinado prazo sob a égide do Código Civil de 1916, e vindo a lei nova a reduzi-lo, prevalecerá o prazo antigo, desde que transcorrido mais de metade deste na data da entrada em vigor do novo Código. O novo prazo será contado a partir de 11 de janeiro de 2003, desprezando-se o tempo anteriormente decorrido, salvo quando o não-aproveitamento do prazo já vencido implicar aumento do prazo prescricional previsto na lei revogada, hipótese em que deve ser aproveitado o prazo já transcorrido durante o domínio da lei antiga, estabelecendo-se uma continuidade temporal.
- 300 Art. 2.035: A lei aplicável aos efeitos atuais dos contratos celebrados antes do novo Código Civil será a vigente na época da celebração; todavia, havendo alteração legislativa que evidencie anacronismo da lei revogada, o juiz equilibrará as obrigações das partes contratantes, ponderando os interesses traduzidos pelas regras revogada e revogadora, bem como a natureza e a finalidade do negócio.

2 DIREITO DAS COISAS

- 301 Art. 1.198, c/c o art.1.204: É possível a conversão da detenção em posse, desde que rompida a subordinação, na hipótese de exercício em nome próprio dos atos possessórios.

- 302 Arts. 1.200 e 1.214: Pode ser considerado justo título para a posse de boa-fé o ato jurídico capaz de transmitir a posse ad usucapionem, observado o disposto no art. 113 do Código Civil.
- 303 Art. 1.201: Considera-se justo título, para a presunção relativa da boa-fé do possuidor, o justo motivo que lhe autoriza a aquisição derivada da posse, esteja ou não materializado em instrumento público ou particular. Compreensão na perspectiva da função social da posse.
- 304 Art. 1.228: São aplicáveis as disposições dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil às ações reivindicatórias relativas a bens públicos dominicais, mantido, parcialmente, o Enunciado 83 da I Jornada de Direito Civil, no que concerne às demais classificações dos bens públicos.
- 305 Art. 1.228: Tendo em vista as disposições dos §§ 3º e 4º do art. 1.228 do Código Civil, o Ministério Público tem o poder-dever de atuar nas hipóteses de desapropriação, inclusive a indireta, que encerrem relevante interesse público, determinado pela natureza dos bens jurídicos envolvidos.
- 306 Art. 1.228: A situação descrita no § 4º do art. 1.228 do Código Civil enseja a improcedência do pedido reivindicatório.
- 307 Art. 1.228: Na desapropriação judicial (art. 1.228, § 4º), poderá o juiz determinar a intervenção dos órgãos públicos competentes para o licenciamento ambiental e urbanístico.
- 308 Art. 1.228: A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, § 5º) somente deverá ser suportada pela Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do Enunciado 84 da I Jornada de Direito Civil.
- 309 Art. 1.228: O conceito de posse de boa-fé de que trata o art. 1.201 do Código Civil não se aplica ao instituto previsto no § 4º do art. 1.228.
- 310 Art. 1.228: Interpreta-se extensivamente a expressão “imóvel reivindicado” (art. 1.228, § 4º), abrangendo pretensões tanto no juízo petitório quanto no possessório.
- 311 Caso não seja pago o preço fixado para a desapropriação judicial, e ultrapassado o prazo prescricional para se exigir o crédito correspondente, estará autorizada a expedição de mandado para registro da propriedade em favor dos possuidores.
- 312 Art. 1.239: Observado o teto constitucional, a fixação da área máxima para fins de usucapião especial rural levará em consideração o módulo rural e a atividade agrária regionalizada.
- 313 Arts. 1.239 e 1.240: Quando a posse ocorre sobre área superior aos limites legais, não é possível a aquisição pela via da usucapião especial, ainda que o pedido restrinja a dimensão do que se quer usucapir.

- 314 Art. 1.240: Para os efeitos do art. 1.240, não se deve computar, para fins de limite de metragem máxima, a extensão compreendida pela fração ideal correspondente à área comum.
- 315 Art. 1.241: O art. 1.241 do Código Civil permite ao possuidor que figurar como réu em ação reivindicatória ou possessória formular pedido contraposto e postular ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel, valendo a sentença como instrumento para registro imobiliário, ressalvados eventuais interesses de confinantes e terceiros.
- 316 Art. 1.276: Eventual ação judicial de abandono de imóvel, caso procedente, impede o sucesso de demanda petítória.
- 317 Art. 1.243: A *accessio possessionis* de que trata o art. 1.243, primeira parte, do Código Civil não encontra aplicabilidade relativamente aos arts. 1.239 e 1.240 do mesmo diploma legal, em face da normatividade do usucapião constitucional urbano e rural, arts. 183 e 191, respectivamente.
- 318 Art. 1.258: O direito à aquisição da propriedade do solo em favor do construtor de má-fé (art. 1.258, parágrafo único) somente é viável quando, além dos requisitos explícitos previstos em lei, houver necessidade de proteger terceiros de boa-fé.
- 319 Art. 1.277: A condução e a solução das causas envolvendo conflitos de vizinhança devem guardar estreita sintonia com os princípios constitucionais da intimidade, da inviolabilidade da vida privada e da proteção ao meio ambiente.
- 320 Arts. 1.338 e 1.331: O direito de preferência de que trata o art. 1.338 deve ser assegurado não apenas nos casos de locação, mas também na hipótese de venda da garagem.
- 321 Art. 1.369: Os direitos e obrigações vinculados ao terreno e, bem assim, aqueles vinculados à construção ou à plantação formam patrimônios distintos e autônomos, respondendo cada um de seus titulares exclusivamente por suas próprias dívidas e obrigações, ressalvadas as fiscais decorrentes do imóvel.
- 322 Art. 1.376: O momento da desapropriação e as condições da concessão superficiária serão considerados para fins da divisão do montante indenizatório (art. 1.376), constituindo-se litisconsórcio passivo necessário simples entre proprietário e superficiário.
- 323 É dispensável a anuência dos adquirentes de unidades imobiliárias no “termo de afetação” da incorporação imobiliária.
- 324 É possível a averbação do termo de afetação de incorporação imobiliária (Lei n. 4.591/64, art. 31b) a qualquer tempo, na matrícula do terreno, mesmo antes do registro do respectivo Memorial de Incorporação no Registro de Imóveis.
- 325 É impenhorável, nos termos da Lei n. 8.009/90, o direito real de aquisição do devedor fiduciante.

