

## O “equivalente” no direito das obrigações: uma proposta hermenêutica

Eduardo Nunes de SOUZA\*

**RESUMO:** Este estudo busca uma interpretação sistematicamente adequada para a regra, prevista pelo Código Civil brasileiro, segundo a qual, na impossibilidade culposa de certas obrigações, o devedor deveria pagar, além do ressarcimento de eventuais perdas e danos, também o valor pecuniário da prestação impossibilitada (o chamado “equivalente”). Parte-se, para tanto, de um modelo tripartite das fontes de obrigações (convenção, dano injusto e enriquecimento sem causa). Infere-se que o “equivalente” ingressou no direito codificado brasileiro como modalidade de perdas e danos, por provável influência da doutrina francesa, muito embora a atual compreensão sobre o perfil funcional da responsabilidade civil impeça que se lhe confira essa natureza. Refutam-se, igualmente, as teses recentes que defendem tratar-se de uma modalidade alternativa de execução dos contratos, por se entender que tal posição (fomentada pela influência germanista da doutrina portuguesa, incompatível com a lei brasileira) não se coaduna com uma perspectiva funcional, pautada pela causa contratual. Sustenta-se, ao final, um caminho hermenêutico possível, vinculando-se a previsão legal do “equivalente” à fonte do enriquecimento injusto, a determinar a restituição, ao credor, de eventual contraprestação que já houvesse sido paga pela prestação impossibilitada, nas relações contratuais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Obrigações; equivalente; responsabilidade contratual; execução contratual; enriquecimento sem causa.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução: delimitação do problema à luz do sistema de fontes das obrigações; – 2. Possíveis antecedentes da adoção do “equivalente” pelo codificador brasileiro; – 3. *Segue.* A doutrina brasileira em torno da edição do Código Civil de 1916; – 4. Algumas objeções à colocação do “equivalente” sob a fonte indenizatória; – 5. *Segue.* Objeções específicas sobre inadimplemento e responsabilidade civil contratual; – 6. Algumas objeções à colocação do “equivalente” sob a fonte convencional; – 7. Uma proposta hermenêutica: o “equivalente” e a fonte restitutória; – 8. Considerações finais; – Referências bibliográficas.

**TITLE:** *The “Equivalent” in Brazil’s Law of Obligations: a Hermeneutical Proposition*

**ABSTRACT:** *This study seeks a systematically viable interpretation for the rule, provided for by the Brazilian Civil Code, that, in the culpable impossibility of certain obligations, the debtor should pay, in addition to compensation for any losses and damages, also the pecuniary value of the object that was rendered impossible (the so-called “equivalent”). Therefore, it starts from a threefold model of the sources of obligations (convention, unfair damage and unjust enrichment). It is possible to infer that the “equivalent” entered Brazilian law as a modality of damages, probably due to the influence of the French doctrine, although the current understanding of the functional profile of civil liability prevents it from being given this nature. The study also refutes some recent theses which argue that the “equivalent” might be an alternative modality of execution of contracts, as such a position (fostered by the Germanist influence of Portuguese doctrine, incompatible with Brazilian law) is not consistent with a functional perspective, guided by the contractual cause. In the end, the study suggests a possible hermeneutic path, linking the legal provision of the “equivalent” to the source of unjust enrichment, so as to determine the restitution, to the creditor, of any payments that had already been made in exchange of the lost object, in contractual relations.*

**KEYWORDS:** *Obligations; equivalent; contractual liability; contractual execution; unjust enrichment.*

**CONTENTS:** 1. Introduction: delimitation of the problem in the light of the system of sources of obligations; – 2. Possible antecedents of the adoption of the “equivalent” by the Brazilian Civil Code; – 3. *Segue.* The Brazilian doctrine around the edition of the Civil Code of 1916; – 4. Some objections to placing the “equivalent” under the civil liability source; – 5. *Segue.* Specific objections concerning nonperformance and contractual civil liability; – 6. Some objections to placing the “equivalent” under the conventional source; – 7. A hermeneutic proposition: the “equivalent” and the unjust enrichment source; – 8. Final remarks; – References.

**TITRE:** *L’“équivalent” dans le droit des obligations brésilien: une proposition herméneutique*

**RESUME:** *Cette étude cherche une interprétation systématique pour la règle du Code civil brésilien selon laquelle, dans l'impossibilité coupable de certaines obligations, le débiteur doit payer, en plus d'éventuels pertes et intérêts, la*

\* Doutor e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor associado de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ e professor permanente dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Civil do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ.

Agradeço ao acadêmico Igor Martins Senra, bolsista PIBIC-UERJ, pelo valioso auxílio com pesquisas jurisprudenciais e levantamento bibliográfico para este estudo. Agradeço ainda, em especial, ao Prof. Rodrigo da Guia Silva pela minuciosa leitura crítica dos originais, bem como pelas ideias e muitos anos de generosa interlocução com que contribuiu, de forma insubstituível e desprovida de equivalente em qualquer espécie, para os resultados ora apresentados.

valeur pécuniaire du bien rendu impossible (le soi-disant "équivalent"). On départ d'un modèle tripartite des sources d'obligations (convention, dommage injuste et enrichissement sans cause). Ensuite, on déduit que «l'équivalent» est entré dans le droit brésilien comme modalité de dommages-intérêts, probablement en raison de l'influence de la doctrine française, bien que la compréhension du profil fonctionnel de la responsabilité civile empêche de lui donner cette nature. On réfute également les thèses qui soutiennent qu'il s'agit d'une modalité alternative d'exécution des contrats, car une telle position (favorisée par l'influence germaniste de la doctrine portugaise, incompatible avec le droit brésilien) ne va pas avec une perspective fonctionnelle, guidée par la cause du contrat. À la fin, on propose une possible voie herméneutique, liant la prévision légale de l'« équivalent » à la source de l'enrichissement sans cause, pour déterminer la restitution, au créancier, de toute contrepartie qu'il avait déjà payée, en rapports contractuels.

**MOTS-CLES:** Obligations; équivalent; responsabilité contractuelle; exécution contractuelle; enrichissement sans cause.

**SOMMAIRE:** 1. Introduction: délimitation du problème à la lumière du système des sources des obligations; – 2. Antécédents possibles de l'adoption de "l'équivalent" par le code civil brésilien; – 3. Segue. La doctrine brésilienne autour de l'édition du code civil de 1916; – 4. Quelques objections à placer "équivalent" sous la source de la responsabilité civile; – 5. Segue. Objections spécifiques liées à l'inexécution du contrat et à la responsabilité civile contractuelle; – 6. Quelques objections à placer "l'équivalent" sous la source conventionnelle; – 7. Une proposition herméneutique: "l'équivalent" et la source de l'enrichissement sans cause; – 8. Considérations conclusives; – Références.

**TITOLO:** L'«equivalente» nel diritto delle obbligazioni brasiliano: una proposta ermeneutica

**RIASSUNTO:** Il presente studio cerca una interpretazione sistematica della norma del Codice civile brasiliano secondo la quale, nell'impossibilità colpevole di talune obbligazioni, il debitore deve pagare, oltre ad eventuali danni, anche il valore pecuniario del bene (il cosiddetto "equivalente"). Si parte da un modello tripartito delle fonti di obbligazioni (contratto, danno ingiusto e arricchimento senza causa). Se ne deduce, poi, che l'"equivalente" sia entrato nel diritto brasiliano come modalità di risarcimento del danno, probabilmente per l'influenza della dottrina francese, anche se l'attuale comprensione del profilo funzionale della responsabilità civile impedisce di dargli tale natura. Confutiamo anche le recenti tesi che sostengono che si tratti di una modalità di esecuzione dei contratti, poiché tale posizione (favorita dall'influenza germanista della dottrina portoghese, incompatibile con il diritto brasiliano) non è compatibile con una prospettiva funzionale, guidata dalla causa del contratto. Si sostiene, infine, un possibile percorso ermeneutico, legando la previsione giuridica del "equivalente" alla fonte dell'arricchimento senza causa, per determinare la restituzione, al creditore, dell'eventuale corrispettivo da lui già prestato, in rapporti contrattuali.

**PAROLE-CHIAVE:** Obbligazioni; responsabilità contrattuale; esecuzione contrattuale; arricchimento senza causa.

**SOMMARIO:** 1. Premessa: delimitazione del problema alla luce del sistema delle fonti delle obbligazioni; – 2. Possibili antecedenti dell'adozione dell'"equivalente" da parte del codificatore brasiliano; – 3. Segue. La dottrina brasiliana attorno all'edizione del Codice civile del 1916; – 4. Alcune obiezioni alla collocazione dell'"equivalente" sotto la fonte della responsabilità civile; – 5. Segue. Specifici addebiti in materia di inadempimento e responsabilità civile contrattuale; – 6. Alcune obiezioni alla collocazione dell'"equivalente" sotto la fonte convenzionale; – 7. Una proposta ermeneutica: l'"equivalente" e la fonte restitutoria; – 8. Considerazioni finali; – Referenze.

“[...] é necessário sair da ilha para ver a ilha”

– SARAMAGO

## 1. Introdução: delimitação do problema à luz do sistema de fontes das obrigações

Imagine-se que um grande escritório se encontra diante de um impasse com um de seus mais antigos funcionários. Embora sempre presente e conhecido por todos os colegas, ninguém sabe dizer ao certo qual função ele desempenha. A designação do seu cargo deveria tornar óbvias as suas atribuições, pelo que ninguém se atreve ao constrangimento de perguntar o que exatamente ele faz. Contratado há muitos anos para suprir uma demanda que se supunha existir à época, quiseram as circunstâncias e o próprio fluxo de trabalho que raramente lhe solicitassem qualquer tarefa efetiva no dia a dia. Passados os anos, embora as razões de sua contratação tenham sido esquecidas pelos mais jovens (e restem poucos diretores veteranos para reafirmá-las), o custo de uma possível demissão tem inibido administrações mais recentes de dispensá-lo. Vez ou outra, um novo gerente assume o comando e, deparando-se com o funcionário ocioso, tenta atribuir a ele uma ocupação – apenas para descobrir que ele atrapalha menos o serviço se deixado em paz.

O que poderia ser apenas um exemplo de péssima gestão empresarial parece servir de metáfora para uma tradicional figura do direito das obrigações brasileiro: o assim denominado “equivalente”. Cuida-se, aqui, da noção de que cogita o legislador quando determina as consequências da perda ou da deterioração da coisa imputáveis ao devedor no regime das obrigações de dar e restituir coisa certa (arts. 234, 236 e 239 do Código Civil) e das obrigações solidárias (art. 279). A normativa codificada também parece aludir ao conceito, ainda que com distintas designações, ao dispor sobre obrigações alternativas (arts. 254 e 255) e até mesmo sobre responsabilidade civil (art. 947). Em geral, entende-se que tais dispositivos conferem ao credor lesado pela impossibilidade da prestação decorrente de culpa do devedor a prerrogativa de exigir deste o valor em dinheiro do objeto perdido ou deteriorado (o montante “equivalente” à sua estimação em pecúnia).<sup>1</sup>

Pode-se dizer que o conceito em tela é um “velho desconhecido” no direito brasileiro. A figura já estava prevista no Código Civil de 1916, vindo a ser mantida intacta pela lei atual. A doutrina, contudo, costuma dedicar-lhe parca atenção, em geral na forma de “comentários” que se limitam a parafrasear o texto da lei, sem agregar nenhum contexto, nem explicitar sua função. A expressão “o equivalente, mais perdas e danos” tornou-se, ao longo de décadas, uma das fórmulas reproduzidas de forma mais irrefletida por estudiosos e operadores do direito. Mesmo entre os mais brilhantes autores brasileiros do século XX, muitas vezes só é possível descobrir o que entendiam por “equivalente” por meios indiretos, a partir do que afirmavam ou silenciavam ao tratarem de outras matérias, ou dos exemplos que formulavam. É provável que tamanho laceramento se deva, em grande parte, à aparente transparência semântica do termo.

