

## O *commodum* de representação: um princípio contratual “obviamente equitativo”?

Henry COLOMBI\*

*Se você me deve um cavalo que, sem sua culpa, foi morto por um terceiro, ou foi roubado, e não se sabe mais onde ele está, você está, na verdade, desobrigado de entregá-lo, mas é obrigado a ceder-me os direitos e as ações contra aqueles que mataram ou roubaram o cavalo.*

— POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das Obrigações*. Trad. Adrian Batista e Douglas Ferreira. Campinas: Servanda, 2002, p. 596.

**RESUMO:** O presente artigo analisa o instituto do *commodum* de representação e sua compatibilidade na perspectiva do direito brasileiro. Questão pouco endereçada na dogmática brasileira, o *commodum* de representação é um mecanismo de repartição dos riscos da impossibilidade da prestação entre devedor e credor. A figura não possui previsão expressa no direito brasileiro, ao contrário do que se observa em outros países de tradição romanística que influenciaram a conformação da civilística nacional: França, Alemanha e Portugal. A investigação adota a vertente jurídico-teórica e jurídico-comparativa e se conforma ao tipo compreensivo-propositivo. A metodologia adotada é qualitativa, partindo de dados primários e secundários. O raciocínio utilizado é de tipo indutivo-dedutivo, o qual trabalha as bases normativas e doutrinárias para a formulação de uma proposta de enquadramento quanto à matéria. Conclui-se que a figura do *commodum* de representação, *de jure condito*, por se tratar de mecanismo de alocação de riscos, não pode, à míngua de previsão legislativa, se aplicada, visto agravar a situação do devedor sem subsídio normativo que o justifique. Entretanto, *de jure condendo*, compreende-se que o instituto possui vantagens institucionais que militam em favor de sua adoção.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito civil; obrigações; contratos; impossibilidade das obrigações.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Delineamentos gerais acerca do *commodum* de representação; 3. A amplitude da aceitação do *commodum* de representação em ordenamentos de matriz romanística: França, Alemanha e Portugal; 4. Há espaço para o *commodum* de representação no ordenamento jurídico brasileiro?; 5. Considerações Finais; 5. Referências Bibliográficas.

**TITLE:** *The Commodum Repraesentationis: An “Obviously Equitative” Contractual Principle?*

**ABSTRACT:** *This article analyses the doctrine of commodum repraesentationis and its adequacy to Brazilian law. This doctrine, which not widely addressed by Brazilian literature, is a tool for sharing the risks of obligational impossibility between debtor and creditor. There is not express statutory recognition of this doctrine in Brazilian civil law, contrary to what is observed in France, Germany, and Portugal, which are countries that have deeply influenced Brazil’s legal tradition. The research is theoretical and comparative, of comprehensive and suggestive kind. The methodology used is qualitative, departing from primary and secondary data. The reasoning process is of inductive-deductive kind, exploring*

---

\* Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito na UFMG. Professor da Faculdade CEDIN (Centro de Estudos em Direito e Negócios). Advogado.

*normative and theoretical bases in order to suggest an adequate legal framework for the issue. The research has reached the conclusion that the commodum repraesentationis, de jure condito, since it represents a tool of risk-sharing that aggravates the debtor position, cannot be applied in Brazilian law, given the lack of statutory provision. Nonetheless, de jure condendo, the research concludes that the doctrine has institutional benefits that points to its adoption in case of statutory reform.*

**KEYWORDS:** Private law; law of obligations; contracts; impossibility.

**CONTENTS:** 1. Introduction; – 2. General remarks concerning the commodum repraesentationis; – 3. The range of acceptance of the commodum repraesentationis in roman traditions: France, Germany and Portugal; – 4. Is there a place for the commodum repraesentationis in Brazilian law?; – 5. Concluding remarks; – Bibliography.

## 1. Introdução

Por força de um contrato, Caio deve entregar a Tício, no prazo de trinta dias, Brutus, um cavalo premiado de sua propriedade. Antes da data da entrega, contudo, Calígula, inimigo de Caio, adentra furtivamente ao estábulo e envenena o equino. Decerto que, pela destruição da coisa, tem Caio uma pretensão indenizatória em face de Calígula, o perpetrador do ilícito. Contudo, tendo em vista estar o cavalo já vendido a Tício quando de seu falecimento, referida pretensão indenizatória deverá permanecer na esfera jurídica de Caio, o proprietário, ou deverá ser transmitida a Tício, o adquirente?

Suponhamos, em cenário análogo, que não pela atuação dolosa de Calígula, mas por um caso fortuito, Brutus venha a ser fulminado por um raio antes da data aprazada para a entrega. Suponhamos, ainda, neste caso, que por sorte, o cavalo estava integralmente coberto por um seguro feito por Caio. Questiona-se: a quem aproveita essa sorte? O seguro em questão deverá beneficiar Caio, o dono do cavalo, ou Tício, que detinha a expectativa de adquiri-lo?