2.1 PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS

- 326 Propõe-se a alteração do art. 31a da Lei n. 4.591/64, que passaria a ter a seguinte redação: “Art. 31a: O terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes”.
- 327 Suprima-se o art. 9º da Lei n. 10.931/2004. (Unânime)
- 328 Propõe-se a supressão do inciso V do art. 1.334 do Código Civil.

3 DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

- 329 Art. 1.520: A permissão para casamento fora da idade núbil merece interpretação orientada pela dimensão substancial do princípio da igualdade jurídica, ética e moral entre o homem e a mulher, evitando-se, sem prejuízo do respeito à diferença, tratamento discriminatório.
- 330 Art. 1.524: As causas suspensivas da celebração do casamento poderão ser arguidas inclusive pelos parentes em linha reta de um dos nubentes e pelos colaterais em segundo grau, por vínculo decorrente de parentesco civil.
- 331 Art. 1.639: O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial.
- 332 Art. 1.548: A hipótese de nulidade prevista no inc. I do art. 1.548 do Código Civil se restringe ao casamento realizado por enfermo mental absolutamente incapaz, nos termos do inc. II do art. 3º do Código Civil.
- 333 Arts. 1.584 e 1.589: O direito de visita pode ser estendido aos avós e a pessoas com as quais a criança ou o adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse.
- 334 Art. 1.584: A guarda de fato pode ser reputada como consolidada diante da estabilidade da convivência familiar entre a criança ou o adolescente e o terceiro guardião, desde que seja atendido o princípio do melhor interesse.
- 335 Art. 1.636: A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar.
- 336 Art. 1.584: O parágrafo único do art. 1.584 aplica-se também aos filhos advindos de qualquer forma de família.

- 337 Art. 1.588: O fato de o pai ou a mãe constituírem nova união não repercute no direito de terem os filhos do leito anterior em sua companhia, salvo quando houver comprometimento da sadia formação e do integral desenvolvimento da personalidade destes.
- 338 Art. 1.588: A cláusula de não-tratamento conveniente para a perda da guarda dirige-se a todos os que integram, de modo direto ou reflexo, as novas relações familiares.
- 339 A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho.
- 340 Art. 1.665: No regime da comunhão parcial de bens é sempre indispensável a autorização do cônjuge, ou seu suprimento judicial, para atos de disposição sobre bens imóveis.
- 341 Art. 1.696: Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar.
- 342 Art. 1.695: Observadas suas condições pessoais e sociais, os avós somente serão obrigados a prestar alimentos aos netos em caráter exclusivo, sucessivo, complementar e não-solidário quando os pais destes estiverem impossibilitados de fazê-lo, caso em que as necessidades básicas dos alimentandos serão aferidas, prioritariamente, segundo o nível econômico-financeiro de seus genitores.
- 343 Art. 1.700: A transmissibilidade da obrigação alimentar é limitada às forças da herança.
- 344 Art. 1.701: A obrigação alimentar originada do poder familiar, especialmente para atender às necessidades educacionais, pode não cessar com a maioridade.
- 345 Art. 1.708: O “procedimento indigno” do credor em relação ao devedor, previsto no parágrafo único do art. 1.708 do Código Civil, pode ensejar a exoneração ou apenas a redução do valor da pensão alimentícia para quantia indispensável à sobrevivência do credor.
- 346 Art. 1.725: Na união estável o regime patrimonial obedecerá à norma vigente no momento da aquisição de cada bem, salvo contrato escrito.

4 DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADE CIVIL

- 347 Art. 266: A solidariedade admite outras disposições de conteúdo particular além do rol previsto no art. 266 do Código Civil.
- 348 Arts. 275/282: O pagamento parcial não implica, por si só, renúncia à solidariedade, a qual deve derivar dos termos expressos da quitação ou, inequivocamente, das circunstâncias do recebimento da prestação pelo credor.
- 349 Art. 282: Com a renúncia à solidariedade quanto a apenas um dos devedores solidários, o credor só poderá cobrar do beneficiado a sua quota na dívida, permanecendo a

solidariedade quanto aos demais devedores, abatida do débito a parte correspondente aos beneficiados pela renúncia.

- 350 Art. 284: A renúncia à solidariedade diferencia-se da remissão, em que o devedor fica inteiramente liberado do vínculo obrigacional, inclusive no que tange ao rateio da quota do eventual co-devedor insolvente, nos termos do art. 284.
- 351 Art. 282: A renúncia à solidariedade em favor de determinado devedor afasta a hipótese de seu chamamento ao processo.
- 352 Art. 300: Salvo expressa concordância dos terceiros, as garantias por eles prestadas se extinguem com a assunção da dívida; já as garantias prestadas pelo devedor primitivo somente serão mantidas se este concordar com a assunção.
- 353 Art. 303: A recusa do credor, quando notificado pelo adquirente de imóvel hipotecado comunicando-lhe o interesse em assumir a obrigação, deve ser justificada.
- 354 Arts. 395, 396 e 408: A cobrança de encargos e parcelas indevidas ou abusivas impede a caracterização da mora do devedor.
- 355 Art. 413: Não podem as partes renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, por se tratar de preceito de ordem pública.
- 356 Art. 413: Nas hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício.
- 357 Art. 413: O art. 413 do Código Civil é o que complementa o art. 4º da Lei n. 8.245/91. Revogado o Enunciado 179 da III Jornada.
- 358 Art. 413: O caráter manifestamente excessivo do valor da cláusula penal não se confunde com a alteração das circunstâncias, a excessiva onerosidade e a frustração do fim do negócio jurídico, que podem incidir autonomamente e possibilitar sua revisão para mais ou para menos.
- 359 Art. 413: A redação do art. 413 do Código Civil não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido.
- 360 Art. 421: O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes.
- 361 Arts. 421, 422 e 475: O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475.
- 362 Art. 422: A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil.
- 363 Art. 422: Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, sendo obrigação da parte lesada apenas demonstrar a existência da violação.