Uma investigação detida dos possíveis alcances do “equivalente”, porém, parece implantar as raízes dessa figura diretamente nos pilares fundantes do direito das obrigações, provocando repercussões em temas tão variados quanto as distinções entre a responsabilidade contratual e a aquiliana, o conceito de dano injusto, o perfil funcional da responsabilidade civil, o conceito de inadimplemento, a eficácia da resolução contratual, as aplicações da causa dos contratos sobre o seu regime jurídico, o conceito de responsabilidade patrimonial, a relevância do patrimônio como garantia geral dos credores, a patrimonialidade das obrigações, a quantificação da indenização, os limites de aplicação do chamado interesse positivo, entre muitos outros. Não parece ser por acaso que o “funcionário-fantasma” foi deixado ocioso por tanto tempo. Uma parcela da doutrina contemporânea,<sup>2</sup> porém, tem se atentado à necessidade de conferir uma função ao conceito, e em boa hora. De fato, diante da previsão normativa, há que se atribuir a ela, na medida do possível, um conteúdo útil.

Muito mais do que sugerir qual seria este conteúdo (aqui deliberadamente designado como *uma* proposta hermenêutica, sendo improvável que qualquer interpretação pacifique um tema com tantas implicações), este estudo buscará selecionar, com a ordenação possível, elementos relevantes para o debate. Se conseguir

<sup>1</sup> Bastante ilustrativa desse entendimento e sempre aludida em doutrina é a definição oferecida por Tito FULGÊNCIO acerca do art. 865 do Código Civil de 1916, correspondente ao art. 234 do atual: “Impossível a entrega da coisa certa, uma vez que se perdeu, em sua entidade real, a consequência da culpa é a entrega da coisa na sua entidade econômica, a sub-rogação no equivalente” (*Do direito das obrigações: das modalidades das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958 [1928], p. 75).

<sup>2</sup> Ilustrativos da miríade de posições sobre o tema, cf. os estudos recentes, ordenados cronologicamente, de: MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. *Revista dos Tribunais*, vol. 979. São Paulo: RT, mai./2017; STEINER, Renata. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 199 e ss.; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 18. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez./2018; BICHARA, Mariana Carolina. O interesse do credor na prestação como critério de distinção entre as hipóteses de execução específica e execução pelo equivalente pecuniário. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*, vol. I. Rio de Janeiro: Processo, 2020; OLIVEIRA, Rafael Mansur de. *Execução pelo equivalente pecuniário: natureza e regime jurídico*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2021; REGIS, Erick. *Execução pelo equivalente em dinheiro diante do inadimplemento absoluto da prestação*. Rio de Janeiro: Processo, 2023.

mapear algumas das principais perplexidades e repercussões do tema, já terá logrado mais do que se propõe a fazer. A investigação é movida pela premência de perquirir, em perspectiva sistemática, a função do dever de pagar o “equivalente” no direito pátrio e, assim, as possibilidades interpretativas das normas que a preveem.

Parece oportuna, assim, uma breve nota sobre a análise (eminentemente funcional) ora empreendida. À primeira vista, o direito das obrigações encerra um dos mais bem-acabados sistemas do arcabouço teórico civilista.<sup>3</sup> Sua lógica se assemelha, não raro, à objetividade das operações matemáticas: fraciona objetos, multiplica responsabilidades, adiciona ou subtrai sujeitos da relação e assim por diante. Se, no direito civil tradicional, a propriedade e os demais direitos reais eram o valor central, o direito de crédito, como meio para a aquisição e circulação desses direitos, parece ter assumido um caráter instrumental que muito contribuiu para essa aura de pragmatismo e racionalidade. As obrigações são objetivas, céleres e precisas, um espelho da fugacidade e da instrumentalidade das trocas; os direitos reais, a seu turno, são retratados de forma complexa e multifacetada, a refletir sua tendência à perpetuidade e sua centralidade na valoração legislativa.

Um olhar mais cuidadoso, contudo, não tarda a revelar que, sob a aparência de objetividade, o direito das obrigações reúne alguns dos mais controversos conceitos de toda a civilística. Suas soluções – construídas a partir de fontes bastante díspares, não raro sem o devido cuidado acerca de eventuais sobreposições funcionais ou mesmo de francas incompatibilidades entre elas – nem sempre resistem a uma análise de ordem sistemática. Tomando-se por premissa, como propõe a escola civil-constitucional, que nenhuma norma (por cartesiana que se pretenda) pode ser reputada evidente ou autossuficiente, mas deve ter testada e demonstrada a sua compatibilidade, do ponto de vista lógico e axiológico, com a integralidade do ordenamento, não se pode supor que o direito obrigacional escape a uma ordenação funcional e sistematicamente adequada.<sup>4</sup>

A figura do “equivalente” parece ilustrá-lo bem: impende ir além da aparente simplicidade da “justiça algébrica” por ela sugerida, para se buscar o papel que desempenha no sistema. Apenas ao fazê-lo poderá o intérprete, a um só tempo, individuar o regime jurídico aplicável e compatibilizá-lo com a lógica dos demais institutos civilísticos. Para tanto, um passo decisivo parece ser a recondução do dever legal de pagar o “equivalente” a uma família mais ampla de obrigações, com maior elaboração dogmática e que permita aquilatar, de modo preciso, as possibilidades interpretativas da figura. Por “família” quer-se aludir aqui às *fontes de obrigações*, lição doutrinária das mais antigas, lamentavelmente negligenciada na práxis, mas que revela um importante potencial hermenêutico: o de reconectar as normas do direito obrigacional, pretensamente passíveis de uma compreensão autorreferenciada e mecanicista, a perfis funcionais densamente complexos, capazes de reinseri-las em uma lógica sistêmica. Embora os esquemas teóricos das fontes de obrigações sejam provavelmente tão variados quanto os autores que deles já trataram,<sup>5</sup> uma unidade mínima comum parece

<sup>3</sup> “As obrigações constituir-se-iam, segundo o entendimento tradicional, na mais bem-acabada expressão da racionalidade técnica do direito civil: uma regulação perene, definitiva” (BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 496).

<sup>4</sup> Leciona Pietro PERLINGIERI que o direito das obrigações foi “construído como um santuário (são assim mesmas as obrigações e ponto final). Mas as obrigações lidas assim não são só uma escolha técnica, sendo principalmente uma escolha axiológica. [...] Desta maneira, os conceitos com os quais fundamentamos uma discussão nos revelam que o Direito Civil não pode ser para sempre um conjunto de valores isolados da realidade” (Normas constitucionais nas relações privadas. *Civilistica.com*, a. 8, n. 1, 2019, p. 6).

<sup>5</sup> A título meramente ilustrativo, para Eduardo ESPÍNOLA, as fontes de obrigações são quatro: atos unilaterais, atos bilaterais, atos ilícitos e certas situações de fato previstas em lei (*Sistema do direito civil brasileiro*, vol. II, t. I. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1912, p. 533); para Clóvis BEVILÁQUA, também quatro: contrato, quase-contrato, ato ilícito e vontade unilateral (*Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 18); para SAN TIAGO DANTAS, três: o ato jurídico, o ato ilícito e a lei (*Programa de direito civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, p. 146); para Orlando GOMES, duas: os negócios jurídicos e os atos jurídicos não negociais (*Obrigações*. 16. ed. Atual. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 38); para Caio Mário da Silva PEREIRA, duas: o acordo de vontades e o ato ilícito (*Instituições de direito civil*, vol. II. 25. ed. Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 33).

estar na contraposição entre a vontade das partes e a lei – a evidenciar que as regras sobre obrigações decorrem, como quaisquer outras, de minuciosos juízos de valor sobre a autonomia privada pelo legislador.<sup>6</sup>

Avançando mais um passo, uma classificação bastante contemporânea das fontes de obrigações na doutrina brasileira<sup>7</sup> propõe a tripartição da maior parte<sup>8</sup> dos deveres obrigacionais entre aqueles oriundos da vontade convencional, da responsabilidade civil e da vedação ao enriquecimento sem causa.<sup>9</sup> Essa classificação revela-se particularmente compatível com a perspectiva civil-constitucional ora adotada, na medida em que traduz uma análise inerentemente funcional: o primeiro grupo tem por escopo a promoção de determinado programa negocial; o segundo, a reparação de um dano injusto; o terceiro, a restituição de uma vantagem patrimonial injustificada. Identificado esse perfil funcional, descortina-se diante do intérprete a lógica subjacente ao inteiro regime jurídico dessas famílias obrigacionais.<sup>10</sup>

Este estudo parte justamente desse modelo tripartite – e, sobretudo, do pressuposto de que a tutela jurídica de qualquer obrigação deve necessariamente poder ser reconduzida à lógica do sistema e se justificar à luz dos valores do ordenamento. O intérprete que, com alguma dose de fatalismo, contentar-se em aplicar o dever de pagar o “equivalente” como fruto de mera escolha arbitrária do legislador ou de insuperável herança das fontes remotas de nosso direito civil talvez encontre, assim, pouca ou nenhuma utilidade nestas páginas. Na perspectiva ora adotada, porém, sustenta-se que apenas perquirindo a função desempenhada por esse dever é possível traçar as aproximações e distanciamentos que a figura mantém com as fontes obrigacionais e individuar, assim, a normativa a ela aplicável. A via oposta, isto é, a análise literal e assistemática da regra, não se reputa admissível, em perspectiva civil-constitucional, nesta ou em qualquer outra matéria.

## 2. Possíveis antecedentes da adoção do “equivalente” pelo codificador brasileiro

Se as tentativas de reconstituição das origens históricas de qualquer conceito jurídico já costumam se revelar, no mínimo, desafiadoras e, em geral, pouco confiáveis, reconstruir com exatidão o percurso que conduziu à introdução do “equivalente” no Código Civil brasileiro de 1916 consiste, provavelmente, em uma tarefa inenquívica. O tema parece ser objeto de disputas teóricas e mal-entendidos conceituais em todos os ordenamentos estrangeiros que notoriamente influenciaram nossa codificação. Um esforço comparatístico, além disso, talvez se revele pouco conveniente, dadas as peculiaridades com que o “equivalente” foi historicamente tratado no direito brasileiro codificado – a recomendar uma cautela redobrada diante de qualquer tentativa

<sup>6</sup> Sobre a associação entre esse controle valorativo e a noção de legalidade no direito privado, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./2014, pp. 89 e ss.

<sup>7</sup> Trata-se da tripartição das fontes obrigacionais proposta por NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 439 e ss., e desenvolvida, mais recentemente, por SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitórias no direito civil*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 60 e ss.