As duas situações acima ilustradas revelam uma curiosa questão pouco endereçada na dogmática brasileira acerca da repartição dos riscos da impossibilidade da prestação entre devedor e credor. Se é certo que nas obrigações de entregar coisa vigora o princípio do *ad impossibilia nemo tenetur*, de modo que a impossibilidade superveniente da prestação importa na extinção do vínculo,<sup>1</sup> disso não decorre imediatamente uma resposta acerca de qual destino deve ter eventual substitutivo da coisa perdida, seja uma

---

<sup>1</sup> Código Civil brasileiro, art. 234: “Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos”.

pretensão indenizatória em face de um terceiro responsável por sua destruição, seja um benefício securitário.

De fato, ao passo que o direito brasileiro é silente quanto a essa questão, outros ordenamentos jurídicos que comungam da tradição romanística apresentam uma resposta certa ao problema ora aventado. Indubitavelmente, com o perecimento da coisa objeto da prestação, extingue-se o vínculo obrigacional. Entretanto, ordenamentos jurídicos de tradição romanística, como a nossa, tais como o francês, o alemão e o português determinam expressamente que, a despeito da extinção da obrigação, eventuais substitutivos da coisa que sobrevenham ao devedor em razão de sua destruição, tal como benefícios securitários ou indenizações em face de terceiros, deverão ser sub-rogados ao credor. Referida sub-rogação é baseada no instituto do *commodum* de representação. Essa figura, embora não expressamente referida em nossa legislação e pouco conhecida da doutrina nacional, é tida, em outros ordenamentos jurídicos, como um “princípio contratual obviamente equitativo”,<sup>2</sup> sendo sustentado, inclusive, como um “princípio geral do direito contratual”.<sup>3</sup>

O presente trabalho propõe-se a lançar algumas luzes sobre o *commodum* de representação. Para tanto, no capítulo 1 serão explicitadas suas características centrais, no capítulo 2 será abordada a sua conformação nos direitos francês, alemão e português, ordenamentos jurídicos europeus de matriz romanística que profundamente influenciaram a conformação do direito obrigacional brasileiro, buscando ilustrar a amplitude de sua aceitação em sistemas estrangeiros e, por fim, no capítulo 3, será realizado um esforço hermenêutico visando avaliar a possibilidade de acomodação dessa figura no direito brasileiro.

## **2. Delineamentos gerais acerca do *commodum* de representação**

O *commodum* de representação dá-se “quando haja a extinção de uma obrigação por impossibilidade da prestação e, por virtude do facto que gerou a aludida impossibilidade, o devedor veja constituir-se a seu favor um direito, o direito do credor transfere-se para este último”, conforme explicita Menezes Cordeiro.<sup>4</sup> Verifica-se, pois, que o *commodum*

---

<sup>2</sup> BRUNNER, Christoph. *Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008, p. 350. Em idêntico sentido, ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German law of obligations: historical and comparative perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 60.

<sup>3</sup> BRUNNER, Christoph. *Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008, p. 351.

<sup>4</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Vol. II, t. IV. Coimbra: Almedina, 2010, p. 184.

de representação, nas palavras do autor, “ilustra o prolongamento da obrigação inicial, cuja prestação principal se tenha impossibilitado”.<sup>5</sup> Trata-se, em suma, de um benefício estatuído pelo direito em favor do credor, uma verdadeira norma de tutela do crédito, a qual, conforme Alcalde Silva, “busca paliar, na medida do possível, os prejuízos sofridos”.<sup>6</sup>

Referida opção autoriza o credor, diante da impossibilidade da prestação esperada, optar entre aceitar a extinção do vínculo, liberando-se de seu próprio dever de prestar – ou adquirindo a prerrogativa de reclamar a restituição da prestação já executada – e cumprir com sua parte do contrato<sup>7</sup> e exigir os direitos tocantes ao devedor em razão do fato que acarretou a impossibilidade de prestar.<sup>8</sup>

Para fins de ilustração, voltemos ao primeiro exemplo apresentado na introdução. Pela regra do *commodum*, caso Tício já tenha pagado, ou se disponha a pagar o preço do cavalo, optando pelo recebimento do *commodum*, deve Caio transferir-lhe a pretensão indenizatória havida em face de Calígula pela destruição sua propriedade. Quanto ao segundo exemplo, o benefício securitário a que Caio fazia jus, da mesma forma, deveria ser transferido a Tício caso esse opte por exigí-lo em troca de sua prestação.

Em uma análise pragmática, o *commodum* revela-se uma opção interessante para o credor sempre que este já tenha cumprido com sua prestação e sobrevenha a impossibilidade em face da prestação do devedor. Nessa hipótese, ponderando a capacidade de solvência do terceiro contra o qual se dirige o *commodum* como superior à do devedor, o credor tendencialmente optará por exigir o *commodum* ao invés de pleitear a resolução do contrato e reclamar a restituição da prestação cuja causa foi perdida.

### **3. A amplitude da aceitação do *commodum* de representação em ordenamentos de matriz romanística: França, Alemanha e Portugal**

Delineados os contornos conceituais do *commodum*, o qual, inegavelmente se estruturam com base no marco teórico adotado, passa-se, agora, a uma análise do

<sup>5</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Vol. II, t. IV. Coimbra: Almedina, 2010, p. 185.

<sup>6</sup> Tradução livre. No original: “*intenta paliar, en la medida de lo posible, los perjuicios sufridos*”. ALCALDE SILVA, Jaime. El “*commodum repraesentationis*” del artículo 1677 del “código civil” de Chile. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, vol. XXI, pp. 37-161, 2008, p. 40.

