

A TEORIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES COM A LEI 10.406/02

Idemir Luiz Bagatini

INTRODUÇÃO

O Código Civil de 1916 foi revogado pela Lei 10.406/02, que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, chamada de Código Civil. A legislação revogada era ultrapassada e descompassada diante da atual configuração social. Era uma legislação decorrente de um ideário liberal e individualista, próprio de uma sociedade agrária do final do século XIX, regulando fundamentalmente relações individuais.

Em relação às obrigações, de maneira mais delimitada a teoria geral das obrigações, o atual Código Civil apresentou de forma adequada, colocando os temas em ordem lógica e assumindo uma terminologia própria do conteúdo correspondente. A transmissão das obrigações (Título II) tomou espaço logo após as modalidades das obrigações. No Título III é registrado o adimplemento e a extinção das obrigações, concluindo com o

inadimplemento das obrigações (Título IV). A terminologia empregada pelo legislador, bem como a divisão em títulos mostrou que a teoria geral das obrigações tem uma consistência lógica.

No mundo contemporâneo insiste-se de uma maneira exagerada na autonomia da vontade como princípio determinante no nascimento do vínculo jurídico obrigacional. Dá-se a ele um campo enorme de atuação, apostando nos vínculos meramente individuais regrados pelo Direito Civil. Observa-se, porém, que o princípio da boa-fé objetiva invadiu o Direito Obrigacional, ensejando às partes agirem com lealdade, visando aos interesses comuns. Além do mais, o contrato de adesão, nessa sociedade de massa, é quase a regra, nas fontes dos vínculos obrigacionais, desalojando a autonomia da vontade como princípio determinante das obrigações. O princípio da autonomia da vontade continua como “princípio individualista do Direito Romano e liberal, inspirador dos códigos oitocentistas” (Bagatini, 2002, p. 14).

Não é objetivo desse trabalho, de teoria geral das obrigações, adentrar nos elementos que antecedem propriamente a legislação das modalidades, da transmissão, do adimplemento e inadimplemento das obrigações, mas abordar as inovações ocorridas na legislação.

AS MODALIDADES DAS OBRIGAÇÕES

Em relação às obrigações de dar coisa certa e incerta o legislador adequou os termos e tornou os artigos mais relacionados entre si, esquecendo-se, porém, de enfrentar a questão atinente ao termo “gênero”, que aparece com o sentido de espécie e não se adequa à terminologia científica. De uma vez por todas o legislador devia modificar esse termo, bem como em relação à limitação do “gênero” (melhor seria se fosse espécie), quando se trata de obrigação de dar coisa incerta, e perecem todas as espécies sem culpa do devedor.

As obrigações de fazer e não fazer, artigos 249 e 251, respectivamente, receberam um novo enfoque com o acréscimo de um parágrafo único. Independentemente de autorização judicial, o credor pode, em caso de urgência, executar ou mandar executar o fato, para ser ressarcido num momento seguinte. No entendimento de Venosa, “a novel lei introduziu a possibilidade de procedimento de justiça de mão própria, no que andou muito bem” (2003, p. 102).

Diante de determinados acontecimentos ou fatos que demandam o cumprimento imediato de uma obrigação de fazer ou não fazer, o credor possivelmente somaria prejuízos se antes procurasse o Judiciário para resolver o impasse. O mesmo autor antes mencionado escreve: “Imagine-se a hipótese da contratação de empresa para fazer a laje de concreto de um prédio, procedimento que requer tempo e época precisos. Caracterizada a recusa e a mora bem como a urgência, aguardar uma decisão judicial, ainda que liminar, no caso concreto, poderá causar prejuízo de difícil reparação” (2003, p. 102). Essa norma aberta, não definindo o que se entende por urgência, deixa ao credor o uso do bom senso, e ao juiz a apreciação do caso concreto. Se houver abuso por parte do credor o juiz saberá frear os ímpetos e puni-lo exemplarmente.

É interessante ressaltar a superação da doutrina tradicional no concernente ao inadimplemento da obrigação de fazer e não fazer. Em regra é estabelecido que nesse caso resolve-se a obrigação em perdas e danos. O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, regrou o tema, com a introdução do artigo 84, em que estabelece que o juiz concederá tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Na mesma esteira está redigido o artigo 461 do Código de Processo Civil. Encontra-se fundamento nos ensinamentos de Nonato, pois afirma que “sempre que possa a execução *in natura* ser efetuada sem o desrespeito da personalidade, sem ofensa da liberdade física do devedor, incurrir o recurso ao subsídio, ao sucedâneo das perdas e danos” (1959, p. 239).