<sup>8</sup> Logicamente, há obrigações que não se encaixam nos grupos mencionados; trata-se, porém, em geral de obrigações com perfis funcionais amplamente conhecidos e de fácil individuação. O dever de alimentos, por exemplo, que tem fonte legal à semelhança das obrigações de indenizar e de restituir, destina-se a uma finalidade drasticamente distinta destas últimas. Assim também se pode afirmar acerca das obrigações que constituem penas civis e seguem, por sua própria função punitiva, uma lógica peculiar. Não se trata, assim, de exceções: também nesses casos, individua-se a função da obrigação para que se identifiquem o seu regime jurídico e as suas hipóteses de incidência.

<sup>9</sup> Pondera Fernando NORONHA que falar a diversidade de funções das obrigações remete “[...] à diversidade de interesses que são prosseguidos em cada uma delas. Assim, a tripartição entre obrigações negociais, de responsabilidade civil e de enriquecimento sem causa constitui a divisão fundamental das obrigações, do ponto de vista dos interesses tutelados” (*Direito das obrigações*, cit., p. 439).

<sup>10</sup> Como propõe Rodrigo da Guia SILVA, “a identificação da fonte de certa obrigação passa a assumir importância, assim, não tanto para a admissibilidade do seu surgimento (conclusão que depende inexoravelmente do juízo de merecimento de tutela [...]), mas, sim, para a identificação do regime jurídico aplicável, em atenção à distinção funcional entre as espécies” (*Enriquecimento sem causa*, cit., p. 85).

de transposição da experiência alienígena ao ordenamento nacional.<sup>11</sup> Ainda assim, uma tentativa de identificação da lógica adotada pelo codificador de 1916 talvez seja oportuna, sobretudo porque o tratamento normativo do tema, ao contrário dos respectivos entendimentos doutrinários, não mudou desde o regime anterior até o atual. Esse esboço de reconstrução da *mens legislatoris*, se por um lado produz um frágil e desaconselhável recurso hermenêutico,<sup>12</sup> talvez seja, de outra parte, capaz de oferecer uma resposta eloquente a interpretações que, datando de contextos substancialmente distintos, não se adequam ao momento atual. Como proposta de método, pretendem-se reunir alguns elementos presentes na doutrina e na ordem positiva de outros países do sistema romano-germânico à época da edição do Código Civil de 1916, dando-se prioridade, a partir daí, ao percurso peculiar que a figura do “equivalente” seguiu na ordem jurídica interna.

Antes disso, porém, impõe-se uma nota histórica. Costuma-se apontar que as raízes remotas do “equivalente” repousam nas fontes romanas.<sup>13</sup> Segundo a doutrina especializada, durante o período do processo formulário não se admitia que, descumprida uma obrigação, o credor lesado recorresse à execução específica, à reparação *in natura*<sup>14</sup> ou à resolução do contrato.<sup>15</sup> Como toda condenação devia ser necessariamente pecuniária (*omnis condemnatio pecuniaria*),<sup>16</sup> o único remédio possível consistia em postular o pagamento do valor em dinheiro da prestação descumprida.<sup>17</sup> Entendia-se, assim, que a obrigação inadimplida não se extinguia, antes se perpetuava (eis a regra da *perpetuatio obligationis*),<sup>18</sup> embora convertida no seu equivalente pecuniário – geralmente calculado pelo valor exato do objeto (*quanti ea res est*) ou, se indeterminado este, por um arbitramento mais flexível e de índole subjetiva a ser promovido pelo *iudex* (o chamado *id quod interest*).<sup>19</sup>

<sup>11</sup> Ao propósito, Pietro PERLINGIERI alerta quanto à necessidade de um olhar historicizado sobre os conceitos, evitando-se “operações de transplante” sem a devida consideração ao contexto em que se desenvolveram (*O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 64).

<sup>12</sup> Se necessária alguma referência a este ponto, remeta-se à célebre crítica de Carlos MAXIMILIANO (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 22), que reputava “retrógrada” e “temerária” a tentativa de reconstrução da intenção legislativa. Contemporaneamente, cf. ainda o libelo de Pietro PERLINGIERI contra a postura “niilista” do intérprete que se atém à vontade do legislador (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 130-131).

<sup>13</sup> Segundo MOREIRA ALVES, no processo formulário romano, como a *condemnatio* (isto é, a parte da fórmula que concedia ao juiz poder para condenar o réu) deveria ser em dinheiro, ainda que o autor reivindicasse coisa sua que indevidamente se encontrasse na posse do réu, o juiz somente poderia condenar este último a pagar o valor da coisa (*Direito romano*. 19. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2019, p. 223).

<sup>14</sup> Leciona Emilio BETTI: “ao dizer que, no Direito romano clássico, a prestação originalmente devida é propriamente inexigível, pretendemos dizer que o credor não pode, como hoje, postular em juízo que o devedor seja condenado àquela ‘mesma’ prestação [...]. No direito clássico, no procedimento ordinário, o credor nunca pode exigir, p.ex., a entrega do móvel ou o abandono do imóvel que lhe são devidos” (*Teoria geral das obrigações*. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005 [1953], pp. 316-317).

<sup>15</sup> Como relata Reinhard ZIMMERMANN, a resolução do contrato pelo inadimplemento, decorrente de uma *lex commissoria* implícita, nunca foi reconhecida no direito romano clássico, embora já se protegesse, em alguma medida, o sinalagma contratual a partir da exceção de contrato não cumprido (*The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Cape Town: Juta & Co., 1990, p. 801).

<sup>16</sup> Segundo ZIMMERMANN, a *omnis condemnatio pecuniaria* (Gaio, *Inst.*, IV, 48) “dominou o processo formulário e indiretamente também exerceu uma influência significativa sobre o direito romano substantivo (*ubi remedium, ibi ius!*)” (*The Law of Obligations*, cit., p. 772. Tradução livre). MOREIRA ALVES ressalta que “não se sabe qual seja a origem desse princípio” (*Direito romano*, cit., nota 29).

<sup>17</sup> “Ora, na sentença condenatória, à primitiva prestação, concreta e específica, que o devedor devia ao credor, sobrevém sempre, necessariamente, como perfeito equivalente jurídico, uma prestação genérica de ‘dinheiro’ a título de ‘ressarcimento’. Ressarcimento na proporção do ‘equivalente’ da prestação não executada e do interesse em obtê-la. Nenhuma pena pelo inadimplemento, nenhuma ‘pressão’ sobre a vontade do devedor relutante em adimplir. Apenas a prestação pecuniária sub-rogatória, na prestação devida a princípio, é propriamente exigível, porquanto se torna, pela condenação, objeto de uma obrigação que é diretamente suscetível de execução forçada” (BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*, cit., p. 317). As aspas, constantes do original, evidenciam a difícil adequação dos termos.

<sup>18</sup> “O instrumento da *perpetuatio obligationis* era necessário para estabelecer a responsabilidade, sob a *condictio*, de um promitente que era imputável pelo fato de o objeto da prestação não poder mais ser transferido. Não fosse a *perpetuatio obligationis*, o devedor de uma obrigação *dare certum* seria liberado sempre que a prestação se tornasse impossível” (ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations*, cit., p. 807. Tradução livre). No mesmo sentido, elucida MOTA PINTO: “Com efeito, estando o conteúdo da obrigação limitado a deveres cujo cumprimento fosse possível (*impossibilia nulla obligatio*), a impossibilidade (por exemplo, a destruição do objeto a entregar) liberaria o devedor também de uma indenização em dinheiro, pelo que os juristas romanos sentiram necessidade de recorrer a uma ficção de ‘perpetuação da obrigação’ [...] para manter a responsabilidade do devedor em caso de impossibilidade imputável” (*Inte-resse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1494).

<sup>19</sup> “Em termos gerais, *quod interest* era o contraconceito, mais moderno e flexível, da ideia, algo crua e limitadora, de se conceder ‘*quanti ea res est*’, e significava uma mudança de um ponto de vista objetivo e padronizado para uma abordagem mais sofisticada e equitativa, caracterizada por critérios individualizantes” (ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations*, cit., p. 826. Tradução livre).

O quanto da lógica romana sobre o “equivalente”, tão estranha à nossa época, ainda sobrevive nos sistemas contemporâneos já deveria bastar, por si só, como alerta suficiente ao intérprete acerca dessa figura, forjada séculos antes de conceitos tão essenciais à nossa tradição quanto o patrimônio, o negócio jurídico e a própria noção moderna de responsabilidade civil. Contudo, mesmo muito depois de admitida a execução específica das obrigações,<sup>20</sup> o dever de pagar o “equivalente” demonstrou uma notável resistência à passagem do tempo. Quando da reelaboração de Justiniano, o critério flexível do *id quod interest* passou a prevalecer na sua estimação<sup>21</sup> – acrescido, porém, da tentativa (notabilizada por sua obscuridade) de se lhe impor um limite máximo, em geral traduzido como o dobro do valor do objeto da obrigação.<sup>22</sup> Surpreendentemente, a regra sobreviveu até a Idade Moderna, ingressou no *ius communis* ocidental e alcançou, ainda que com ajustes e alterações terminológicas, os tratados que serviram de antecedentes teóricos diretos à codificação francesa. São essas fontes mais próximas que parecem oferecer um contributo mais promissor à presente investigação.

A presença do “equivalente” se faz particularmente explícita no *Traité des Obligations* de Pothier. Ao cogitar da impossibilidade culposa de uma obrigação, o autor afirmava ser “evidente” que a obrigação não deveria ser extinta, mas sim convertida na obrigação de dar o preço da coisa.<sup>23</sup> Particularmente ao tratar das obrigações alternativas, Pothier era ainda mais claro: com base em uma passagem do Digesto, afirmava que, em geral, se uma coisa percia por culpa ou durante a mora do devedor, nada impediria que ela fosse reputada ainda devida pelo preço que o devedor deve em seu lugar; mas a perda culposa de uma das coisas alternativamente devidas não permitiria sua substituição pelo seu valor enquanto a outra subsistisse.<sup>24</sup> Se ambas as coisas se perdessem, por outro lado, o devedor deveria pagar o valor da que se impossibilitou por culpa sua, ainda que a última se houvesse perdido por causa fortuita, pois assim “quer a equidade”.<sup>25</sup>

Pothier sustentava, porém, que essa perpetuação da obrigação culposamente impossibilitada “nada mais faz do que perpetuar a dívida em forma de perdas e danos”.<sup>26</sup> Era esta, portanto, a natureza que o autor atribuía ao dever de prestar o valor da coisa perdida: uma parcela das perdas e danos – frise-se, um desvio nada desprezível do que antes fora o *id quod interest*. É bem verdade que a locução francesa geralmente vertida para o vernáculo como “perdas e danos” (*dommages et intérêts*) se traduz mais literalmente como “danos e interesses” e que, pela própria etimologia (*in re est*),<sup>27</sup> o termo “interesse” admite, com maior facilidade, a associação ao valor da prestação descumprida – valor que, como se comentará no item 5, *infra*, pouco se coaduna com a concepção atual de dano ou perda patrimonial. Por outro lado, segundo o autor, não haveria

<sup>20</sup> Sobre esta, explica Emilio BETTI que apenas surgiria no período do principado e somente se tornaria a regra na Idade Média, quando há muito já se encontrava superado o procedimento formulário: “a *condemnatio in ipsam rem* é reconhecida apenas em época tardia e em procedimento extraordinário, em que *cognitio* e *executio* estão inteiramente nas mãos do magistrado; procedimento esse que se tornará o comum apenas no estado policial justiniano” (*Teoria geral das obrigações*, cit., p. 317).