<sup>7</sup> A necessidade de que o credor que exige o *commodum* arque com sua parte da prestação é reconhecida pela doutrina, e decorre da própria lógica do instituto. Nesse sentido: BRUNNER, Christoph. *Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008, p. 349. No mesmo sentido: ALCALDE SILVA, Jaime. El “*commodum repraesentationis*” del artículo 1677 del “código civil” de Chile. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, vol. XXI, pp. 37-161, 2008, p. 53.

<sup>8</sup> BRUNNER, Christoph. *Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008, p. 349.

tratamento do instituto em diversos sistemas romanísticos que muito influenciaram o direito obrigacional brasileiro. Necessário esclarecer, neste momento, que a empreitada ora proposta não se afigura propriamente como um estudo de direito comparado no sentido estrito que se lhe atribui o método funcional, tão frequentemente utilizado e prestigiado nas comparações de institutos de direito privado.<sup>9</sup>

Com efeito, o escopo do trabalho não permite uma comparação pormenorizada do sentido, da aplicação e dos elementos socioculturais envolvidos por detrás do instituto do *commodum* de representação tal como ele se apresenta em cada um dos ordenamentos jurídicos em análise em um confronto específico com o cenário brasileiro.<sup>10</sup> Por outro lado, tendo em vista o objeto do presente texto de apresentar o instituto do *commodum* e enfatizar certo estranhamento decorrente de sua não consideração pelo direito brasileiro, a apresentação, a título de ilustração, do tratamento da matéria em diferentes ordenamentos jurídicos que influenciaram nossa experiência jurídica justifica-se metodologicamente. Dito isso, passa-se a análise de alguns ordenamentos relevantes, a fim de demonstrar uma certa dissonância do direito brasileiro com ordenamentos civilistas afins, que nos influenciaram de forma relevante, nos quais se colhem manifestações que podem ser reconduzidas ao esquema acima delineado sob a rubrica de “*commodum* de representação”.

Pode-se afirmar com certa segurança que a estrutura do direito civil brasileiro está calcada majoritariamente em dois grandes pilares: a influência francesa e a influência alemã.<sup>11</sup> No que tange às disposições gerais acerca do direito obrigacional, verifica-se que a disposição da matéria nos arts. 863 a 883 do Código Civil brasileiro de 1916, a qual foi amplamente reproduzida nos arts. 233-251 do Código Civil brasileiro de 2002, foi claramente influenciada pelas disposições dos arts. 1.136 a 1.155 do *Code civil* francês,

---

<sup>9</sup> Sobre o método funcional, cf. MICHAELS, Ralf. The Functional Method of Comparative Law. In: REIMAN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford handbook of comparative law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. Sobre a particular utilidade desse método na comparação de temas envolvendo o direito civil, cf. PEREIRA, Fabio Queiroz; COLOMBI, Henry. O método funcional e a sua utilização no direito civil comparado. In: MENEZES, Wagner (Org.). *Direito internacional em expansão – Anais do XVIIº Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2019.

<sup>10</sup> O método funcional propugna uma comparação expressa e direta entre institutos específicos de dois ordenamentos em confronto, valendo-se de elementos sociais e culturais para informar a empreitada comparativa, ciente da possibilidade de uma mesma função desempenhada por um instituto jurídico em um ordenamento pode, eventualmente, ser desempenhada por um dado extralegal em outro. A propósito, cf. BRENER, Paula *et. al.* Os métodos do direito comparado: por um pluralismo metodológico e um comparativismo crítico. *Revista acadêmica da faculdade de direito do Recife*, Recife, vol. 93, n. 1, ano CXXX, pp. 212-226, abr. 2021, pp. 215-216.

<sup>11</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. *Code civil* francês: gênese e difusão de um modelo. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 50, n. 198, pp. 59-88, abr./jun. 2013, p. 80.

em sua redação original.<sup>12</sup> A disciplina da impossibilidade, na qual exsurge a problemática do *commodum*, é também profundamente marcada pelos influxos, no Brasil, da disciplina francesa. Verifica-se a patente similaridade, inclusive textual, entre o art. 393 do Código Civil brasileiro de 2002 – que replica em linhas gerais o que dispunha o art. 1.058 do Código Civil brasileiro de 1916 – e o que dispõe o art. 1.148 da redação original do *Code*.<sup>13</sup>

Na tradição francesa, reconhece-se expressamente o *commodum* de representação, o qual foi considerado a propósito do art. 1303 da redação original do *Code*. O artigo em questão dispunha que “Quando a coisa perece, sai do comércio ou se perde, sem culpa do devedor, este obriga-se, se houver direito ou ação de indenização em relação a essa coisa, a transferi-la para o seu credor”.<sup>14</sup> A origem de referido dispositivo encontra-se no §670 do Tratado das Obrigações de Pothier.<sup>15</sup> Na passagem, o autor francês sintetiza a natureza da noção subjacente ao *commodum* de representação nos seguintes termos: “Quando a coisa devida pereceu sem culpa do devedor, foi excluída do comércio ou se perdeu de modo a não se saber seu paradeiro, se o devedor tiver direito e ações a seu respeito, sua obrigação subsiste, a efeito de ser obrigado a ceder ao credor esses direito e ações”.<sup>16</sup>