- 364 Arts. 424 e 828: No contrato de fiança é nula a cláusula de renúncia antecipada ao benefício de ordem quando inserida em contrato de adesão.
- 365 Art. 478. A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração das circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena.
- 366 Art. 478: O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação.
- 367 Art. 479: Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada sua vontade e observado o contraditório.
- 368 Art. 496: O prazo para anular venda de ascendente para descendente é decadencial de dois anos (art. 179 do Código Civil).
- 369 Arts. 732 e 735: Diante do preceito constante no art. 732 do Código Civil, teleologicamente e em uma visão constitucional de unidade do sistema, quando o contrato de transporte constituir uma relação de consumo, aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor que forem mais benéficas a este.
- 370 Art. 757: Nos contratos de seguro por adesão, os riscos predeterminados indicados no art. 757, parte final, devem ser interpretados de acordo com os arts. 421, 422, 424, 759 e 799 do Código Civil e 1º, inc. III, da Constituição Federal.
- 371 Art. 763: A mora do segurado, sendo de escassa importância, não autoriza a resolução do contrato, por atentar ao princípio da boa-fé objetiva.
- 372 Art. 766: Em caso de negativa de cobertura securitária por doença preexistente, cabe à seguradora comprovar que o segurado tinha conhecimento inequívoco daquela.
- 373 Art. 787: Embora sejam desfeitos pelo § 2º do art. 787 do Código Civil, o reconhecimento da responsabilidade, a confissão da ação ou a transação não retiram do segurado o direito à garantia, sendo apenas ineficazes perante a seguradora.
- 374 Arts. 792 e 795: No contrato de seguro, o juiz deve proceder com equidade, atentando às circunstâncias reais, e não a probabilidades infundadas, quanto à agravação dos riscos.
- 375 Art. 801: No seguro em grupo de pessoas, exige-se o quórum qualificado de 3/4 do grupo, previsto no § 2º do art. 801 do Código Civil, apenas quando as modificações impuserem novos ônus aos participantes ou restringirem seus direitos na apólice em vigor.
- 376 Art. 763: Para efeito de aplicação do art. 763 do Código Civil, a resolução do contrato depende de prévia interpelação.
- 377 Art. 927: O art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição Federal não é impedimento para a aplicação do disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil quando se tratar de atividade de risco.

- 378 Art. 931: Aplica-se o art. 931 do Código Civil, haja ou não relação de consumo.
- 379 Art. 944: O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.
- 380 Art. 944: Atribui-se nova redação ao Enunciado n. 46 da I Jornada de Direito Civil, pela supressão da parte final: não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.
- 381 Art. 950, parágrafo único: O lesado pode exigir que a indenização sob a forma de pensionamento seja arbitrada e paga de uma só vez, salvo impossibilidade econômica do devedor, caso em que o juiz poderá fixar outra forma de pagamento, atendendo à condição financeira do ofensor e aos benefícios resultantes do pagamento antecipado.

5 DIREITO DE EMPRESA

- 382 Art. 983: Nas sociedades, o registro observa a natureza da atividade (empresarial ou não – art. 966); as demais questões seguem as normas pertinentes ao tipo societário adotado (art. 983). São exceções as sociedades por ações e as cooperativas (art. 982, parágrafo único).
- 383 Art. 997: A falta de registro do contrato social (irregularidade originária – art. 998) ou de alteração contratual versando sobre matéria referida no art. 997 (irregularidade superveniente – art. 999, parágrafo único) conduz à aplicação das regras da sociedade em comum (art. 986).
- 384 Art. 999: Nas sociedades personificadas previstas no Código Civil, exceto a cooperativa, é admissível o acordo de sócios, por aplicação analógica das normas relativas às sociedades por ações pertinentes ao acordo de acionistas.
- 385 Art. 999: A unanimidade exigida para a modificação do contrato social somente alcança as matérias referidas no art. 997, prevalecendo, nos demais casos de deliberação dos sócios, a maioria absoluta, se outra mais qualificada não for prevista no contrato.
- 386 Na apuração dos haveres do sócio devedor, por consequência da liquidação de suas quotas na sociedade para pagamento ao seu credor (art. 1.026, parágrafo único), não devem ser consideradas eventuais disposições contratuais restritivas à determinação de seu valor.
- 387 Art. 1.026: A opção entre fazer a execução recair sobre o que ao sócio couber no lucro da sociedade ou sobre a parte que lhe tocar em dissolução orienta-se pelos princípios da menor onerosidade e da função social da empresa.
- 388 Art. 1.026: O disposto no art. 1.026 do Código Civil não exclui a possibilidade de o credor fazer recair a execução sobre os direitos patrimoniais da quota de participação que o devedor possui no capital da sociedade.