<sup>21</sup> “Ao tempo de Justiniano, as *formulae* tinham desaparecido e a distinção entre a estimação ora da *quanti ea res est*, ora do *quod interest* não mais precisava ser perpetuada”, de modo que “sempre que o juiz ordenava a compensação em dinheiro (em lugar da prestação específica), o réu era condenado no *id quod interest*” (ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations*, cit., p. 828. Tradução livre).

<sup>22</sup> Limite que ZIMMERMANN reputa “arbitrário e puramente mecânico”, reflexo de “generalizações desastradas”, de modo que “gerações de juristas foram mistificadas pelos termos dessa determinação mal redigida” (*The Law of Obligations*, cit., p. 828. Tradução livre).

<sup>23</sup> “Se a perda da coisa devida ocorreu por fato do devedor, é evidente que a obrigação não deve se extinguir, e que ela deve se converter na obrigação do preço dessa coisa; pois o devedor não pode por fato seu se liberar de sua obrigação, e fazer o credor perder seu crédito” (POTHIER, Robert Joseph. *Œuvres complètes de Pothier. Nouvelle édition. Traité des obligations*, t. 2<sup>nd</sup>. Paris: Thomine et Fortique, 1821 [1761], p. 167. Tradução livre).

<sup>24</sup> POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*, t. 1<sup>er</sup>, cit., p. 206.

<sup>25</sup> POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*, t. 1<sup>er</sup>, cit., p. 208.

<sup>26</sup> POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*, t. 2<sup>nd</sup>, cit., p. 168.

<sup>27</sup> Sobre a etimologia do termo “interesse”, particularmente na expressão *id quod interest*, explica Reinhard ZIMMERMANN que a palavra não deriva, ao contrário do que se afirma em geral, da ideia de intervalo (“estar entre”), mas sim de *quod* (*mea, tua, nostra* etc.) *in re est*, ou seja, “o que há na coisa, o que é de consequência da coisa (para mim, para ti, para nós)” (*The Law of Obligations*, cit., p. 826).

“danos e interesses” se ficasse provado que a coisa se perderia independentemente do concurso do devedor<sup>28</sup> (uma regra ainda hoje ecoada pelo art. 399 do nosso Código Civil em matéria de mora do devedor).

Ao tratar das perdas e danos decorrentes do descumprimento voluntário de uma obrigação, Pothier também parece admitir, embora de modo menos expresso, que abrangem o valor da coisa devida. Considera-se, em geral, que esse valor estaria englobado pelo que o autor classificava como *danos intrínsecos*, isto é, danos “referentes à própria coisa” (*propter ipsam rem*) objeto do contrato e previsíveis da parte do devedor, pelos quais este respondia mediante simples culpa<sup>29</sup> – em oposição aos *danos extrínsecos*, indenizáveis somente em casos específicos, como dolo do devedor ou assunção voluntária do risco.<sup>30</sup> Ao descrever os danos extrínsecos, o autor afirmava que eram aqueles advindos aos “outros” bens do credor – como a sugerir que o valor da coisa devida, objeto dos danos intrínsecos, também fosse, em alguma medida, um “bem” do credor (o que igualmente ajuda a entender a inclusão do “equivalente” no âmbito das perdas e danos). A despeito disso, Pothier refutava que a obrigação de dar gerasse para o credor um *ius in re*<sup>31</sup> (ao revés do que o *Code Napoléon* viria a positivar, na redação original do art. 1.138, ao prever que a obrigação de dar faz proprietário o credor).

A relação entre “equivalente” e danos intrínsecos resta mais clara em um trecho incidental, no qual o autor aborda as perdas e danos pela obrigação solidária descumprida. Embasando-se em uma interpretação de Dumoulin e partindo novamente de uma passagem do Digesto, Pothier afirma que, se dois devedores solidários se obrigassem a dar coisa certa e esta se perdesse por culpa ou durante a mora de apenas um deles, isso prejudicaria o outro, que não ficaria desonerado da obrigação, seguindo obrigado a pagar seu preço.<sup>32</sup> Mas a culpa ou a mora de um dos codevedores não poderia prejudicar o outro para além disso, isto é, quanto às perdas e danos “para além do valor da coisa devida”,<sup>33</sup> salvo em caso de estipulação convencional. O tema será retomado no item 4, *infra*, por ocasião da análise de norma similar do Código Civil brasileiro.

Ainda ao tratar das perdas e danos pelo descumprimento da obrigação, Pothier alude expressamente à regra justinianeia do limite do montante devido ao dobro do valor do objeto da prestação. Embora afirme que esse limite não encontrasse mais aplicação, elogia “o princípio em que se funda”, por estar embasado na “razão e na equidade natural”, recomendando que fosse observado no descumprimento não doloso.<sup>34</sup> O dever de arcar com o valor da coisa parece estar subentendido também em vários exemplos citados pelo autor, embora estes em geral consistam em casos nos quais a obrigação de dar chegou a ser cumprida, mas deixou de ser

<sup>28</sup> Segundo o autor, “se o credor não sofreu perdas e danos pela demora de seu devedor, este não as deve àquele. Ora, é evidente que ele não as sofre, se a coisa teria igualmente perecido em suas mãos” (POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*, t. 2<sup>nd</sup>, cit., pp. 168-169. Tradução livre).

<sup>29</sup> Ao tratar dos casos de ausência de dolo do devedor, afirmava POTHIER: “Ordinariamente, reputa-se que as partes apenas tenham previsto as perdas e danos que o credor, pela inexecução da obrigação, poderia sofrer em relação à própria coisa que era seu objeto, e não aquelas que a inexecução da obrigação lhe ocasionou em seus outros bens. É por isso que, nesse caso, o devedor não é responsável por estas, mas apenas por aquelas sofridas em relação à coisa que era objeto da obrigação: *damni et interesse, propter ipsam rem non habitam*” (*Traité des obligations*, t. 1<sup>er</sup>, cit., p. 136. Tradução livre).

<sup>30</sup> POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*, t. 1<sup>er</sup>, cit., p. 137.

<sup>31</sup> “O direito que essa obrigação dá ao credor de perseguir o pagamento da coisa que o devedor se obrigou a entregar a ele não é um direito sobre aquela coisa, *jus in re*; é apenas um direito contra a pessoa do devedor para condená-lo a dar aquela coisa, *jus ad rem*. [...] A coisa que o devedor se obrigou a dar continua então a pertencer a ele, e o credor só pode tornar-se seu proprietário pela tradição real ou ficta que lhe fará o devedor, cumprindo sua obrigação” (POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*, t. 1<sup>er</sup>, cit., p. 128. Tradução livre).

<sup>32</sup> “Observe-se que o fato, a falta [*faute*] ou a mora de um dos devedores solidários prejudica, na verdade, seus codevedores, *ad conservandam et perpetuandam obligationem*; quer dizer, ao efeito de que eles não estejam desincumbidos de sua obrigação pela perda da coisa, e de que eles sejam responsáveis por pagar seu preço” (*Traité des obligations*, t. 1<sup>er</sup>, cit., pp. 224-225. Tradução livre).

<sup>33</sup> Segundo o autor, “é somente aquele que cometeu a falta [*faute*] ou que foi constituído em mora que deve ser reputado responsável pelas perdas e danos que podem resultar da inexecução da obrigação para além do valor da coisa devida” (*Traité des obligations*, t. 1<sup>er</sup>, cit., p. 225. Tradução livre).

<sup>34</sup> POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*, t. 1<sup>er</sup>, cit., p. 143.

útil posteriormente ao credor – ilustrativamente, por força de vícios ocultos ou evicção.<sup>35</sup> Esses casos são todos referidos sob a rubrica de descumprimento e, embora a impossibilidade culposa seja abordada em capítulo à parte, também está submetida à mesma lógica, seguindo, em linhas gerais, a tradição justinianea.<sup>36</sup> Apenas a impossibilidade fortuita recebe tratamento diverso, porque conduz à extinção do débito.<sup>37</sup>

Curiosamente, nas *Loix Civiles* de Jean Domat, que precederam a obra de Pothier em quase um século, a abordagem das perdas e danos pelo inadimplemento poderia ser considerada muito mais “atual”. O cerne do pensamento de Domat na matéria repousa na perfeita igualdade funcional entre as perdas e danos decorrentes do inadimplemento de uma obrigação prévia e as perdas e danos delituais.<sup>38</sup> Provavelmente por isso, o autor enfatiza em inúmeras passagens a importância de que a quantificação das perdas e danos siga o prudente arbítrio do juiz diante de cada prejuízo concreto,<sup>39</sup> segundo critérios tidos hoje como relativamente evidentes (a certeza do dano, o fato de decorrer imediatamente do inadimplemento etc.), sem se submeter a parâmetros fixos – no que residiria seu contraste em face dos juros, que exerceriam a mesma função reparatória na inexecução de obrigações pecuniárias, mas seriam predetermináveis, dadas as peculiaridades dos danos que decorrem do inadimplemento destas.<sup>40</sup>

Não há menção ao pagamento do valor da coisa quando o autor trata, por exemplo, da compra e venda de duas coisas alternativas, ou quando aborda o perecimento da coisa vendida por culpa do vendedor.<sup>41</sup> Na mesma esteira, Domat critica frontalmente o limite das perdas e danos ao dobro do valor da prestação estabelecido por Justiniano<sup>42</sup> – e, embora discorra sobre as perdas e danos com notável riqueza de exemplos (facilmente enquadráveis ainda hoje como casos claros de lucros cessantes e danos emergentes indenizáveis), não confere nenhuma ênfase ao valor da coisa nas obrigações de dar como parcela reparatória.<sup>43</sup> Não parece haver tampouco vestígio da distinção entre danos extrínsecos e intrínsecos, uma classificação geralmente atribuída a Pothier<sup>44</sup> e que não encontrava eco nas fontes romanas.

<sup>35</sup> POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*, t. 1<sup>er</sup>, cit., pp. 137-141.

<sup>36</sup> Como relata Reinhard ZIMMERMANN, no processo formulário romano, a impossibilidade culposa da obrigação era tratada de forma distinta do seu descumprimento voluntário pelo devedor nas obrigações de dar coisa certa. Já sob o *Corpus Iuris Civilis*, os regimes foram unificados e o “descumprimento por força da impossibilidade superveniente não criava, portanto, nenhum problema distinto de qualquer outra forma de inadimplemento contratual”. Por isso, desde a época dos glosadores até a metade do século XIX, o direito comum seguiria os princípios estabelecidos por Justiniano: “exceto pela *mora debitoris*, nenhum outro tipo específico de descumprimento contratual era individualizado e tratado separadamente” (*The Law of Obligations*, cit., p. 808. Tradução livre).

<sup>37</sup> POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*, t. 2<sup>nd</sup>, cit., p. 158.

<sup>38</sup> O Título V do Livro III principia justamente pela afirmação: “É uma decorrência natural de todas as formas de relações particulares, e do dever geral de não lesar ninguém, que aqueles que causam algum dano, seja por terem contravindo certo vínculo, seja por terem faltado a ele, estão obrigados a reparar o prejuízo causado” (DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, t. 1<sup>er</sup>. Nouvelle édition. Paris: Le Clerc, 1777 [1689], p. 258).

<sup>39</sup> Para DOMAT, “como as questões sobre perdas e danos nascem sempre de fatos que as circunstâncias diversificam, é pela prudência do juiz que elas se decidem” (*Les loix civiles dans leur ordre naturel*, cit., p. 270).