As mudanças introduzidas pelo legislador nas obrigações alternativas (artigo 252 e §§) já vinham sendo acatadas pela doutrina e pela jurisprudência. Nas prestações periódicas a opção tanto pode ser do devedor como do credor. Além disso, o legislador regrou que no caso de pluralidade de optantes, e se o acordo não for unânime, o juiz decidirá. Da mesma forma se a escolha era de terceiro e, não podendo ou não querendo exercê-la, não havendo acordo entre as partes, o juiz escolherá.

A respeito das obrigações indivisíveis o legislador estabeleceu que a mesma se dará por sua natureza, por motivo de ordem econômica, ou dada a razão determinante do negócio jurídico (artigo 258). A novidade está na última parte da afirmação anterior: o que significa razão determinante do negócio jurídico? Entende-se que a obrigação passa a ser indivisível no caso de acordo entre as partes, pois se todos os objetos, se todos os bens não integrarem o negócio, a parte credora poderá não ter possibilidade de levar adiante seu intento. Pode ocorrer que na aquisição de uma terra, junto com ela faça parte o equipamento, o maquinário necessário para fazer frente àquele empreendimento. Nesse sentido a prestação é indivisível pela razão determinante do negócio jurídico.

A solidariedade faz-se por meio do acordo entre as partes ou decorre da lei. Continua o entendimento de não se poder presumir a solidariedade. A novidade que a Lei 10.406/02 inseriu na solidariedade ativa é em relação às exceções ou defesas pessoais, em que o devedor não pode opô-las contra um credor, se só oponíveis aos demais.

Ainda na solidariedade ativa tem-se que o julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve (artigo 274).

A TRANSMISSÃO DAS OBRIGAÇÕES

Quanto à transmissão das obrigações a Lei 10.406/02 trouxe novidades. A primeira refere-se à ordem no texto legal. Anteriormente a cessão de crédito constava em título próprio ao final das obrigações, após a

inexecução ou inadimplemento e as perdas e danos. Hoje está em título próprio, mas em seqüência às modalidades das obrigações e antecede imediatamente ao título que trata do adimplemento e extinção das obrigações. A bem da verdade, antes de se tratar de adimplemento ou execução das obrigações as mesmas devem ser transmitidas. A outra novidade é o capítulo da assunção de dívida, ignorada na legislação anterior.

A cessão de crédito permanece com as mesmas regras, sendo apenas acrescido que o cessionário pode exercer os atos conservatórios do direito cedido, independentemente do conhecimento da cessão por parte do devedor (artigo 293).

A assunção de dívida é um instituto novo na legislação brasileira. Acompanhou o Direito Alemão e o Direito Suíço. Deve-se, porém, registrar que a doutrina brasileira vinha trabalhando esse assunto. Nas palavras de Gomes,

no direito moderno, passou-se a admitir a substituição do devedor sem extinção da dívida. Superada a concepção romana da obrigação como vínculo estritamente pessoal, eliminou-se o obstáculo à transmissão da dívida a terceiro para que passe a ocupar a posição do devedor cedente na relação obrigacional. [...] admite-se que a dívida pode ser assumida por outrem, sem ser necessário nová-la (1991, p. 258).

Trata-se da transferência do débito, com consentimento expresso do credor e, em isso ocorrendo, o devedor primitivo fica exonerado da relação obrigacional. Para que isso ocorra, porém, não poderá o devedor ser insolvente e o credor ignorar o fato (artigo 299). No entendimento de Rodrigues, “aqui, surge a grande diferença entre a cessão de crédito e a cessão de débito. Enquanto naquela a anuência do devedor é irrelevante, nesta a concordância do credor se faz indispensável” (2002, p. 104).