Com a reforma do Código Civil francês de 2016, referido artigo foi revogado, porém a lógica subjacente ao *commodum* permanece na sistemática da inexecução das obrigações na hipótese de impossibilidade de cumprimento em razão da perda da coisa, presente no art. 1351-1 da versão reformada do *Code*. Referido dispositivo dispõe o seguinte: “Quando a impossibilidade de execução decorre da perda da coisa devida, o devedor em mora libera-se se provar que a perda teria ocorrido da mesma forma se a obrigação tivesse sido cumprida. Todavia, ele segue obrigado a transferir ao seu credor os direitos e ações

<sup>12</sup> O próprio Beviláqua reconhece essa influência, ao referir nas notas de “legislação” comparada os dispositivos do *Code* que o inspiraram na redação dos artigos respectivos do Código Civil brasileiro de 1916. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*: commentado por Clóvis Beviláqua. 6ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1943, pp. 5-27.

<sup>13</sup> Dispõe o art. 393 do Código Civil brasileiro 2002: “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”. O art. 1.148 do *Code civil* em sua redação original dispunha: “*Il n’y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d’une force majeure ou d’un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit*”. Versão oficial do *Code* disponibilizada pelo governo francês.

<sup>14</sup> Tradução livre. No original: “*Lorsque la chose est perie, mise hors du commerce ou perdue, sans la faute du débiteur, il est tenu, s’il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier*”.

<sup>15</sup> A influência de Pothier na consolidação do dispositivo do art. 1202 da redação original do *Code* é identificada por Diez-Picazo. DIEZ-PICAZO, Luis. *Commodum ex negotiatione*. *Anuario de Derecho Civil*, Madri, tomo LX, fascículo IV, pp. 1601-1617, 2007, p. 1604-1605.

<sup>16</sup> POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das Obrigações*. Trad. Adrian Batista e Douglas Ferreira. Campinas: Servanda, 2002, p. 596.

inerentes à coisa”.<sup>17</sup> No texto reformado, permanece a previsão do *commodum*, porém, se na versão original parecia o instituto limitar-se à hipótese de perda da coisa sem culpa do devedor, atualmente, parece o direito francês limitar a aplicação do *commodum* à situação na qual o devedor em mora logra provar que a perda da coisa operaria-se invariavelmente, mesmo se tivesse sido cumprida a obrigação.

Não se descarta que o sistema francês de transmissão da propriedade *solo consensu*<sup>18</sup> reafirmam a lógica que subsidia o acolhimento do *commodum* de representação. Se, com a formação do contrato, a propriedade já se transfere ao credor, parece decorrer logicamente que os benefícios dela decorrentes, ou seja, o *commodum*, devam ser a ele atribuídos.

Entretanto, o *commodum* não se revela, de maneira nenhuma uma exclusividade do sistema consensual de transmissão da propriedade. Também na Alemanha, na qual vige, como no Brasil, o sistema romano, formal, de transmissão da propriedade,<sup>19</sup> o *commodum* de representação, aqui de natureza puramente obrigacional, encontra acolhida, inclusive com maior abrangência. A tradição germânica, vale ressaltar, legou ao direito brasileiro a organização de um Código que se divide entre a Parte Geral e a Parte Especial, como já se observa no Diploma de 1916.<sup>20</sup> Na Alemanha, o *commodum* é tratado no § 285 do BGB,<sup>21</sup> o qual dispõe que:

§285. Devolução do reembolso. (1) Se por conta das circunstâncias previstas no §275 (1) a (3), que o eximem da obrigação de prestar, o devedor obtém reembolso ou uma pretensão de reembolso pelo objeto devido, o credor pode exigir [do devedor] a devolução do que ele recebeu em a título de reembolso ou a transferência da pretensão de reembolso. (2) Se o credor puder exigir indenização substitutiva da prestação, exercendo ele o direito estipulado na subseção (1), acima, a

<sup>17</sup> Tradução livre. No original: “Lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur mis en demeure est néanmoins libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée. Il est cependant tenu de céder à son créancier les droits et actions attachés à la chose”. Versão oficial do Code disponibilizada pelo governo francês.

<sup>18</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. Código Napoleão - influência nos sistemas jurídicos ocidentais. *Revista da faculdade de direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 32 (nova fase), pp. 1-14, 1989.

<sup>19</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. Código Napoleão - influência nos sistemas jurídicos ocidentais. *Revista da faculdade de direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 32 (nova fase), pp. 1-14, 1989, p. 12. Diferencia-se, entretanto, o direito brasileiro do alemão, apesar de ambos calcarem-se na matriz romana, a natureza absoluta da formalidade, que no caso de transmissão de bens imóveis assume natureza de negócios jurídico abstrato, não podendo ser desconstituído por vício de causa.

<sup>20</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Cem anos de código civil alemão: o BGB de 1896 e o código civil brasileiro de 1916. *Revista da faculdade de direito da UFRGS*, Porto Alegre, vol. 13, pp. 71-97, 1997.