<sup>40</sup> Essencialmente, DOMAT destaca que, nas obrigações pecuniárias, ao contrário das demais, os possíveis danos decorrentes de seu descumprimento seriam tão variáveis que gerariam discussões intermináveis, sem que a natureza do vínculo entre as partes permita prevê-los minimamente (*Les loix civiles dans leur ordre naturel*, cit., p. 259).

<sup>41</sup> DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, cit., p. 46.

<sup>42</sup> “Como essa regra, que limita as perdas e danos ao dobro em todos os casos nos quais se trate de uma quantidade certa, e que têm sua natureza fixa e regulada, é uma maneira de decidir que não esclarece nem resolve as dificuldades, e que frequentemente não faria justiça àqueles que sofreram danos, ela não é de nosso uso” (DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, cit., p. 263. Tradução livre).

<sup>43</sup> Ilustrativamente, ao mencionar o exemplo de um comerciante que adquiriu do dono de uma fábrica mercadorias para serem transportadas em determinada data, pagando o preço com antecedência, mas, na data da entrega, não recebeu as mercadorias, o autor analisa a possibilidade ou não de ressarcimento de vários danos ao comerciante (os custos dos carros, os juros incidentes sobre o preço pago em adiantado, o lucro que se esperava obter com a venda das mercadorias e, ainda, o lucro que se esperava obter com a venda de novas mercadorias que seriam adquiridas no local de destino do transporte), mas não menciona em nenhum momento se o valor da obrigação de dar inadimplida estaria entre as parcelas indenizatórias devidas (DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, cit., p. 261).

<sup>44</sup> Nesse sentido, cf. VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. In: GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil*. 3<sup>ème</sup> ed. Paris: LGDJ, 2007, pp. 404-405.

No contraste entre ambos os autores, é interessante ainda notar que Pothier não elenca entre os remédios específicos para o descumprimento da obrigação de dar a possibilidade de o credor resolver o contrato que deu origem a ela. Reconhece, é verdade, que a condição resolutiva tácita ocorre “frequentemente” em contratos sinalagmáticos,<sup>45</sup> mas com reservas: não reputa a resolução uma escolha do credor (como faria posteriormente o próprio codificador francês), mas a considera apenas como o resultado que finda por ocorrer quando a imposição judicial do cumprimento específico, após certo prazo concedido ao devedor pelo juiz, revela-se infrutífera.<sup>46</sup> Domat, por sua vez, ao tratar do contrato de compra e venda, reconhece expressamente que, entre os remédios a que o credor lesado pode recorrer, está a resolução do contrato que originou a obrigação.<sup>47</sup> Todos esses fatores parecem ser relevantes para uma compreensão mais precisa dos limites e possibilidades da noção de “equivalente”, como se comentará ao longo deste estudo.

Assim como em tantos outros temas, a lição doutrinária que predominou na primeira grande codificação foi a de Pothier. Em sua redação original, o *Code Napoléon* previa apenas, no art. 1.136, que a obrigação de dar importava a de entregar a coisa e de conservá-la até a data da tradição, sob pena de perdas e danos em favor do credor. O art. 1.205, contudo, especificava, no âmbito da solidariedade passiva: se a coisa devida se perdeu devido à culpa ou durante a mora de um ou alguns dos codevedores, os demais não ficam exonerados da obrigação de pagar o preço da coisa (“*payer le prix de la chose*”), conquanto não possam ser instados a pagar as perdas e danos – reproduzindo, assim, a oposição entre danos intrínsecos e extrínsecos. Entre as causas de extinção da obrigação, a redação original do *Code* elencava apenas a impossibilidade fortuita (art. 1.302), não a culposa. Mas o art. 1.184 previa a condição resolutiva tácita nos contratos sinalagmáticos, a ser deflagrada apenas caso o credor lesado não preferisse forçar o devedor à execução da convenção, quando possível; a alternativa, prevista expressamente pelo dispositivo, era a resolução do contrato com perdas e danos.

O art. 1.148 afastava a responsabilidade do devedor pela impossibilidade fortuita. As perdas e danos foram definidas pelo art. 1.149 na fórmula que se tornaria comum a outros sistemas: a perda sofrida pelo credor e o ganho do qual ele foi privado, sem nada esclarecer quanto à inclusão ou não do “equivalente”.<sup>48</sup> O art. 1.147, por sua vez, previa que o devedor seria condenado a pagar perdas e danos, “onde couberem” (“*s’il y a lieu*”), pela inexecução do contrato ou pela mora, salvo se pudesse imputá-las a causa alheia. Autorizada doutrina interpretou essa última disposição, inclusive, como evidência de que a prova do dano seria necessária no caso concreto, não se depreendendo a existência de prejuízo automático do fato do inadimplemento.<sup>49</sup>

O *Codice* italiano de 1865, profundamente influenciado pelo francês, previa disposições substancialmente idênticas e, em princípio, igualmente omissas quanto ao preço equivalente da coisa, salvo na idêntica exceção a respeito das obrigações solidárias (art. 1.191). Suas poucas diferenças em face das normas mencionadas da lei francesa foram: (i) prever mais expressamente que o devedor de toda obrigação se vinculava a cumpri-la

<sup>45</sup> POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*, t. 2<sup>nd</sup>, cit., p. 183.

<sup>46</sup> POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*, t. 2<sup>nd</sup>, cit., pp. 183-184.

<sup>47</sup> DOMAT, Jean. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, cit., p. 38.

<sup>48</sup> A ausência de distinção, por parte do referido dispositivo, entre o valor da coisa ou da prestação e outros danos eventualmente causados ao credor, como propunha Pothier, é destacada por VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*, cit., p. 405.

<sup>49</sup> Sobre o ponto, lecionava René DEMOGUE: “O art. 1147 do Código Civil subentende a existência de um prejuízo ao dizer que o devedor está condenado, ‘se couber’, ao pagamento de perdas e danos. É o que implica o art. 1149, dizendo que ‘as perdas e danos devidas ao credor são, em geral, da perda que ele sofreu’. É preciso, então, uma perda. Por conseguinte, a jurisprudência rejeitou a demanda quando constatou que não havia prejuízo”. O autor oferece, na sequência, exemplos de inadimplemento contratual em que não surge o dever de perdas e danos, por não haver perda concreta (*Traité des obligations en général*, vol. II, t. VI. Paris: Arthur Rousseau, 1932, p. 283. Tradução livre). No mesmo sentido, indagam os MAZEAUD: “‘Se couber’: não quer isso dizer ‘se houver prejuízo?’” (*Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1<sup>er</sup>. Paris: Montchrestien, 1970, p. 265, nota 5. Tradução livre).

exatamente (“*esattamente*”) e apenas em sua falta (“*in mancanza*”) a ressarcir os danos (art. 1.218);<sup>50</sup> (ii) autorizar a cobrança de perdas e danos tanto se o credor deflagrasse a condição resolutiva tácita, quanto se preferisse constringer a outra parte ao adimplemento (art. 1.165); e (iii) suprimir a expressão “onde couber” na norma correlata ao dispositivo francês sobre a condenação do devedor a perdas e danos (art. 1.225).

Resulta evidente, a esta altura da exposição, a influência que o referencial francês exerceu também sobre a codificação brasileira.<sup>51</sup> Parece igualmente claro, a partir dos subsídios doutrinários mencionados, que, se espaço houvesse para o “equivalente” no *Code*, ele só poderia existir no interior da noção de perdas e danos. Em retrospecto, a doutrina francesa reconhece que essa concepção estava presente na expressão “*dommages et intérêts*” muito antes de ser engendrada a ideia de responsabilidade contratual.<sup>52</sup> Esta última construção, que aproximava as perdas e danos contratuais do dever de reparação do dano aquiliano, apenas ocorreu tardiamente na doutrina;<sup>53</sup> buscou, sobretudo, o reforço da responsabilidade de certos agentes econômicos, como o empregador e o transportador, por danos físicos advindos à contraparte, a partir da introdução de um “dever de segurança” no conteúdo dos contratos de trabalho e de transporte. Como visto, a noção de que as perdas e danos pelo inadimplemento e o dever de indenizar delitual ostentavam uma função comum era muito anterior, já existindo, pelo menos, à época de Domat.<sup>54</sup> Mas, estando a responsabilidade aquiliana no direito francês profundamente atrelada à noção de *faute* (à semelhança do que aconteceu com o ato ilícito na experiência brasileira),<sup>55</sup> a designação das perdas e danos como hipótese de responsabilidade civil associou-se à consolidação da ideia de que também a inobservância de um dever contratual implicaria uma *faute*.

Há quem afirme ter sido Marcel Planiol o futor da noção de responsabilidade contratual na França, justamente por ter reconhecido nos contratos a mesma *faute* caracterizada nos delitos<sup>56</sup> – muito embora o autor não pretendesse autonomizá-la, e sim negar a existência de um dever contratual de segurança, de modo a reconduzir os danos por acidentes corporais na execução dos contratos à *faute* aquiliana.<sup>57</sup> De todo modo, é perceptível no seu *Traité Élémentaire* (e, portanto, após quase um século de vigência do *Code*) a mudança

<sup>50</sup> Segundo Giorgio GIORGI, a redação do art. 1.136 do *Code* seria “pouco exata”, pois se teria deixado influenciar pela corrente, considerada falaciosa pelo autor, segundo a qual o devedor, mesmo nas obrigações de dar, poderia, por força da máxima *nemo potest praecise cogi ad factum*, liberar-se do seu dever pagando ao credor uma soma indenizatória no valor equivalente ao da coisa; o autor considerava, por isso, que o Código italiano “melhorou a disposição imperfeita” do francês (*Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. II. 4. ed. Firenze: Fratelli Cammelli, 1895, p. 114. Tradução livre).

<sup>51</sup> Influência que, de resto, é amplamente reconhecida. Cf., por todos, ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 88, jan./1993, pp. 211 e ss.

<sup>52</sup> Pondera Patrice JOURDAIN que “o pagamento de perdas e interesses era considerado pelos autores da primeira metade do século XIX como nada mais que uma forma de execução pelo equivalente” (Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle. *Les métamorphoses de la responsabilité*. Paris: PUF, 1997, p. 68. Tradução livre).

<sup>53</sup> Segundo VINEY, “apenas quando se abandonou o método do comentário dos Códigos artigo por artigo e os juristas empreenderam a redação de verdadeiros tratados sentiu-se a necessidade de forjar conceitos gerais expressos por palavras simples em torno das quais se podiam agrupar as soluções do direito positivo. Parece que o termo ‘responsabilidade’ tenha sido solicitado justamente para este fim”; o uso do termo (originário do delito e do quase-delito) em sede contratual ainda era, contudo, bastante questionado ao final do século XIX (*Introduction à la responsabilité*, cit., p. 406. Tradução livre). A ideia de responsabilidade contratual também pode ser encontrada na doutrina italiana do período (GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. II, cit., pp. 118-119).

<sup>54</sup> A diferença, segundo Jean CARBONNIER, estava em que por muito tempo se passava da análise do contrato à análise do delito; seria uma característica apenas “da nossa época” que a responsabilidade contratual se tornasse tributária da aquiliana, assumindo as feições desta (*Droit civil*, vol. II. Paris: PUF: 2004 [1955], p. 2186).

<sup>55</sup> Para um esclarecimento do que se pretende com a comparação, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Em defesa do nexo causal: culpa, imputação e causalidade na responsabilidade civil brasileira. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil*. São Paulo: Almedina, 2018, item 2.