- 389 Art. 1.026: Quando se tratar de sócio de serviço, não poderá haver penhora das verbas descritas no art. 1026, se de caráter alimentar.
- 390 Art. 1.029: Em regra, é livre a retirada de sócio nas sociedades limitadas e anônimas fechadas, por prazo indeterminado, desde que tenham integralizado a respectiva parcela do capital, operando-se a denúncia (arts. 473 e 1.029).
- 391 Arts. 1.031, 1.057 e 1.058: A sociedade limitada pode adquirir suas próprias quotas, observadas as condições estabelecidas na Lei das Sociedades por Ações.
- 392 Art. 1.077: Nas hipóteses do art. 1.077 do Código Civil, cabe aos sócios delimitar seus contornos para compatibilizá-los com os princípios da preservação e da função social da empresa, aplicando-se, supletiva (art. 1.053, parágrafo único) ou analogicamente (art. 4º da LICC), o art. 137, § 3º, da Lei das Sociedades por Ações, para permitir a reconsideração da deliberação que autorizou a retirada do sócio dissidente.
- 393 Art. 1.143: A validade da alienação do estabelecimento empresarial não depende de forma específica, observado o regime jurídico dos bens que a exijam.
- 394 Art. 2.031: Ainda que não promovida a adequação do contrato social no prazo previsto no art. 2.031 do Código Civil, as sociedades não perdem a personalidade jurídica adquirida antes de seu advento.
- 395 Art. 2.031: A sociedade registrada antes da vigência do Código Civil não está obrigada a adaptar seu nome às novas disposições.
- 396 Art. 2.035: A capacidade para contratar a constituição da sociedade submete-se à lei vigente no momento do registro.

V JORNADA DE DIREITO CIVIL

PARTE GERAL

- 397 Art. 5º: A emancipação por concessão dos pais ou por sentença do juiz está sujeita à desconstituição por vício de vontade.
- 398 Art. 12, parágrafo único: As medidas previstas no art. 12, parágrafo único, do Código Civil podem ser invocadas por qualquer uma das pessoas ali mencionadas de forma concorrente e autônoma.
- 399 Arts. 12, parágrafo único e 20, parágrafo único: Os poderes conferidos aos legitimados para a tutela *post mortem* dos direitos da personalidade, nos termos dos arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, do CC, não compreendem a faculdade de limitação voluntária.
- 400 Arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único: Os parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 asseguram legitimidade, por direito próprio, aos parentes, cônjuge ou companheiro para a tutela contra lesão perpetrada *post mortem*.
- 401 Art. 13: Não contraria os bons costumes a cessão gratuita de direitos de uso de material biológico para fins de pesquisa científica, desde que a manifestação de vontade tenha sido livre, esclarecida e puder ser revogada a qualquer tempo, conforme as normas éticas que regem a pesquisa científica e o respeito aos direitos fundamentais.
- 402 Art. 14, parágrafo único: O art. 14, parágrafo único, do Código Civil, fundado no consentimento informado, não dispensa o consentimento dos adolescentes para a doação de medula óssea prevista no art. 9º, § 6º, da Lei n. 9.434/1997 por aplicação analógica dos arts. 28, § 2º (alterado pela Lei n. 12.010/2009), e 45, § 2º, do ECA.
- 403 Art. 15: O Direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5º, VI, da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante.
- 404 Art. 21: A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas.
- 405 Art. 21: As informações genéticas são parte da vida privada e não podem ser utilizadas para fins diversos daqueles que motivaram seu armazenamento, registro ou uso, salvo com autorização do titular.

- 406 Art. 50: A desconsideração da personalidade jurídica alcança os grupos de sociedade quando estiverem presentes os pressupostos do art. 50 do Código Civil e houver prejuízo para os credores até o limite transferido entre as sociedades.
- 407 Art. 61: A obrigatoriedade de destinação do patrimônio líquido remanescente da associação à instituição municipal, estadual ou federal de fins idênticos ou semelhantes, em face da omissão do estatuto, possui caráter subsidiário, devendo prevalecer a vontade dos associados, desde que seja contemplada entidade que persiga fins não econômicos.
- 408 Arts. 70 e 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: Para efeitos de interpretação da expressão “domicílio” do art. 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, deve ser considerada, nas hipóteses de litígio internacional relativo a criança ou adolescente, a residência habitual destes, pois se trata de situação fática internacionalmente aceita e conhecida.
- 409 Art. 113: Os negócios jurídicos devem ser interpretados não só conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, mas também de acordo com as práticas habitualmente adotadas entre as partes.
- 410 Art. 157: A inexperiência a que se refere o art. 157 não deve necessariamente significar imaturidade ou desconhecimento em relação à prática de negócios jurídicos em geral, podendo ocorrer também quando o lesado, ainda que estipule contratos costumeiramente, não tenha conhecimento específico sobre o negócio em causa.
- 411 Art. 186: O descumprimento de contrato pode gerar dano moral quando envolver valor fundamental protegido pela Constituição Federal de 1988.
- 412 Art. 187: As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio, tu quoque, surrectio e venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva.
- 413 Art. 187: Os bons costumes previstos no art. 187 do CC possuem natureza subjetiva, destinada ao controle da moralidade social de determinada época, e objetiva, para permitir a sindicância da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas pela função social e pela boa-fé objetiva.
- 414 Art. 187: A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança, e aplica-se a todos os ramos do direito.
- 415 Art. 190: O art. 190 do Código Civil refere-se apenas às exceções impróprias (dependentes/não autônomas). As exceções propriamente ditas (independentes/autônomas) são imprescritíveis.
- 416 Art. 202: A propositura de demanda judicial pelo devedor, que importe impugnação do débito contratual ou de cártula representativa do direito do credor, é causa interruptiva da prescrição.

- 417 Art. 202, I: O art. 202, I, do CC deve ser interpretado sistematicamente com o art. 219, § 1º, do CPC, de modo a se entender que o efeito interruptivo da prescrição produzido pelo despacho que ordena a citação é retroativo até a data da propositura da demanda.
- 418 Art. 206: O prazo prescricional de três anos para a pretensão relativa a aluguéis aplica-se aos contratos de locação de imóveis celebrados com a administração pública.
- 419 Art. 206, § 3º, V: O prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual.
- 420 Art. 206, § 3º, V: Não se aplica o art. 206, § 3º, V, do Código Civil às pretensões indenizatórias decorrentes de acidente de trabalho, após a vigência da Emenda Constitucional n. 45, incidindo a regra do art. 7º, XXIX, da Constituição da República.