<sup>21</sup> Numeração atribuída após a reforma do direito obrigacional ocorrida em 2002. Anteriormente, o artigo já se fazia presente como § 281. ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German law of obligations: historical and comparative perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

indenização será reduzida proporcionalmente ao valor do reembolso ou da pretensão de reembolso que o credor obteve”.<sup>22</sup>

Tão internalizado é o instituto no contexto germânico que seus juristas demonstram certa perplexidade diante do fato de o *commodum* não ter sido albergado expressamente nos documentos de uniformização da legislação contratual, como a Convenção de Viena e os Princípios UNIDROIT sobre Contratos Comerciais Internacionais. Zimmerman aponta claramente ser “estranha” a omissão desses dois diplomas sobre o instituto.<sup>23</sup>

Verifica-se, portanto, que a ideia de que, diante da exoneração do devedor de sua obrigação de entregar coisa, permanece, em favor do credor, o direito de receber um substitutivo da prestação – o *commodum* dela decorrente – é inteiramente compatível com um sistema que não admite a transmissão da propriedade *solo consensu*. O *commodum*, no ordenamento jurídico alemão, justifica-se em suas bases obrigacionais como um meio substitutivo da tutela do crédito. Sua expressa aceitação no ordenamento jurídico alemão, que, tal como o francês, constitui um dos berços da inspiração do sistema obrigacional brasileiro assevera a perplexidade de não se localizar disposição expressa sobre o tema em nosso meio.

Por fim, não é possível desconsiderar a influência do ordenamento jurídico português. A relação colonial de submissão política e administrativa que perdurou mais de trezentos anos, a própria conformação cultural do Brasil, influenciada pela cultura, costumes, religião e, sobretudo, pelo idioma português, justificam a afirmação de que, em linha gerais, a tradição lusitana é aquela que mais influencia a conformação do direito brasileiro. Não se pode olvidar que, mesmo após a independência política, em 1822, seguiu vigente no Brasil, em diversos âmbitos, inclusive em amplas províncias do direito obrigacional, as Ordenações Filipinas, direito português que, no Brasil, teve vida mais longa do que aquela observada em Portugal.<sup>24</sup>

É certo que, posteriormente à independência, sobretudo em matéria civilística, Portugal e Brasil seguiram caminhos divergentes, tendo Moreira Alves afirmado que o direito civil

<sup>22</sup> Tradução livre. Na versão oficial em inglês do BGB, disponibilizada pelo governo alemão, lê-se: “§ 285. Return of reimbursement. (1) If the obligor, as a result of the circumstance by reason of which, under section 275 (1) to (3), he has no duty of performance, obtains reimbursement or a claim to reimbursement for the object owed, the obligee may demand return of what has been received in reimbursement or an assignment of the claim to reimbursement. (2) If the obligee may demand damages in lieu of performance, then, if he exercises the right stipulated in subsection (1) above, the damages are reduced by the value of the reimbursement or the claim to reimbursement he has obtained”.

<sup>23</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German law of obligations: historical and comparative perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 60.

<sup>24</sup> ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. *Revista da faculdade de direito da USP*, São Paulo, vol. 88, pp. 185-238, 1993, p. 191.

brasileiro se aproxima mais da tradição lusitana antiga do que o próprio direito civil português contemporâneo. De fato, ao longo do século XX, Portugal receberá grande influência francesa,<sup>25</sup> enquanto o Brasil, após um inicial apego às práticas lusitanas tradicionais, sobretudo pelo esforço de Teixeira de Freitas e pela influência da Escola do Recife, na qual se formou Clóvis Beviláqua, redator do Código Civil de 1916, será amplamente tributária de influências da pandectística germânica, incorporando elementos do direito alemão e preservando a influência marcada do direito romano.<sup>26</sup> Entretanto, sobretudo pela influência linguística e pela proximidade cultural, Portugal é, ainda hoje, um grande centro de influência sobre a conformação e a evolução do direito civil brasileiro.

Embora a doutrina relate que, sob a vigência do Código Seabra, de 1867, o *commodum* de representação já era um instituto acolhido pela civilística portuguesa, não havia disposição legal expressa que o encapasse.<sup>27</sup> É possível levantar a hipótese que resida justamente nesta circunstância a ausência de inclusão de disposição referente ao *commodum* no Código Civil de 1916. Beviláqua, embora reflita em seu anteprojeto influências das codificações alemã e francesa, dentre outras, confessadamente inspirou-se largamente em disposições do Código Seabra. Nesse sentido, o silêncio da legislação brasileira pode refletir o silêncio quanto ao *commodum* observado, ao menos na letra fria da lei, no contexto português. Essa omissão, por sua vez, foi transplantada do Código de 1916 para o Código de 2002, embora quando da edição deste último, no cenário português, o *commodum* já contava com previsão legal expressa.

O direito português, com efeito, passará a contar com disposição legal expressa acerca do *commodum* de representação com a edição Código Vaz Serra, de 1966. O Código português cuida do *commodum* de representação em duas hipóteses: o art. 794 regula a sua incidência diante da impossibilidade não imputável ao devedor, enquanto o art. 803 regula o *commodum* em casos de impossibilidade imputável. Observa-se, no entanto, que este último apenas remete àquele primeiro, ressaltando apenas a necessidade de abatimento do cômputo da indenização por perdas e danos do valor recebido a título de *commodum*. Nessa toada, veja-se o que dispõe o art. 794 do Código Civil português: “«*Commodum*» de representação. Se, por virtude do facto que tornou impossível a prestação, o devedor adquirir algum direito sobre certa coisa, ou contra terceiro, em

---

<sup>25</sup> ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. *Revista da faculdade de direito da USP*, São Paulo, vol. 88, pp. 185-238, 1993, p. 186.