<sup>56</sup> Afirma-se que a principal contribuição de Planiol foi a de traçar na seara contratual o mesmo paralelo entre responsabilidade e *faute* que existia em matéria delitual; um paralelo que se estenderia também aos diferentes regimes de apreciação da *faute* (GARDNER, Daniel; MOORE, Benoît. La responsabilité contractuelle dans la tourmente. *Les Cahiers de Droit*, vol. 48, n. 4, 2007, pp. 547-549).

<sup>57</sup> Segundo Geneviève VINEY, Planiol buscou frear, mais do que impulsionar, o desenvolvimento da função indenitória das perdas e danos contratuais (*Introduction à la responsabilité*, cit., p. 406). A questão encontra-se tratada por PLANIOL em *Traité élémentaire de droit civil*, t. II. 9. ed. Paris: LGDJ, 1923 [1900], pp. 618 e ss. (especialmente p. 620).

de discurso quanto a vários aspectos. Planiol afirma, por exemplo, que a obrigação tornada impossível se extingue, ainda que por culpa do devedor, sendo substituída pelo dever de arcar com perdas e danos.<sup>58</sup> Destaca, ainda, que o dano deve ser comprovado pelo credor para que surja esse dever, sob pena de nada haver para o credor reclamar<sup>59</sup> (muito embora seu exemplo de não verificação do dano se resume aos casos em que a coisa se perderia independentemente de culpa ou mora do devedor).<sup>60</sup> Por outro lado, sua percepção sobre o conteúdo das perdas e danos é inequívoca: a soma de dinheiro equivalente à vantagem que teria sido proporcionada ao credor pela execução efetiva e exata da obrigação, pela qual ele deve ser indenizado.<sup>61</sup>

A discussão em torno da inclusão ou não dos danos corporais no âmbito da responsabilidade contratual se perpetuaria ao longo do século XX,<sup>62</sup> afigurando-se de menor relevo para a presente investigação. Em rigor, uma investigação dos possíveis antecedentes teóricos da codificação brasileira deveria parar, evidentemente, no final do século XIX. Parece, porém, relevante registrar que, com a consolidação da noção de responsabilidade contratual, a tendência de grande parte da doutrina francesa foi a de inserir cada vez mais as perdas e danos no campo indenizatório, com uma progressiva perda de relevância do valor da prestação em seu cômputo. A obra dos irmãos Mazeaud o ilustra bem: os autores denominam “reparação pelo equivalente” toda indenização, contratual ou aquiliana, que se pague diante da impossibilidade da reparação *in natura*;<sup>63</sup> afirmam que a obrigação de dar se extingue pela impossibilidade superveniente e, então, o que determina se o devedor ficará ou não adstrito ao dever de pagar perdas e danos são as regras gerais da responsabilidade civil;<sup>64</sup> relatam que, embora alguns tenham acreditado que o inadimplemento geraria automaticamente o dever de indenizar, a jurisprudência pacificou o entendimento de não haverá direito às perdas e danos se estiver ausente prejuízo efetivo ao credor.<sup>65</sup> Chegam a enfatizar que o ônus da prova do prejuízo é idêntico ao da responsabilidade aquiliana<sup>66</sup> e que o dano somente se presume quanto a casos específicos fixados por lei (o sempre lembrado exemplo dos juros nas obrigações pecuniárias), ou se houver cláusula penal.<sup>67</sup>

<sup>58</sup> “Quando a execução da obrigação tornou-se impossível, deve-se sempre considerar a obrigação como extinta [*éteinte*], porque sua execução não pode mais ser perseguida; seria vão demandá-la. Mas isso não quer dizer que o devedor esteja sempre liberado; [...] se o obstáculo se deve à sua culpa [*faute*] ou se a coisa devida pereceu por sua culpa, sua obrigação apenas mudou de objeto; [...] ele está doravante obrigado em virtude da sua culpa, causa única de obrigação em todos os casos desse gênero” (PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, cit., p. 204. Tradução livre).

<sup>59</sup> “O credor não só pode obter indenização se demonstrar que a inexecução ou o atraso na execução da obrigação lhe causaram um dano. Sem isso, do que se queixaria? Sem interesse, não há ação. É por essa razão que o art. 1.147 diz que ‘o devedor está condenado, se couber’ [*le débiteur est condamné, s’il y a lieu...*]” (PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, cit., pp. 82-83. Tradução livre).

<sup>60</sup> PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, cit., p. 83.

<sup>61</sup> Inadimplida a obrigação, “tem o credor o direito de obter uma soma de dinheiro equivalente à vantagem que lhe teria proporcionado a execução efetiva e exata da obrigação, e que por conseguinte o indeniza do prejuízo que lhe causa a inexecução. Essa indenização se chama perdas e danos [*dommages et intérêts*]” (PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, cit., pp. 78-79. Tradução livre).

<sup>62</sup> Recorde-se, por exemplo, a célebre oposição feita por Jean CARBONNIER (*Droit civil*, vol. II, cit., p. 2412), segundo o qual a chamada responsabilidade contratual deveria restringir-se a conferir ao credor o equivalente pecuniário do interesse que esperava obter do contrato, deixando-se os “braços quebrados”, as “mortes dos homens” e as demais “tragédias” a cargo do antigo art. 1.382 do Código francês.

<sup>63</sup> Segundo os autores, enquanto a reparação *in natura* procura “apagar” o dano (por exemplo, demolindo-se a construção que gerava dano ao vizinho), “a reparação em equivalente consiste em fazer entrar no patrimônio da vítima um valor igual àquele do qual ela foi privada [...]. O equivalente consiste, em geral, em uma soma de dinheiro, uma indenização: as perdas e danos” (MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Henri et al. *Leçons de droit civil*, t. II, 1<sup>er</sup> vol. Paris: Montchrestien, 1985, pp. 718-719. Tradução livre).

<sup>64</sup> Afirmam os MAZEAUD: “quando se trata de um corpo certo, o desaparecimento da coisa devida coloca o devedor na impossibilidade de executar. Sua obrigação de entregar está então extinta. Mas será ela substituída por uma obrigação de perdas e danos? Basta, para responder, referir-se às regras gerais da responsabilidade civil” (*Leçons de droit civil*, t. II, 1<sup>er</sup> vol., cit., p. 1117. Tradução livre).

<sup>65</sup> Como ponderam os MAZEAUD, o antigo art. 1.382 do *Code* exigia o dano como requisito indispensável para o dever de indenizar aquiliano, mas não havia princípio geral equivalente na responsabilidade contratual: “Alguns acreditaram poder concluir daí que, do momento em que um devedor não executasse a obrigação que lhe impunha o contrato, ele estaria contratualmente responsável. A Corte de Cassação condenou justamente essa tese: a inexecução de um contrato não pode, na ausência de prejuízo sofrido pelo credor, abrir direito à reparação” (*Leçons de droit civil*, t. II, 1<sup>er</sup> vol., cit., p. 397. Tradução livre).

<sup>66</sup> MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Traité théorique et pratique*, cit., p. 262.

<sup>67</sup> MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Traité théorique et pratique*, cit., p. 265.

Em outras palavras: a inserção plena das perdas e danos pelo inadimplemento no âmbito da responsabilidade civil parece ter contribuído para, entre muitos autores, obscurecer progressivamente a presença do “equivalente” em seu conteúdo. Gabriel Marty e Pierre Raynaud, por exemplo, ao afirmarem a teoria unitária da responsabilidade civil, enunciaram expressamente que as perdas e danos não são o equivalente da obrigação perdida.<sup>68</sup> As duas ideias parecem caminhar juntas: a consolidação da responsabilidade civil como uma matéria unitária, sem uma cisão relevante entre a *faute* contratual e a aquiliana (que se diferenciam apenas em aspectos técnicos de regime),<sup>69</sup> e o afastamento da noção de que o valor da prestação integraria as perdas e danos.<sup>70</sup> Esta última tendência, como se verá no item 5, *infra*, não parece ter sido absorvida de forma tão clara pela doutrina brasileira do período, muito embora a unidade da responsabilidade civil conte com apoio majoritário no direito pátrio. Antes, porém, que se alcance o tratamento de todos esses temas no direito nacional, parece ser necessário abordar brevemente uma outra influência relevante para a presente investigação: a germânica. Com efeito, se, por um lado, a disciplina da impossibilidade percorreu caminhos totalmente singulares na experiência alemã, sobretudo a partir da pandectística, o conceito de dano desenvolvido naquele sistema foi, por outro lado, particularmente influente sobre o direito brasileiro.

Curiosamente, assim como Pothier no direito francês, no direito alemão ambos os temas foram drasticamente marcados pela obra de um mesmo autor: Friedrich Mommsen, cujos estudos influenciariam Windscheid e, assim, as escolhas legislativas do BGB. Em relação à impossibilidade, Mommsen a remodelou drasticamente,<sup>71</sup> ampliando seu conceito em uma multifacetada tipologia,<sup>72</sup> a tal ponto que a quase integralidade das *fattispecie* de descumprimento contratual passaram a se subsumir a essa categoria. Criou-se um sistema complexo,<sup>73</sup> consolidado pela redação original do BGB, segundo a qual: (i) a impossibilidade fortuita da obrigação libera, em regra, o devedor (§275, hoje reformado); (ii) na obrigação de dar coisa incerta ou, especificamente, pecuniária, o devedor permanece obrigado (§279, hoje revogado); (iii) nos contratos sinalagmáticos, o devedor da obrigação impossibilitada por causa fortuita não pode exigir a contraprestação (§323, hoje reformado); (iv) se a impossibilidade for imputável ao devedor, o credor pode cobrar uma “compensação pelo inadimplemento” ou, nos contratos sinalagmáticos, retirar-se dele (§325, hoje reformado), o que também se admite na mora do devedor (única outra hipótese de descumprimento que a lei previa, o que levaria, como se sabe, à célebre construção da “violação positiva” por Hermann Staub<sup>74</sup>); (v) em alguns tipos contratuais são previstos remédios mais específicos à inexecução, inspirados nas ações edilícias romanas.

<sup>68</sup> “É que, na realidade, a reparação não é o equivalente da obrigação descumprida, mas a compensação do prejuízo resultante da inexecução. Nisso é bem verdade que a responsabilidade contratual se identifica profundamente com a responsabilidade delitual” (MARTY, Gabriel; RAYNAUD, Pierre. *Droit civil*, t. II, 1<sup>er</sup> vol. Paris: Sirey, 1962, p. 332. Tradução livre).

<sup>69</sup> Segundo MARTY e RAYNAUD, “com nuances diversas, reconhecem a maior parte dos autores modernos [...] a unidade profunda das duas responsabilidades, mas mantêm entre elas pelo menos certa dualidade técnica” (*Droit civil*, t. II, 1<sup>er</sup> vol., cit., p. 333. Tradução livre).

<sup>70</sup> Ainda de acordo com a lição de MARTY e RAYNAUD: “A teoria da unidade da responsabilidade trouxe à luz justamente as debilidades da tese clássica da dualidade. Não é possível, com efeito, considerar a responsabilidade contratual como uma simples modalidade de efeito e de execução da obrigação nascida do contrato. O fato da inexecução, ao ser o gerador de uma responsabilidade do cocontratante, cria verdadeiramente uma situação nova. A obrigação de reparar tem uma extensão que não tem relação necessária com a da obrigação descumprida” (*Droit civil*, t. II, 1<sup>er</sup> vol., cit., p. 332. Tradução livre).