Há doutrinadores entendendo que esse instituto é de pouca valia. Na atualidade, contudo, constatam-se diversas fusões de empresas, incorporações, em que as dívidas são assumidas por terceiros sem extinção da obrigação, caracterizando a assunção de dívida. Pereira entende a existência e importância desse instituto, pois:

No terreno concreto, não falta mesmo a prática dos negócios a evidenciar a sua constante presença, na cessão da locação, na transferência de um fundo de comércio etc., situações em que o novo devedor assume todos os compromissos resultantes do contrato ou do giro mercantil e coloca-se na posição do devedor primitivo, por cujos compromissos passa a responder (1996, p. 267)

Deve-se observar que na assunção de dívida o devedor originário se exonera da obrigação, liberando-se, a não ser no caso de insolvência, e ignorada pelo credor. Vale lembrar que a obrigação permanece a mesma, havendo apenas a presença da figura do cessionário do devedor. E ainda: essa transferência é definida como um negócio jurídico convencional, à semelhança da cessão de crédito.

Pode ocorrer, entretanto, de a assunção de dívida ser anulada, e nesse caso se restabelece a obrigação primitiva (artigo 301). E também o novo devedor não pode opor as exceções pessoais contra o credor, se as exceções só eram direito do devedor cedente (artigo 302).

O ADIMPLENTO E EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

O Título III do Livro I da Parte Especial normatiza o adimplemento e a extinção das obrigações. Se a obrigação nasceu de um vínculo jurídico entre o pólo ativo e o pólo passivo, sem dúvida que essa promessa deve ter um desfecho, uma conclusão, isto é, o adimplemento por parte do devedor ou a extinção da obrigação por uma outra forma permitida pelo

ordenamento jurídico. No entendimento de Orlando Gomes “o adimplemento é, com efeito, o modo natural de extinção de toda relação obrigacional” (1991, p. 105).

O termo adimplemento parece expressar melhor a idéia de cumprimento ou execução satisfatória da obrigação pelo devedor, pois não é palavra usada no linguajar comum, evitando com isso a confusão. O legislador usou o termo adimplemento como título, mas não fez uso do termo no texto das regras extintivas da obrigação. Preferiu usar o termo pagamento, mesmo que nas obrigações de fazer e não fazer se tenha que usar pagamento como forma de adimplemento.

Em relação ao capítulo I, que trata do pagamento, pode-se acenar para algumas alterações que a Lei 10.406/02 estabeleceu. O legislador procurou adequar os termos que eventualmente mereciam reparo. Além disso, no que tange ao objeto do pagamento e sua prova acrescentou o artigo 316. É lícito convencionar o aumento progressivo de prestações sucessivas.

O legislador inova, possibilitando a correção monetária quando as prestações forem sucessivas, mas não estabelece o prazo em que isso é possível. Nesse sentido deve-se destacar a Lei 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, que declara nulo de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção antes de um ano (Bagatini, 2002, p. 132).

Destaque-se outro dispositivo inovador em relação à legislação anterior. O artigo 317 aparece com a seguinte redação: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.” O legislador introduziu a cláusula *rebus sic stantibus* possibilitando a intervenção judicial no contrato para equilibrá-lo, inspirando-se no Código italiano e, sem afastar a *pacta sunt servanda*, o juiz pode intervir no contrato, a pedido da parte, para manter o valor real da prestação.

O artigo 318 também fulmina com nulidade qualquer convenção de pagamento em ouro ou moeda estrangeira, a não ser nos casos previsto em lei especial. O legislador introduziu um parágrafo único no artigo 320. O teor da regra é a seguinte: “Ainda sem os requisitos estabelecidos neste artigo valerá a quitação, se de seus termos ou das circunstâncias resultar haver sido paga a dívida.” O legislador ampliou a forma de o devedor provar o cumprimento da obrigação, que pode ocorrer mediante confissão, do depoimento de testemunha ou outras formas permitidas em Direito.

Com relação à consignação em pagamento o legislador inovou muito além do já disposto no artigo 890 do CPC. Previa-se que a consignação poderia ocorrer por meio de depósito bancário, se a obrigação fosse em dinheiro (§ 1º). O texto atual do artigo 334 é: “Considera-se pagamento, e extingue a obrigação, o depósito judicial ou em estabelecimento bancário da coisa devida, nos casos e formas legais.” E para entender o dispositivo legal afirma-se que “esse depósito pode ser realizado em estabelecimento bancário, mas não somente quando se trata de prestação em dinheiro, mas de coisa devida, como jóias, metais preciosos, papéis de qualquer espécie” (Bagatini, 2002, p. 145).

Quanto à compensação o legislador avançara instituindo-a no que concerne às dívidas fiscais e parafiscais, passando a ser regulado pelo Código Civil. Porém, em 9 de janeiro de 2003, pela Medida Provisória 104, o artigo 374 foi revogado.