<sup>26</sup> ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. *Revista da faculdade de direito da USP*, São Paulo, vol. 88, pp. 185-238, 1993, p. 212.

<sup>27</sup> PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 242.

substituição do objecto da prestação, pode o credor exigir a prestação dessa coisa, ou substituir-se ao devedor na titularidade do direito que este tiver adquirido contra terceiro”.<sup>28</sup>

Verifica-se, portanto, que França, Alemanha e Portugal, ainda que tardiamente, ordenamentos jurídicos que detêm grande proximidade e influência sobre o direito brasileiro, reconhecem a figura do *commodum* de representação de forma expressa em suas legislações. Diante desse cenário, indaga-se como o direito brasileiro lidaria com os problemas ilustrados na introdução, os quais são tipicamente endereçados pela figura do *commodum*? Haveria, em nosso direito, espaço para esta figura ou para algum equivalente funcional, ou seria eloquente o silêncio de nossos Códigos – tanto o de 1916 quanto o de 2002 – no sentido de que a impossibilidade da prestação opera uma força liberatória total, não havendo espaço para qualquer ultratividade do direito de crédito?

#### **4. Há espaço para o *commodum* de representação no ordenamento jurídico brasileiro?**

Conforme já apresentado, não se colhe no direito brasileiro, seja no Código Civil de 1916 seja no vigente Código Civil de 2002, qualquer disposição semelhante àquelas observadas nos direitos francês, alemão e português a dar guarida ao *commodum* de representação. Ademais, é assentada a doutrina do efeito liberatório da impossibilidade da prestação, calcada na máxima romana *ad impossibilia nemo tenetur*. Destarte, impossibilitada a obrigação, queda o devedor liberado de seu vínculo para com o credor.<sup>29</sup>

Entretanto, a afirmação dessa doutrina não necessariamente oferece uma resposta ao problema colocado na introdução. Impossibilitada a prestação pela perda da coisa, eventual *commodum* dela derivado, seja uma pretensão indenizatória, seja um benefício securitário, deverá permanecer com o devedor, o qual, afinal, é o proprietário da coisa perdida, ou deverá ser transferido ao credor, que tinha sobre a coisa um direito de crédito? À mingua de disposição legal e não tendo a questão ingressado por outra forma

---

<sup>28</sup> Versão oficial do Código Civil disponibilizada pelo governo português. Disponível em: <CodigoCivil.rtf (igac.gov.pt)>. Acesso em setembro de 2021.

<sup>29</sup> Nesse sentido, é clara a lição de Clóvis do Couto e Silva. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 121.

no debate, a maior parte da doutrina não se dispõe a discutir a temática. Tampouco colhe-se da jurisprudência dos tribunais discussões envolvendo o assunto.<sup>30</sup>

Na doutrina, destacam-se duas notáveis exceções. Com efeito, o *commodum* de representação não passou despercebido pela exaustiva análise de Pontes de Miranda, em seu Tratado de Direito Privado, e atraiu também a atenção de Orlando Gomes. Não é de surpreender que o tema tenha chamado a atenção desses dois autores. Pontes de Miranda, reconhecidamente influenciado pela tradição germanista, absorveu a discussão sobre o *commodum* de autores alemães, os quais cita expressamente em sua análise.<sup>31</sup> Orlando Gomes provavelmente despertou sua atenção ao tema do documentado diálogo com autores portugueses, nomeadamente Antunes Varela, com o qual colaborou quando do exílio deste último, que compôs temporariamente o corpo docente da Universidade Federal da Bahia.<sup>32</sup>

Pontes de Miranda defende expressamente a aplicação do *commodum* ao direito brasileiro. Não se ocupa de fundamentar a razão de seu entendimento, que, como dito, não detém base legislativa. O autor simplesmente pressupõe a existência da regra e analisa sua aplicação diante de possíveis variáveis, sempre com escorço na doutrina germânica. O autor traduz o *commodum* sobre a rubrica de “pretensão à cessão da pretensão contra terceiro”. Segundo o autor: “Se o devedor recebe a indenização que lhe tinha de pagar o terceiro, responsável pela impossibilitação, o credor pode exigí-la, como poderia exigir a cessão da pretensão contra o terceiro”.<sup>33</sup> A carência de base legislativa e a ausência de um esforço de acomodação de suas considerações sobre o *commodum* na realidade própria do direito pátrio acusa uma aparente desvinculação entre as questões por ele discutidas e a realidade subjacente do direito positivo.