<sup>71</sup> Na segunda parte de *Beiträge zum Obligationenrecht*. Braunschweig: Schwetschke, 1855, intitulada “Zur Lehre von dem Interesse”.

<sup>72</sup> Algumas das classificações da impossibilidade previstas por Mommsen, com expressa referência a ele, podem ser encontradas em WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle Pandette*, vol. II. Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: UTET, 1925, pp. 60 e ss.

<sup>73</sup> A sistematização ora reproduzida era proposta, antes da reforma do direito das obrigações no BGB, por ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations*, cit., pp. 810-811.

<sup>74</sup> Como relata LARENZ, os autores do BGB criam que a impossibilidade imputável e a mora do devedor esgotavam todas as hipóteses de infração de uma relação obrigacional; não contemplaram, por isso, o cumprimento defeituoso, nem o descumprimento de deveres de conduta diversos da obrigação principal. A lacuna foi suprida por Staub em 1902, a partir da aplicação analógica do regime da mora, com uma designação reputada “pouco feliz” por LARENZ (“infração positiva do crédito”), mas que o próprio autor considerava tão consagrada que dificilmente seria substituída (*Derecho de obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Santiago: Olejnik, 2020 [1956], pp. 244-246).

O sistema mommseniano, que recebeu críticas pelo recrudescimento do modelo que o direito romano clássico aplicava às obrigações de dar coisa certa,<sup>75</sup> ao superdimensionar a impossibilidade e individualizá-la em face do inadimplemento, viveu por cerca de um século, até a reforma do direito das obrigações alemão ocorrida em 2002. Sobre esta, que nenhuma influência poderia ter exercido sobre a codificação brasileira de 1916 e nem sobre o projeto do Código Civil atual, basta dizer que, se objetivou unificar o conceito de inadimplemento, por outro lado ainda contempla um sistema complexo e que segue merecendo críticas da doutrina.<sup>76</sup> Mas não apenas nesse tema o pensamento de Mommsen foi decisivo. Atribui-se também ao autor, no campo da responsabilidade civil, a célebre “teoria da diferença” (*Differenztheorie*),<sup>77</sup> que se tornaria crucial para a definição do dano patrimonial (em especial, do dano emergente) também na experiência brasileira.

Diversamente do significado que a doutrina francesa atribuíra ao *id quod interest*, Mommsen interpretava o termo “interesse” nos textos romanos como representativo de um intervalo (“estar entre” – *inter esse*).<sup>78</sup> Propôs, assim, que o dano passível de reparação deveria ser identificado por meio de uma diferença: nomeadamente, aquela verificada no contraste entre o valor do patrimônio atual da vítima e o valor de seu patrimônio caso não houvesse ocorrido o evento danoso.<sup>79</sup> Essa perspectiva, avalia a doutrina retrospectivamente, substituiu o modelo justiniano do *id quod interest* – que, com o tempo, se constituíra em um emaranhado de critérios relativamente subjetivos de identificação do dano contratual.<sup>80</sup> A teoria da diferença, com efeito, oferecia à pandectística uma objetividade aparente muito desejável, que se consolidou no texto do BGB.<sup>81</sup> Coerentemente com a definição mommseniana, o §249 do Código alemão prevê que o devedor inadimplente deve restaurar a situação que existiria caso as circunstâncias pelas quais responde não houvessem ocorrido; o §251 esclarece que, não sendo possível a restituição plena a essa situação hipotética, ou sendo insuficiente, deve-se compensar a vítima em pecúnia. A indenização devida, portanto, é a necessária para restaurar o patrimônio da vítima àquela situação hipotética. O §252, por fim, reconhece a reparação dos lucros cessantes.

É verdade, por outro lado, que, se a cobrança do “equivalente” traduzida no *id quod interest* bem poderia ter saído pela porta com o conceito de dano à luz da teoria da diferença, certamente retornou pela janela com o complexo sistema previsto originalmente pelo BGB para a impossibilidade culposa da obrigação. Mais uma vez, a explicação reside na combinação entre referências doutrinárias da codificação tedesca. Mommsen sustentava que a impossibilidade imputável não liberava o devedor da obrigação, cujo objeto se converteria no

<sup>75</sup> “O esquema de Mommsen, tal qual endossado pelo BGB, lembra estranhamente o regime aplicado no direito romano às obrigações *dare certum*” (ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations*, cit., p. 814. Tradução livre).

<sup>76</sup> Conforme pondera Reinhard ZIMMERMANN, a redação original do BGB se estruturava em torno da enumeração de diversas formas de descumprimento e não dos seus respectivos remédios, nisso diferindo dos demais países europeus e da CISG. Mesmo após a reforma, porém, avalia o autor que “o direito alemão continua a ser caracterizado por diversas distinções doutrinárias que provavelmente criarão problemas”; por exemplo, “a orientação em prol de remédios da nova lei foi levada a um extremo não encontrado em outros países. Se um credor reclama indenização, é preciso determinar se ele exige uma indenização em lugar da prestação, uma indenização pelo atraso na prestação ou uma indenização ‘simples’” (Contract Law Reform: The German Experience. In: VOGENAUER, Stefan; WEATHERILL, Stephen (Ed.). *The Harmonisation of European Contract Law: Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*. Portland: Hart Publishing, 2006, pp. 74-75. Tradução livre).

<sup>77</sup> A “teoria” ou “hipótese” da diferença, assim denominada pela doutrina posteriormente, encontra-se difusa na obra de MOMMSEN – por exemplo, na segunda parte da obra *Beiträge zum Obligationsrecht*. Braunschweig: Schwetschke, 1855, intitulada “Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse” (cf., entre outras, p. 107).

<sup>78</sup> Nesse sentido, cf. ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations*, cit., p. 833.

<sup>79</sup> Cf., por todos, a definição de LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, cit., p. 226.

<sup>80</sup> Como relata Reinhard ZIMMERMANN, tornou-se célebre a *Arbor super interesse* de Petrus Rebuffus, um esquema teórico que tentava acomodar todas as muitas concepções de interesse em nada menos que 48 subdivisões do conceito. “Essas subdivisões foram afinal tornadas supérfluas com o advento, no século XIX, da *Differenztheorie*” (*The Law of Obligations*, cit., p. 833. Tradução livre).

<sup>81</sup> Segundo ZIMMERMANN, a teoria da diferença “teve um impacto imediato e duradouro, pois satisfazia o desejo dos pandectistas por uma fórmula conceitual clara, que parecia reduzir o problema a uma simples operação matemática, sem envolver nenhum juízo de valor” (*The Law of Obligations*, cit., p. 833. Tradução livre).

seu “equivalente”.<sup>82</sup> Vale dizer: para o autor, tratar-se-ia muito mais da conservação do próprio objeto da obrigação original do que, como em outras construções (em particular, na noção de *Haftung* desenvolvida por Alois Brinz), da responsabilização do devedor pela inexecução.<sup>83</sup> Mantendo-se coerente com a teoria da diferença, porém, Mommsen descrevia esse “equivalente”, por ele denominado justamente como *Interesse*, de tal modo que não se confundiria com o valor do objeto devido, mas consistiria, em vez disso, na diferença que o patrimônio do credor apresentaria não fosse o descumprimento;<sup>84</sup> afirmava, ainda, que, em caso de impossibilidade culposa, o credor faria jus ao *Interesse* e não ao valor de mercado da coisa.<sup>85</sup> A lição de Windscheid mostrava-se parcialmente dissonante: após uma definição de dano claramente fundada na ideia de diferença, o autor afirmava que, embora não implícita no conceito de interesse, a prestação do equivalente pecuniário seria um caso “especialmente frequente e particularmente importante”.<sup>86</sup> Associava, porém, o ressarcimento desse valor pecuniário à ideia de *Schmerzensgeld* (reparação por um dano “moral”), pois reconhecia não haver, no caso, prejuízo patrimonial verdadeiro (à luz da noção de diferença que ele acabara de definir).<sup>87</sup> O ponto é relevante, não apenas porque se distancia da noção de equivalente pecuniário, mas também porque a *communis opinio* da época, não apenas no sistema alemão como em outros países, era majoritariamente contrária à ocorrência de dano moral pela violação de obrigação contratual.<sup>88</sup> Vale registrar, além disso, que, ao contrário de Mommsen, Windscheid adotou a concepção, antes já utilizada por Savigny,<sup>89</sup>

<sup>82</sup> Segundo MOMMSEN, “o incumprimento culposo de uma obrigação não exonera o devedor da sua obrigação; se não puder prestar o objeto original da obrigação, deverá fornecer um equivalente ao mesmo, o interesse” (Die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa, In: *Beiträge zum Obligationsrecht*, cit., p. 178. Tradução livre). Em outra sede, sustentava o autor: “O interesse ocupa aqui o lugar do objeto original da obrigação, e forma o equivalente para este, seja para todo o objeto original ou apenas para uma parte dele” (*Zur Lehre von dem Interesse*, cit., p. 8. Tradução livre).

<sup>83</sup> O contraste entre os autores pode ser identificado no tratamento que conferem à irresponsabilidade pelo fortuito. Embora MOMMSEN (*Die Lehre von der Mora*, cit., p. 199) chegasse à mesma conclusão propugnada por Alois BRINZ (*Lehrbuch der Pandekten*, vol. 2, t. 1. 2. ed. Erlangen: Andreas Deimert, 1879, pp. 2 e 121), percorria caminho diverso: afirmava que a *perpetuatio obligationis* prevista pelos romanos como consequência da mora não significava responsabilizar o devedor pela perda da coisa (o que exigiria um nexo causal com a mora), mas apenas que o fortuito ocorrido após a mora não liberava o devedor da obrigação original, diversamente do fortuito anterior. Para Brinz, por sua vez, a impossibilidade fortuita liberava o devedor por força do próprio conceito de *Haftung*: a responsabilidade consistiria em uma coisa ou alguém servirem a satisfazer um credor, mas ninguém poderia responsabilizar-se por satisfazer o impossível. No ponto, cf. também, na doutrina recente, PIREZ, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 262.

<sup>84</sup> Segundo o autor, o “*id quod interest* aponta para uma comparação, e tal comparação fundamenta o conceito de interesse. Por interesse, no seu sentido técnico, entendemos a diferença entre o montante do patrimônio de uma pessoa tal como se encontra num determinado momento e o montante que esse patrimônio teria no momento em questão não fosse a intervenção de um determinado evento danoso” (MOMMSEN, Friedrich. *Zur Lehre von dem Interesse*, cit., p. 3. Tradução livre).

<sup>85</sup> No seu *Zur Lehre von dem Interesse*, MOMMSEN inseria entre os “casos que fundamentam uma pretensão ao interesse” (cit., pp. 59 e ss.) a “impossibilidade com fundamento no dolo do devedor ou na culpa deste ao prestar” (pp. 66 e ss.), considerando que, nesses casos, “é particularmente evidente que o cálculo do equivalente não pode ser razoavelmente feito de outra forma” (p. 71). A esses casos o autor contrapunha outros (pp. 89 e ss.), em que o “equivalente” seria representado pelo valor de mercado objetivo (*Sachwert*), diverso em seu cálculo da noção de interesse, já que esta última levaria em conta o valor da prestação devida especificamente para o credor, computando inclusive o custo da contraprestação (pp. 16-25). Sobre o conceito alemão de “interesse” em face do valor geral de mercado e do chamado valor de afeição, cf. FISCHER, Hans. *Los daños civiles y su reparación*. Trad. Rocés Suárez. Santiago: Olejnik, 2018, pp. 34 e ss.