Uma outra forma de extinguir a obrigação é pela remissão das dívidas, e o legislador acrescentou um artigo, que levou o nº 385, com o seguinte teor: “A remissão da dívida, aceita pelo devedor, extingue a obrigação, mas sem prejuízo de terceiro.” O legislador quer ressaltar os direitos do(s) credor(es) do credor remitente, pois a remissão pode ser usada como uma forma “legal” de lesar terceiros.

Seguindo a orientação da doutrina, o legislador tomou o instituto da transação, que no Código de 1916 estava entre as formas de extinção da obrigação, e a implantou entre as espécies de contratos. Sem dúvida foi adequada a modificação, uma vez que para transacionar havia a necessidade de acordo entre as partes, caracterizando assim um contrato.

O INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES

O legislador organizou esse Título IV do Livro I da Parte Geral, sobre inadimplemento das obrigações, que no Código de 1916 era por demais ilógico, pois constava, para exemplificar, a mora no capítulo do pagamento e a cláusula penal num capítulo próprio, logo após a solidariedade e anterior ao regramento do adimplemento.

O primeiro artigo do capítulo das disposições gerais diz: “Art. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.” O devedor, descumprindo a obrigação, não interessa se total ou parcialmente, fica obrigado a indenizar, dando-se ao credor a faculdade de exigir o que lhe é devido. Além disso o devedor deve responder pelos juros, atualização monetária da prestação incumprida e suportar os honorários advocatícios porventura devidos.

Em regra o credor pode exigir a prestação *in natura*. Nas obrigações de dar o credor recorre à indenização, na ausência de possibilidade da prestação. Mesmo sendo possível recuperar o objeto da prestação, o credor tem direito a perdas e danos, decorrentes do prejuízo experimentado. Nas obrigações de fazer fungíveis, não personalíssimas, em que é possível a execução por terceiros, é lícito ao credor perseguir a execução do fato ou do ato e assim mesmo requerer as perdas e danos com o prejuízo advindo. Nas obrigações negativas pode também o credor pedir ao devedor o

desfazimento ou mandar que terceiros desfaçam a prestação que prometera abster-se ou, na impossibilidade do desfazimento, o equivalente em perdas e danos.

As perdas e danos, na impossibilidade absoluta, devem restringir-se ao equivalente, não sendo possível ao credor auferir, com isso, o enriquecimento. Também não pode ocorrer com o pagamento de perdas e danos o enriquecimento do devedor. As perdas e danos devem ser proporcionais ao prejuízo experimentado. E no dizer de Pereira: “E, como seu descumprimento impõe ao credor um dano e lhe traz uma perda, o devedor é obrigado a cobrir os prejuízos causados pelo inadimplemento, de forma que o equilíbrio se restabeleça” (1996, p. 229).

É importante ressaltar que o devedor só responde com perdas e danos se agir com culpa, uma vez que a responsabilidade obrigacional está no campo subjetivo, isto é, mediante a verificação da culpa. Em não ocorrendo culpa, a obrigação se resolve.

A Lei 10.406/02 estabeleceu objetivamente a correção monetária, que vinha sendo aplicada nas decisões judiciais, acrescentou a responsabilidade pelos honorários advocatícios, que não era previsto na legislação material anterior.

Ao tratar do inadimplemento o legislador fixa que nesse caso todos os bens do devedor respondem. As perdas e danos resultam num determinado valor em dinheiro. Nesse sentido todo o patrimônio do inadimplente responde, mas deve-se ter presente que nem todos os bens podem ser alienados para responder pelas perdas e danos. Há os bens que são impenhoráveis, inalienáveis.

A mora pode ser do devedor e também do credor. Distingue-se a mora do inadimplemento, uma vez que neste a impossibilidade de cumprimento da obrigação é absoluta. O legislador não trouxe novidade quanto à

mora, a não ser em relação à correção monetária, juros e honorários advocatícios, de forma similar ao comentato em relação ao inadimplemento da obrigação.

O retardamento na execução da obrigação é o elemento objetivo da mora. Para que a mora exista, porém, é necessária a presença do elemento subjetivo, elemento essencial que é a culpa. Para que haja mora do credor não é necessário o elemento subjetivo culpa: basta não querer receber ou não mandar buscar a prestação.