Orlando Gomes, por sua vez, embora não se alongue nas diversas implicações do instituto, cioso da ausência de base legislativa, busca justificar seu entendimento pela

---

<sup>30</sup> Decerto que um mapeamento jurisprudencial exaustivo foge aos limites do presente trabalho. A título de ilustração, no entanto, em busca à plataforma JusBrasil, encontra-se apenas seis referências à expressão “*commodum* de representação”. Cinco delas foram acusadas no inteiro teor de um voto da Desembargadora Federal Suzana Camargo replicado em Apelações Cíveis de idêntica temática, todas, julgadas pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região. A sexta refere-se também a um julgado do TRF-3, de relatoria do Desembargador Federal Luiz Stefanini, o qual, em seu voto, refere-se à fundamentação da Desembargadora Federal Suzana Camargo no voto anteriormente referido. Contudo, analisando-se o voto vê-se que a expressão estava contida em uma citação ao português Antunes Varela, a qual versava sobre a possibilidade de renúncia antecipada a direitos, não tendo a discussão sobre o *commodum* pertinência à solução do caso.

<sup>31</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. T. XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, cap. XII.

<sup>32</sup> VARELA, Maria das Graças B. de A. Antunes. Antunes Varela – Os bastidores da história. *Revista do programa de pós-graduação em direito da UFBA*, Salvador, n. 23, ano 2011.2, Homenagem ao Professor João de Matos Antunes Varela, pp. 11-16, 2011, pp. 15-16.

<sup>33</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. T. XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. §2.742(1).

compatibilidade do *commodum* de representação ao direito brasileiro por um argumento lógico. Segundo o autor, o dever de ceder ao credor o *commodum*, ou seja, as pretensões indenizatórias ou securitárias, derivaria da máxima romana “*ejus est commodum cujus est periculum*”. Importa reproduzir a passagem na qual o autor sustenta sua posição:

[...] o objeto da prestação pode ser destruído sem culpa do devedor, que assim se liberta da obrigação, e poderá obter uma vantagem. É o que se verifica, por exemplo, se a coisa estava segurada. Se ao devedor se atribuísse o direito de não a restituir, por ter desaparecido sem sua culpa, mas, do mesmo passo, lhe fosse dado reter a indenização, estaria tirando injustificável proveito. Por isso, aplica-se o princípio: *ejus est commodum cujus est periculum*, isto é, o proveito deve pertencer a quem suporta o prejuízo. Configura-se, na hipótese, o cômodo de representação.<sup>34</sup>

Contudo, sua lógica apresenta uma falha. Como vige no sistema brasileiro a regra da transmissão formal da propriedade, antes da tradição a coisa perdida pertence ao devedor, e é ele que perde a coisa deteriorada. É fato que, com perda, pode-se encarar como um benefício o efeito liberatório, contudo, correspectivo a esse efeito, também haverá, para o credor, o direito de obstar a contraprestação ou pedir-lhe a restituição. Destarte, se o credor perde seu direito ao crédito, o devedor perde, além de um bem que ainda era de sua propriedade, o direito à contraprestação, logo, ambos os polos da obrigação arcam tanto com a sua parcela de benefício (*commodum*) quanto com sua parcela de riscos (*periculum*). Nesse sentido, com o retorno ao *status quo antem*, eventual pretensão indenizatória ou securitária que o devedor obtenha, será para recompor o menoscabo ao seu patrimônio, do mesmo modo que ao credor dá-se a faculdade de reter a sua prestação ou a pretensão de restituição da prestação já paga com fundamento no enriquecimento sem causa (art. 885 do Código Civil).

Nesse sentido, desde que o *commodum* de representação pressuponha que, para exercer a faculdade de exigí-lo, o credor deva contraprestar – como, em regra, é reconhecido nas tradições que o adotam<sup>35</sup> –, tanto a sua acolhida quanto a sua proscrição está em conformidade com a máxima “*ejus est commodum cujus est periculum*”. Logo, o

---

<sup>34</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 29.

<sup>35</sup> BRUNNER, Christoph. *Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008, p. 349.

argumento de Orlando Gomes, tal como foi colocado, não é suficiente a embasar, à mingua de disposição legislativa, a existência da regra do *commodum*. Isso porque, ainda que este não seja admitido, prejuízos e benefícios seguem sendo repartido à medida que cada um dos polos da obrigação arca com uma parcela do risco.

Assentado o argumento em contraposição à tese de Orlando Gomes, adianta-se a impressão em mim despertada no sentido da incompatibilidade do *commodum* de representação ao direito brasileiro. O instituto representa menos um reconhecimento da multicitada máxima romana “*ejus est commodum cujus est periculum*”, que pode ser alcançada por outras vias, do que um benefício conferido ao credor para facilitar a compensação pelos prejuízos sofridos. Nesse sentido, como, inegavelmente, a aplicação do *commodum* agrava a situação do devedor, que, privado da coisa, não poderá exercer suas pretensões, devendo sub-rogá-las ao credor, não parece razoável sustentar sua aplicação à míngua de previsão legal. Imagine-se, no segundo exemplo tratado na introdução, no qual Caio, proprietário do cavalo Brutos, em razão da morte deste, recebe um benefício securitário.