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

- 421 Arts. 112 e 113: Os contratos coligados devem ser interpretados segundo os critérios hermenêuticos do Código Civil, em especial os dos arts. 112 e 113, considerada a sua conexão funcional.
- 422 Art. 300: (Fica mantido o teor do Enunciado n. 352) A expressão “garantias especiais” constante do art. 300 do CC/2002 refere-se a todas as garantias, quaisquer delas, reais ou fidejussórias, que tenham sido prestadas voluntária e originariamente pelo devedor primitivo ou por terceiro, vale dizer, aquelas que dependeram da vontade do garantidor, devedor ou terceiro para se constituírem.
- 423 Art. 301: O art. 301 do CC deve ser interpretado de forma a também abranger os negócios jurídicos nulos e a significar a continuidade da relação obrigacional originária em vez de “restauração”, porque, envolvendo hipótese de transmissão, aquela relação nunca deixou de existir.
- 424 Art. 303, segunda parte: A comprovada ciência de que o reiterado pagamento é feito por terceiro no interesse próprio produz efeitos equivalentes aos da notificação de que trata o art. 303, segunda parte.
- 425 Art. 308: O pagamento repercute no plano da eficácia, e não no plano da validade como preveem os arts. 308, 309 e 310 do Código Civil.
- 426 Art. 389: Os honorários advocatícios previstos no art. 389 do Código Civil não se confundem com as verbas de sucumbência, que, por força do art. 23 da Lei n. 8.906/1994, pertencem ao advogado.
- 427 Art. 397, parágrafo único: É válida a notificação extrajudicial promovida em serviço de registro de títulos e documentos de circunscrição judiciária diversa da do domicílio do devedor.

- 428 Art. 405: Os juros de mora, nas obrigações negociais, fluem a partir do advento do termo da prestação, estando a incidência do disposto no art. 405 da codificação limitada às hipóteses em que a citação representa o papel de notificação do devedor ou àquelas em que o objeto da prestação não tem liquidez.
- 429 Art. 413: As multas previstas nos acordos e convenções coletivas de trabalho, cominadas para impedir o descumprimento das disposições normativas constantes desses instrumentos, em razão da negociação coletiva dos sindicatos e empresas, têm natureza de cláusula penal e, portanto, podem ser reduzidas pelo juiz do trabalho quando cumprida parcialmente a cláusula ajustada ou quando se tornarem excessivas para o fim proposto, nos termos do art. 413 do Código Civil.
- 430 Art. 416, parágrafo único: No contrato de adesão, o prejuízo comprovado do aderente que exceder ao previsto na cláusula penal compensatória poderá ser exigido pelo credor independentemente de convenção.
- 431 Art. 421: A violação do art. 421 conduz à invalidade ou à ineficácia do contrato ou de cláusulas contratuais.
- 432 Art. 422: Em contratos de financiamento bancário, são abusivas cláusulas contratuais de repasse de custos administrativos (como análise do crédito, abertura de cadastro, emissão de fichas de compensação bancária, etc.), seja por estarem intrinsecamente vinculadas ao exercício da atividade econômica, seja por violarem o princípio da boa-fé objetiva.
- 433 Art. 424: A cláusula de renúncia antecipada ao direito de indenização e retenção por benfeitorias necessárias é nula em contrato de locação de imóvel urbano feito nos moldes do contrato de adesão.
- 434 Art. 456: A ausência de denúncia da lide ao alienante, na evicção, não impede o exercício de pretensão reparatória por meio de via autônoma.
- 435 Art. 462: O contrato de promessa de permuta de bens imóveis é título passível de registro na matrícula imobiliária.
- 436 Art. 474: A cláusula resolutiva expressa produz efeitos extintivos independentemente de pronunciamento judicial.
- 437 Art. 475: A resolução da relação jurídica contratual também pode decorrer do inadimplemento antecipado.
- 438 Art. 477: A exceção de insegurança, prevista no art. 477, também pode ser oposta à parte cuja conduta põe, manifestamente em risco, a execução do programa contratual.
- 439 Art. 478: A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, observar-se-á a sofisticação dos contratantes e a alocação de riscos por eles assumidas com o contrato.

- 440 Art. 478: É possível a revisão ou resolução por excessiva onerosidade em contratos aleatórios, desde que o evento superveniente, extraordinário e imprevisível não se relacione com a álea assumida no contrato.
- 441 Art. 488, parágrafo único: Na falta de acordo sobre o preço, não se presume concluída a compra e venda. O parágrafo único do art. 488 somente se aplica se houverem diversos preços habitualmente praticados pelo vendedor, caso em que prevalecerá o termo médio.
- 442 Art. 844: A transação, sem a participação do advogado credor dos honorários, é ineficaz quanto aos honorários de sucumbência definidos no julgado.

RESPONSABILIDADE CIVIL

- 443 Arts. 393 e 927: O caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes da responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida.
- 444 Art. 927: A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.
- 445 Art. 927: O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento.
- 446 Art. 927: A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade.
- 447 Art. 927: As agremiações esportivas são objetivamente responsáveis por danos causados a terceiros pelas torcidas organizadas, agindo nessa qualidade, quando, de qualquer modo, as financiem ou custeiem, direta ou indiretamente, total ou parcialmente.
- 448 Art. 927: A regra do art. 927, parágrafo único, segunda parte, do CC aplica-se sempre que a atividade normalmente desenvolvida, mesmo sem defeito e não essencialmente perigosa, induza, por sua natureza, risco especial e diferenciado aos direitos de outrem. São critérios de avaliação desse risco, entre outros, a estatística, a prova técnica e as máximas de experiência.
- 449 Art. 928, parágrafo único: A indenização equitativa a que se refere o art. 928, parágrafo único, do Código Civil não é necessariamente reduzida sem prejuízo do Enunciado n. 39 da I Jornada de Direito Civil.
- 450 Art. 932, I: Considerando que a responsabilidade dos pais pelos atos danosos praticados pelos filhos menores é objetiva, e não por culpa presumida, ambos os genitores, no exercício do poder familiar, são, em regra, solidariamente responsáveis por tais atos,

ainda que estejam separados, ressalvado o direito de regresso em caso de culpa exclusiva de um dos genitores.