No capítulo das perdas e danos o legislador introduziu um parágrafo único no artigo 404. O parágrafo tem em vista a possibilidade de os juros da mora não cobrirem o prejuízo, e não estiver estabelecida pena convencional, podendo o juiz conceder ao credor indenização suplementar. Percebe-se que o legislador pretende manter o equilíbrio entre as partes, mesmo que uma não cumpra a obrigação. Os juros da mora podem ser altamente favoráveis ao devedor e com isso causar a ruína ou o desequilíbrio no patrimônio do credor. Esse foi o intuito do legislador com a elaboração da presente regra de indenização suplementar. Observa-se que essa indenização suplementar é resultante de uma decisão judicial.

Um outro dispositivo procura sepultar as dúvidas e afastar as decisões contrárias em relação ao início da contagem dos juros de mora. O artigo 405 estabelece: “Contam-se os juros de mora desde a citação inicial.” A citação inicial passou a ser o termo inicial para a cobrança dos juros de mora e não mais, como alguns entendiam, desde o vencimento da obrigação. A desídia do credor não pode agravar a situação do devedor. Não cabe ao credor moroso a cobrança de juros de mora. Pode-se aplicar a regra sempre válida de que *dormientibus directus non succurrit*.

Normalmente se faz a distinção entre juros de mora e juros compensatórios. O artigo 406 diz: “Quando os juros moratórios não forem convenciona-

determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.” Os juros que o artigo expressa estão ligados à Selic, que por sua vez é uma composição de juros e correção monetária. Parece, ainda, que para os juros compensatórios aplica-se a regra dos juros de mora, pois não é feita nenhuma referência.

Além do mais deve-se recordar a Súmula 596 do STF: “As disposições do Decreto 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional.” Parece que o sistema de juros previsto no Código Civil aplica-se entre particulares, deixando que o sistema financeiro pratique a agiotagem oficial.

A cláusula penal passa a integrar o título do inadimplemento das obrigações, antes deslocada entre as modalidades das obrigações, sendo estudada logo após a solidariedade. A novidade no seu conteúdo é apresentada pelo parágrafo único do artigo 416. O *caput* do artigo diz que para exigir a pena convencional não é necessário que o credor alegue prejuízo. E o parágrafo único diz: “Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.” Conclui-se que as partes, mediante acordo, podem estabelecer que a cláusula penal seja considerada a indenização mínima, e se a parte entender que seu prejuízo foi maior pode requerer perdas e danos, devendo provar.

No capítulo VI do título III o legislador incluiu as arras ou sinal, que no Código anterior fazia parte dos contratos. Manteve o legislador o sinal ou arras como confirmatório do contrato, e caso as partes entendam ser o contrato rescindível, por meio de acordo, as arras passam a ser penitenciais. Se nas arras penitenciais o valor pago passa a ser a indenização, nas arras

confirmatórias passa a ser como o mínimo da indenização, podendo a parte inocente provar os demais prejuízos e pleitear uma indenização suplementar. Assim como poderá a parte inocente exigir o cumprimento do contrato, acrescido das perdas e danos, sendo as arras o mínimo da indenização.

CONCLUSÃO

A teoria geral das obrigações é a parte do Direito Civil que menos influência sofre dos desdobramentos sociais e políticos que a sociedade vivencia. É a parte do que guarda uma cientificidade maior herdada dos romanos. Nem por isso deve-se aceitar a evolução da sociedade e a inalteração do Direito. Nesse sentido podia-se esperar avanços maiores na formalização do direito das obrigações, parte geral. O legislador permaneceu arraigado ao uso de termos que a ciência lhe dera condições de modificá-los. Existe, inclusive, um Projeto de Lei 6960/02 que procura adequar a terminologia e avançar em aspectos deixados de lado pelo legislador. Em termos gerais, todavia, pode-se afirmar que a Lei 10.406/02 não fez uma revolução, mas deu lógica no desenvolvimento das normas. Os títulos, capítulos e seções das obrigações parte geral receberam uma roupagem nova, um novo figurino, mantendo o manequim, com pequenos reparos.

REFERÊNCIAS

- BAGATINI, Idemir Luiz. *Direito das obrigações: parte geral*. 3.ed. rev. e ampl. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria geral das obrigações. 16.ed. atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-02). São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. direito das obrigações, 1ª parte, v. 4. 32ª edição atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003.

NONATO, Orosimbo. *Curso de Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Colaboradores). *Brasil*. Código Civil. 54.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.