Adotando-se a regra do *commodum*, caso já tenha recebido a contraprestação de Tício ou dispondo-se esse a entregá-la, Caio deverá ceder o benefício recebido. Proscrevendo-se a regra, como entendo proscrever o direito brasileiro diante do silencio eloquente do Código, o devedor poderá exercer regularmente o direito, que, afinal, exsurge de sua posição de proprietário, cabendo ao credor, caso tenha já prestado, intentar a ação *in rem verso* (art. 885 do Código Civil). Verifica-se, portanto, que a regra do *commodum* oferece uma tutela a mais ao crédito, a qual, inegavelmente, interfere na esfera de liberdades do devedor, ampliando os poderes de coerção jurídica do credor. Além da extinção da obrigação, com a liberação do credor de seu dever de contraprestar e da pretensão *in rem verso*, teria, ainda, o credor uma pretensão alternativa: exigir o *commodum* de representação. Contudo, como tudo em direito privado, um poder outorgado a um é sempre um contraponto de uma sujeição a qual se submete o outro. Logo, diante da ausência de base legislativa, não parece haver lugar para o reconhecimento interpretativo da figura, sob pena de uma leitura que ultrapassa os limites do dado normativo.

## 5. Considerações finais

Viu-se, ao longo deste trabalho, que o direito brasileiro destoa dos ordenamentos jurídicos que mais o influenciaram no que se refere à disciplina do *commodum* de

representação. Esse benefício conferido ao credor que, diante da impossibilidade da prestação, pode optar, como alternativa à extinção do vínculo e eventual pretensão de restituição *in rem verso*, por exigir os benefícios adquiridos pelo devedor por conta do fato que acarretou a impossibilidade da prestação, é expressamente acolhido nas legislações francesa, alemã e portuguesa.

Viu-se, ainda, que, para além do silêncio da lei, a jurisprudência brasileira não cogita do instituto e a doutrina largamente o ignora. Notáveis exceções são colhidas nas obras de Pontes de Miranda e de Orlando Gomes. Enquanto o primeiro simplesmente pressupõe a sua existência e avança sobre os possíveis desdobramentos, sem convencer sobre a questão preliminar de sua acolhida ou não no ordenamento pátrio, o segundo busca justificar a razão de ser de sua perspectiva que entende acolhida no direito brasileiro a figura do *commodum*. Entretanto, a justificativa empregada de calcar a regra como uma decorrência automática da máxima “*ejus est commodum cujus est periculum*” não parece compatível com a realidade das repartições dos riscos pela impossibilidade da prestação no direito brasileiro.

Como uma medida de tutela do crédito, *de jure condendo*, parece correto o entendimento de Zimmermann segundo o qual o *commodum* de representação poderia ser um remédio “obviamente equitativo”.<sup>36</sup> Entretanto, defrontado com o dado normativo brasileiro *de jure condito*, não parece admissível sustentar haver espaço para o *commodum* de representação nos meandros das disposições do Código Civil brasileiro, cujo silêncio parece, de fato, ser eloquente.

## 5. Referências bibliográficas

ALCALDE SILVA, Jaime. El “commodum repraesentationis” del artículo 1677 del “código civil” de Chile. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, vol. XXI, pp. 37-161, 2008.

ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. *Revista da faculdade de direito da USP*, São Paulo, vol. 88, pp. 185-238, 1993.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*: commentado por Clóvis Beviláqua. 6ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1943.

BRENER, Paula; COLOMBI, Henry; RAMOS, Marcelo Maciel. Os métodos do direito comparado: por um pluralismo metodológico e um comparativismo crítico. *Revista acadêmica da faculdade de direito do Recife*, Recife, vol. 93, n. 1, ano CXXX, pp. 212-226, abr. 2021. pp. 215-216.

BRUNNER, Christoph. *Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008.

---

<sup>36</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German law of obligations: historical and comparative perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 60.

- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Vol. II, t. IV. Coimbra: Almedina, 2010.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- DIEZ-PICAZO, Luis. *Commodum ex negotiatione*. *Anuario de Derecho Civil*, Madri, tomo LX, fascículo IV, pp. 1601-1617, 2007.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Code civil francês: gênese e difusão de um modelo. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 50, n. 198, pp. 59-88, abr./jun. 2013
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- MARQUES, Cláudia Lima. Cem anos de código civil alemão: o BGB de 1896 e o código civil brasileiro de 1916. *Revista da faculdade de direito da UFRGS*, Porto Alegre, vol. 13, pp. 71-97, 1997.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. Código Napoleão - influência nos sistemas jurídicos ocidentais. *Revista da faculdade de direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 32 (nova fase), pp. 1-14, 1989.
- PEREIRA, Fabio Queiroz; COLOMBI, Henry. O método funcional e a sua utilização no direito civil comparado. In: MENEZES, Wagner (Org.). *Direito internacional em expansão – Anais do XVIIº Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2019.
- PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*. Coimbra: Almedina, 2020.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. T. XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
- POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das Obrigações*. Trad. Adrian Batista e Douglas Ferreira. Campinas: Servanda, 2002.
- VARELA, Maria das Graças B. de A. Antunes. Antunes Varela – Os bastidores da história. *Revista do programa de pós-graduação em direito da UFBA*, Salvador, n. 23, ano 2011.2, Homenagem ao Professor João de Matos Antunes Varela, pp. 11-16, 2011.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German law of obligations: historical and comparative perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

**Como citar:**

COLOMBI, Henry. O *commodum* de representação: um princípio contratual “obviamente equitativo”? **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 2, 2022. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-commodum-de-representacao/>>. Data de acesso.

**civilistica.com**

Recebido em:

10.3.2022

Aprovado em:

30.5.2022