- 451 Arts. 932 e 933: A responsabilidade civil por ato de terceiro funda-se na responsabilidade objetiva ou independente de culpa, estando superado o modelo de culpa presumida.
- 452 Art. 936: A responsabilidade civil do dono ou detentor de animal é objetiva, admitindo-se a excludente do fato exclusivo de terceiro.
- 453 Art. 942: Na via regressiva, a indenização atribuída a cada agente será fixada proporcionalmente à sua contribuição para o evento danoso.
- 454 Art. 943: O direito de exigir reparação a que se refere o art. 943 do Código Civil abrange inclusive os danos morais, ainda que a ação não tenha sido iniciada pela vítima.
- 455 Art. 944: Embora o reconhecimento dos danos morais se dê, em numerosos casos, independentemente de prova (*in re ipsa*), para a sua adequada quantificação, deve o juiz investigar, sempre que entender necessário, as circunstâncias do caso concreto, inclusive por intermédio da produção de depoimento pessoal e da prova testemunhal em audiência.
- 456 Art. 944: A expressão “dano” no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.
- 457 Art. 944: A redução equitativa da indenização tem caráter excepcional e somente será realizada quando a amplitude do dano extrapolar os efeitos razoavelmente imputáveis à conduta do agente.
- 458 Art. 944: O grau de culpa do ofensor, ou a sua eventual conduta intencional, deve ser levado em conta pelo juiz para a quantificação do dano moral.
- 459 Art. 945: A conduta da vítima pode ser fator atenuante do nexo de causalidade na responsabilidade civil objetiva.
- 460 Art. 951: A responsabilidade subjetiva do profissional da área da saúde, nos termos do art. 951 do Código Civil e do art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, não afasta a sua responsabilidade objetiva pelo fato da coisa da qual tem a guarda, em caso de uso de aparelhos ou instrumentos que, por eventual disfunção, venham a causar danos a pacientes, sem prejuízo do direito regressivo do profissional em relação ao fornecedor do aparelho e sem prejuízo da ação direta do paciente, na condição de consumidor, contra tal fornecedor.

DIREITO DE EMPRESA

- 461 Art. 889: As duplicatas eletrônicas podem ser protestadas por indicação e constituirão título executivo extrajudicial mediante a exibição pelo credor do instrumento de

protesto, acompanhado do comprovante de entrega das mercadorias ou de prestação dos serviços.

- 462 Art. 889, § 3º: Os títulos de crédito podem ser emitidos, aceitos, endossados ou avalizados eletronicamente, mediante assinatura com certificação digital, respeitadas as exceções previstas em lei.
- 463 Art. 897: A prescrição da pretensão executória não atinge o próprio direito material ou crédito que podem ser exercidos ou cobrados por outra via processual admitida pelo ordenamento jurídico.
- 464 Art. 903: Revisão do Enunciado n. 52 - As disposições relativas aos títulos de crédito do Código Civil aplicam-se àqueles regulados por leis especiais no caso de omissão ou lacuna.
- 465 Arts. 968, § 3º, e 1.033, parágrafo único: A “transformação de registro” prevista no art. 968, § 3º, e no art. 1.033, parágrafo único, do Código Civil não se confunde com a figura da transformação de pessoa jurídica.
- 466 Arts. 968, IV, parte final, e 997, II: Para fins do Direito Falimentar, o local do principal estabelecimento é aquele de onde partem as decisões empresariais, e não necessariamente a sede indicada no registro público.
- 467 Art. 974, § 3º: A exigência de integralização do capital social prevista no art. 974, § 3º, não se aplica à participação de incapazes em sociedades anônimas e em sociedades com sócios de responsabilidade ilimitada nas quais a integralização do capital social não influa na proteção do incapaz.
- 468 Art. 980-A: A empresa individual de responsabilidade limitada só poderá ser constituída por pessoa natural.
- 469 Arts. 44 e 980-A: A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) não é sociedade, mas novo ente jurídico personificado.
- 470 Art. 980-A: O patrimônio da empresa individual de responsabilidade limitada responderá pelas dívidas da pessoa jurídica, não se confundindo com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, sem prejuízo da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.
- 471 Os atos constitutivos da EIRELI devem ser arquivados no registro competente, para fins de aquisição de personalidade jurídica. A falta de arquivamento ou de registro de alterações dos atos constitutivos configura irregularidade superveniente.
- 472 Art. 980-A: É inadequada a utilização da expressão “social” para as empresas individuais de responsabilidade limitada.
- 473 Art. 980-A, § 5º: A imagem, o nome ou a voz não podem ser utilizados para a integralização do capital da EIRELI.
- 474 Arts. 981 e 983: Os profissionais liberais podem organizar-se sob a forma de sociedade simples, convencionando a responsabilidade limitada dos sócios por

dívidas da sociedade, a despeito da responsabilidade ilimitada por atos praticados no exercício da profissão.

- 475 Arts. 981 e 983: Considerando ser da essência do contrato de sociedade a partilha do risco entre os sócios, não desfigura a sociedade simples o fato de o respectivo contrato social prever distribuição de lucros, rateio de despesas e concurso de auxiliares.
- 476 Art. 982: Eventuais classificações conferidas pela lei tributária às sociedades não influem para sua caracterização como empresárias ou simples, especialmente no que se refere ao registro dos atos constitutivos e à submissão ou não aos dispositivos da Lei n. 11.101/2005.
- 477 Art. 983: O art. 983 do Código Civil permite que a sociedade simples opte por um dos tipos empresariais dos arts. 1.039 a 1.092 do Código Civil. Adotada a forma de sociedade anônima ou de comandita por ações, porém ela será considerada empresária.
- 478 Art. 997, caput e inc. III: A integralização do capital social em bens imóveis pode ser feita por instrumento particular de contrato social ou de alteração contratual, ainda que se trate de sociedade sujeita ao registro exclusivamente no registro civil de pessoas jurídicas.
- 479 Art. 997, VII: Na sociedade simples pura (art. 983, parte final, do CC/2002), a responsabilidade dos sócios depende de previsão contratual. Em caso de omissão, será ilimitada e subsidiária, conforme o disposto nos arts. 1.023 e 1.024 do CC/2002.
- 480 Art. 1.029: Revogado o Enunciado n. 390 da III Jornada [“Em regra, é livre a retirada de sócio nas sociedades limitadas e anônimas fechadas, por prazo indeterminado, desde que tenham integralizado a respectiva parcela do capital, operando-se a denúncia (arts. 473 e 1.029)”].
- 481 Art. 1.030, parágrafo único: O insolvente civil fica de pleno direito excluído das sociedades contratuais das quais seja sócio.
- 482 Art. 884 e 1.031: Na apuração de haveres de sócio retirante de sociedade holding ou controladora, deve ser apurado o valor global do patrimônio, salvo previsão contratual diversa. Para tanto, deve-se considerar o valor real da participação da holding ou controladora nas sociedades que o referido sócio integra.
- 483 Art. 1.033, parágrafo único: Admite-se a transformação do registro da sociedade anônima, na hipótese do art. 206, I, d, da Lei n. 6.404/1976, em empresário individual ou empresa individual de responsabilidade limitada.
- 484 Art. 1.074, § 1º: Quando as deliberações sociais obedecerem à forma de reunião, na sociedade limitada com até 10 (dez) sócios, é possível que a representação do sócio seja feita por outras pessoas além das mencionadas no § 1º do art. 1.074 do Código Civil (outro sócio ou advogado), desde que prevista no contrato social.

- 485 Art. 1.076: O sócio que participa da administração societária não pode votar nas deliberações acerca de suas próprias contas, na forma dos arts. 1.071, I, e 1.074, § 2º, do Código Civil.
- 486 Art. 1.134: A sociedade estrangeira pode, independentemente de autorização do Poder Executivo, ser sócia em sociedades de outros tipos além das anônimas.
- 487 Arts. 50, 884, 1.009, 1.016, 1.036 e 1.080: Na apuração de haveres de sócio retirante (art. 1.031 do CC), devem ser afastados os efeitos da diluição injustificada e ilícita da participação deste na sociedade.
- 488 Art. 1.142 e Súmula n. 451 do Superior Tribunal de Justiça: Admite-se a penhora do website e de outros intangíveis relacionados com o comércio eletrônico.
- 489 Arts. 1.043, II, 1.051, 1.063, § 3º, 1.084, § 1º, 1.109, parágrafo único, 1.122, 1.144, 1.146, 1.148 e 1.149 do Código Civil; e art. 71 da Lei Complementar n. 123/2006: No caso da microempresa, da empresa de pequeno porte e do microempreendedor individual, dispensados de publicação dos seus atos (art. 71 da Lei Complementar n. 123/2006), os prazos estabelecidos no Código Civil contam-se da data do arquivamento do documento (termo inicial) no registro próprio.
- 490 Art. 1.147: A ampliação do prazo de 5 (cinco) anos de proibição de concorrência pelo alienante ao adquirente do estabelecimento, ainda que convencionada no exercício da autonomia da vontade, pode ser revista judicialmente, se abusiva.
- 491 Art. 1.166: A proteção ao nome empresarial, limitada ao Estado-Membro para efeito meramente administrativo, estende-se a todo o território nacional por força do art. 5º, XXIX, da Constituição da República e do art. 8º da Convenção Unionista de Paris.

DIREITO DAS COISAS

- 492 A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela.
- 493 O detentor (art. 1.198 do Código Civil) pode, no interesse do possuidor, exercer a autodefesa do bem sob seu poder.
- 494 A faculdade conferida ao sucessor singular de somar ou não o tempo da posse de seu antecessor não significa que, ao optar por nova contagem, estará livre do vício objetivo que maculava a posse anterior.
- 495 No desforço possessório, a expressão “contanto que o faça logo” deve ser entendida restritivamente, apenas como a reação imediata ao fato do esbulho ou da turbacão, cabendo ao possuidor recorrer à via jurisdicional nas demais hipóteses.

- 496 O conteúdo do art. 1.228, §§ 4º e 5º, pode ser objeto de ação autônoma, não se restringindo à defesa em pretensões reivindicatórias.
- 497 O prazo, na ação de usucapião, pode ser completado no curso do processo, ressalvadas as hipóteses de má-fé processual do autor.
- 498 A fluência do prazo de 2 (dois) anos previsto pelo art. 1.240-A para a nova modalidade de usucapião nele contemplada tem início com a entrada em vigor da Lei n. 12.424/2011.
- 499 A aquisição da propriedade na modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil só pode ocorrer em virtude de implemento de seus pressupostos anteriormente ao divórcio. O requisito “abandono do lar” deve ser interpretado de maneira cautelosa, mediante a verificação de que o afastamento do lar conjugal representa descumprimento simultâneo de outros deveres conjugais, tais como assistência material e sustento do lar, onerando desigualmente aquele que se manteve na residência familiar e que se responsabiliza unilateralmente pelas despesas oriundas da manutenção da família e do próprio imóvel, o que justifica a perda da propriedade e a alteração do regime de bens quanto ao imóvel objeto de usucapião.
- 500 A modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive homoafetivas.
- 501 As expressões “ex-cônjuge” e “ex-companheiro”, contidas no art. 1.240-A do Código Civil, correspondem à situação fática da separação, independentemente de divórcio.
- 502 O conceito de posse direta referido no art. 1.240-A do Código Civil não coincide com a acepção empregada no art. 1.197 do mesmo Código.
- 503 É relativa a presunção de propriedade decorrente do registro imobiliário, ressalvado o sistema Torrens.
- 504 A escritura declaratória de instituição e convenção firmada pelo titular único de edificação composta por unidades autônomas é título hábil para registro da propriedade horizontal no competente registro de imóveis, nos termos dos arts. 1.332 a 1.334 do Código Civil.
- 505 É nula a estipulação que, dissimulando ou embutindo multa acima de 2%, confere suposto desconto de pontualidade no pagamento da taxa condominial, pois configura fraude à lei (Código Civil, art. 1336, § 1º), e não redução por merecimento.
- 506 Estando em curso contrato de alienação fiduciária, é possível a constituição concomitante de nova garantia fiduciária sobre o mesmo bem imóvel, que, entretanto, incidirá sobre a respectiva propriedade superveniente que o fiduciante vier a readquirir, quando do implemento da condição a que estiver subordinada a primeira garantia fiduciária; a nova garantia poderá ser registrada na data em que convencionada e será eficaz desde a data do registro, produzindo efeito *ex tunc*.

- 507 Na aplicação do princípio da função social da propriedade imobiliária rural, deve ser observada a cláusula aberta do § 1º do art. 1.228 do Código Civil, que, em consonância com o disposto no art. 5º, inc. XXIII, da Constituição de 1988, permite melhor objetivar a funcionalização mediante critérios de valoração centrados na primazia do trabalho.
- 508 Verificando-se que a sanção pecuniária mostrou-se ineficaz, a garantia fundamental da função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, da CRFB e 1.228, § 1º, do CC) e a vedação ao abuso do direito (arts. 187 e 1.228, § 2º, do CC) justificam a exclusão do condômino antissocial, desde que a ulterior assembleia prevista na parte final do parágrafo único do art. 1.337 do Código Civil delibere a propositura de ação judicial com esse fim, asseguradas todas as garantias inerentes ao devido processo legal.
- 509 A resolução da propriedade, quando determinada por causa originária, prevista no título, opera ex tunc e erga omnes; se decorrente de causa superveniente, atua ex nunc e inter partes.
- 510 Ao superficiário que não foi previamente notificado pelo proprietário para exercer o direito de preferência previsto no art. 1.373 do CC é assegurado o direito de, no prazo de seis meses, contado do registro da alienação, adjudicar para si o bem mediante depósito do preço.
- 511 Do leilão, mesmo que negativo, a que se refere o art. 27 da Lei n. 9.514/1997, será lavrada ata que, subscrita pelo leiloeiro, poderá ser averbada no registro de imóveis competente, sendo a transmissão da propriedade do imóvel levado a leilão formalizada mediante contrato de compra e venda.

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

- 512 Art. 1.517: O art. 1.517 do Código Civil, que exige autorização dos pais ou responsáveis para casamento, enquanto não atingida a maioridade civil, não se aplica ao emancipado.
- 513 Art. 1.527, parágrafo único: O juiz não pode dispensar, mesmo fundamentadamente, a publicação do edital de proclamas do casamento, mas sim o decurso do prazo.
- 514 Art. 1.571: A Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial.
- 515 Art. 1.574, *caput*: Pela interpretação teleológica da Emenda Constitucional n. 66/2010, não há prazo mínimo de casamento para a separação consensual.
- 516 Art. 1.574, parágrafo único: Na separação judicial por mútuo consentimento, o juiz só poderá intervir no limite da preservação do interesse dos incapazes ou de um dos cônjuges, permitida a cindibilidade dos pedidos com a concordância das partes, aplicando-se esse entendimento também ao divórcio.
- 517 Art. 1.580: A Emenda Constitucional n. 66/2010 extinguiu os prazos previstos no art. 1.580 do Código Civil, mantido o divórcio por conversão.

- 518 Arts. 1.583 e 1.584: A Lei n. 11.698/2008, que deu nova redação aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, não se restringe à guarda unilateral e à guarda compartilhada, podendo ser adotada aquela mais adequada à situação do filho, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A regra aplica-se a qualquer modelo de família. Atualizados os Enunciados n. 101 e 336 em razão de mudança legislativa, agora abrangidos por este enunciado.
- 519 Art. 1.593: O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.
- 520 Art. 1.601: O conhecimento da ausência de vínculo biológico e a posse de estado de filho obstam a contestação da paternidade presumida.
- 521 Art. 1.606: Qualquer descendente possui legitimidade, por direito próprio, para propor o reconhecimento do vínculo de parentesco em face dos avós ou de qualquer ascendente de grau superior, ainda que o pai não tenha iniciado a ação de prova da filiação em vida.
- 522 Arts. 1.694, 1.696, primeira parte, e 1.706: Cabe prisão civil do devedor nos casos de não prestação de alimentos gravídicos estabelecidos com base na Lei n. 11.804/2008, inclusive deferidos em qualquer caso de tutela de urgência.
- 523 Art. 1.698: O chamamento dos codevedores para integrar a lide, na forma do art. 1.698 do Código Civil, pode ser requerido por qualquer das partes, bem como pelo Ministério Público, quando legitimado.
- 524 Art. 1.723: As demandas envolvendo união estável entre pessoas do mesmo sexo constituem matéria de Direito de Família.
- 525 Arts. 1.723, § 1º, 1.790, 1.829 e 1.830: Os arts. 1.723, § 1º, 1.790, 1.829 e 1.830 do Código Civil admitem a concorrência sucessória entre cônjuge e companheiro sobreviventes na sucessão legítima, quanto aos bens adquiridos onerosamente na união estável.
- 526 Art. 1.726: É possível a conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, observados os requisitos exigidos para a respectiva habilitação.
- 527 Art. 1.832: Na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do de cujus, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida.
- 528 Arts. 1.729, parágrafo único, e 1.857: É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado “testamento vital”, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade.
- 529 Art. 1.951: O fideicomisso, previsto no art. 1.951 do Código Civil, somente pode ser instituído por testamento.

Impressão
Coordenadoria de Serviços Gráficos
da Secretaria de Administração do Conselho da Justiça Federal