<sup>86</sup> WINDSCHEID definia que “estar obrigado à prestação do interesse quer dizer: estar obrigado à reversão [*rifusione*] de um prejuízo verificado na posição patrimonial de uma pessoa, em seguida de um fato positivo ou negativo. Deve ser suprida [*appianata*] a diferença que tem lugar entre a situação patrimonial atual de uma pessoa e aquela situação patrimonial na qual ela estaria, se o que ocorreu não tivesse ocorrido, ou se tivesse ocorrido o que não ocorreu” (*Diritto delle Pandette*, vol. II, cit., pp. 36-37. Tradução livre do italiano). Na frase imediatamente seguinte, porém, dizia: “Que isso deva ocorrer mediante a prestação de um equivalente pecuniário não é implícito no conceito de interesse, mas é um caso especialmente frequente e particularmente importante” (Ibid., p. 37. Tradução livre do italiano).

<sup>87</sup> WINDSCHEID explicava que, em se tratando de obrigação de prestar qualquer coisa (exceto dinheiro), o crédito do interesse tenderia precipuamente à prestação dessa coisa. Somente se esta se tornasse impossível teria lugar sua conversão em prestação pecuniária. Em seguida, indagava: “Ressarcimento de um prejuízo, que não é um prejuízo patrimonial, mediante uma prestação pecuniária? Esse conceito encontrou no direito consuetudinário a sua expressão no *Schmerzensgeld*”, traduzido por Fadda e Bensa como “dano moral” (*Diritto delle Pandette*, vol. II, cit., p. 37, nota 6. Tradução livre do italiano).

<sup>88</sup> Veja-se, a respeito, o compilado de opiniões doutrinárias reunido, em perspectiva comparatista, por Eduardo ESPÍNOLA (*Sistema do direito civil brasileiro*, vol. II, t. I, cit., pp. 500 e ss., nota 317, particularmente p. 503, em que o autor destaca como o §253 do BGB afastaria qualquer pretensão à indenização de um dano não patrimonial). O autor registra, porém, que WINDSCHEID notoriamente abandonara o princípio romano da patrimonialidade das obrigações (Ibid., pp. 73-74).

<sup>89</sup> Segundo SAVIGNY, “a fonte das obrigações nos aparece sob suas formas diferentes, seja como fonte primeira, seja como transformação (metamorfose); neste último caso, supõe-se a persistência de uma única e mesma obrigação (somente sob uma forma modificada)” (*Le droit des obligations*, t. II. Trad. Gérardin et Jozon. Paris: Auguste Durand, 1863 [1853], p. 135. Tradução livre).

de que o dever de prestar sofreria uma “metamorfose” em dever de indenizar.<sup>90</sup>

Indo além dessas influências, o BGB previa, em sua redação original, uma quádrupla alternativa ao credor na inexecução culposa:<sup>91</sup> (i) preservar o contrato, cumprindo sua contraprestação, mas exigindo uma “indenização pelo descumprimento”; (ii) desistir do contrato, reavendo eventual contraprestação que já houvesse feito; (iii) dar-se por exonerado de sua contraprestação, fazendo jus apenas à restituição do que eventualmente pagou, como se se tratasse de impossibilidade fortuita, sem declarar que desiste do contrato; (iv) preservar o contrato, exigindo, porém, o *commodum representationis*<sup>92</sup> (com eventual abatimento de valor da sua contraprestação se este for superior). A teor desse sistema, a chamada “indenização por inadimplemento” não atende à teoria da diferença, mas sim a uma outra construção doutrinária, designada como teoria da sub-rogação (*Surrogationstheorie*): para pleitear essa “indenização”, o credor não pode promover a extinção do contrato e deve exigir o valor integral da prestação descumprida ou impossibilitada pelo devedor.<sup>93</sup>

Trata-se de uma aplicação do chamado “interesse positivo”, ou interesse no cumprimento,<sup>94</sup> que tantas controvérsias provoca sempre que a doutrina brasileira tenta incorporá-lo ao sistema jurídico pátrio, tão profundamente diferente do alemão (inclusive por não parecer fazer qualquer alusão à teoria da sub-rogação). Vale, porém, destacar que o próprio Larenz reconhecia o quanto o trabalho interpretativo expandira, nas primeiras décadas de vigência do BGB, o âmbito de aplicação da teoria da diferença, admitindo-a mesmo quando o credor lesado não optasse por resolver o contrato, desde que não houvesse ainda cumprido a sua contraprestação.<sup>95</sup> Ademais, nos casos de resolução, o autor se mostrava categórico ao afastar qualquer possibilidade de se pleitear o valor da prestação descumprida, reputando imperativa a incidência da teoria da diferença<sup>96</sup> (um dos aspectos que mais radicalmente mudaram na atual redação do BGB, particularmente do §325). Afirma-se, por isso, que a redação original do BGB adotou uma *teoria da diferença atenuada*, permitindo ao credor escolher entre os efeitos naturais da teoria da diferença e os da teoria da sub-rogação.<sup>97</sup>

<sup>90</sup> WINDSCHEID explicava que, na impossibilidade objetiva superveniente do objeto do direito de crédito, este último não se extinguiu para que um novo direito nascesse; “continua a existir, somente com o objeto de prestação mudado”. O autor ainda esclarecia que a concepção de que o montante pecuniário do objeto originário só era apurado neste segundo momento fora responsável por levar os romanos a crerem que continuava sendo devido o objeto originário (*Dritto delle Pandette*, vol. II, cit., pp. 63-64, nota 7).

<sup>91</sup> Esta sistematização é proposta por LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, cit., pp. 223-224.

<sup>92</sup> Caso em que, extinta “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 [e.g., indenização securitária pela coisa perdida], o direito do credor transfere-se para este último” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*, vol. II, t. IV. Coimbra: Almedina, 2010, p. 184).

<sup>93</sup> Logo, não apenas eventual diferença patrimonial positiva que decorreria da compensação com as despesas que faria com o contrato. Leciona LARENZ que, para “a teoria da sub-rogação, subsiste a estrutura do contrato bilateral apesar da impossibilidade da prestação por uma das partes. À prestação que se tornou impossível substitui-se o seu valor expresso em dinheiro, que pode ser reclamado pelo credor em troca da contraprestação, e o direito a esta que tem o devedor permanece intacto. [...] Ao contrário, segundo a teoria da diferença, a indenização por incumprimento, nos contratos bilaterais, significa indenização pela não execução do contrato. O credor não efetua sua contraprestação, pelo que a relação de troca, como tal, desaparece [...]. Não se pode ignorar que o legislador tomou por base a teoria da sub-rogação [quando prevê a indenização sem resolução do contrato]. Pois, de acordo com a teoria da diferença, quando o credor opta pela indenização, libera-se do próprio dever de prestação” (*Derecho de obligaciones*, cit., pp. 226-227. Tradução livre).

<sup>94</sup> Definido por LARENZ como a vantagem “que de um ponto de vista econômico poderia ter obtido o prejudicado como derivação do contrato se este se houvesse cumprido” (*Derecho de obligaciones*, cit., pp. 141-142. Tradução livre).

<sup>95</sup> Cf. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, cit., p. 227: “a teoria da diferença responde em muitos casos, ainda que não em todos, a uma necessidade prática, e por isso é reconhecida pela jurisprudência e, em crescente medida, também pela doutrina” (Tradução livre).

<sup>96</sup> Cf. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, cit., pp. 225 e ss.

<sup>97</sup> Segundo MENEZES LEITÃO, “a posição defendida pela doutrina alemã majoritária corresponde ao que se denomina a teoria da diferença atenuada. Essa doutrina considera que na grande maioria dos casos, o credor tem vantagem em não realizar a sua própria prestação e limitar-se a reclamar a indenização pela diferença de valor entre as duas, pelo que deverá ser essa a solução prevalecente. Em certos casos, porém, pode haver vantagem para o credor em continuar a realizar a sua prestação [por exemplo, a coisa foi adquirida apenas para fins do contrato e não tem outra utilidade], pelo que se deveria admitir a possibilidade de ser o credor a escolher entre reclamar apenas a diferença ou o valor da prestação incumprida, caso em que teria de realizar a sua própria prestação. O devedor é que não teria qualquer direito a essa prestação, a menos que o credor optasse por esta última solução. A teoria da diferença só é, porém, defendida para a hipótese em que o credor não realizou a sua própria prestação” (*Direito das obrigações*, vol. II. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 275-276).

### 3. *Segue. A doutrina brasileira em torno da edição do Código Civil de 1916*

O confronto entre os recortes, sem dúvida precários, acima registrados de algumas experiências europeias parece deixar clara a influência direta do direito francês sobre o tratamento do “equivalente” (e suas repercussões) pelo Código Civil brasileiro de 1916. Trata-se de conclusão que talvez excepcione a afirmativa, muito frequente, de que o direito civil brasileiro teria raízes profundamente romanísticas,<sup>98</sup> associadas a uma forte influência alemã (sobretudo entre os autores da Escola de Recife).<sup>99</sup> O debate sobre a delimitação dessas influências, como se sabe, é uma das predileções de gerações de juristas brasileiros. Tornou-se conhecida, por exemplo, a “estatística” com a qual Pontes de Miranda pretendeu apurar quantos artigos do Código Civil de 1916 derivariam diretamente das fontes romanas – no seu entender, apenas dezenove –, bem como a sua parcial retratação posterior, relatada por Moreira Alves, em que ele teria reconhecido a influência indireta do direito romano em outras disposições – justamente, intermediada pelo Código Napoleão.<sup>100</sup> A busca dos prováveis antecedentes para disposições específicas, de todo modo, parece mais profícua do que a tentativa de identificar influências monolíticas sobre o inteiro direito nacional. No que tange ao “equivalente”, a interferência do direito alemão e até mesmo do direito codificado português<sup>101</sup> aparenta ter sido pouco significativa. O Código Civil português de 1866, em particular, tratou das questões antes indicadas de formas bastante peculiares.<sup>102</sup> Sua definição de perdas e danos pelo inadimplemento, por exemplo, no art. 706º, era muito mais analítica do que a brasileira.<sup>103</sup> Sua disciplina da impossibilidade da obrigação de dar não trata especificamente do “equivalente”, colocando a ênfase sobre a distribuição dos riscos da coisa (art. 717º). O valor da coisa aparece como devido na disciplina das obrigações alternativas tornadas impossíveis, mas com soluções diversas das brasileiras (sobretudo no art. 735º); aparece apenas implicitamente na norma sobre perda da coisa na solidariedade passiva (art. 755º), mas com redação bastante diversa da adotada entre nós.

Quanto ao direito vigente no Brasil pré-codificação civil, a *Consolidação* de Teixeira de Freitas reunia regras igualmente divergentes das opções do codificador de 1916. O art. 804, por exemplo, dispunha que, para se restituir o “equivalente”, quando não existisse a própria coisa, seria esta avaliada pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não excedesse a soma daquele.<sup>104</sup> A norma fora transcrita *ipsis litteris* do art. 25 do Código Criminal do Império (ao qual a própria *Consolidação* remetia)<sup>105</sup> e não parecia manter nenhuma ligação com o inadimplemento, referindo-se apenas ao dano delitual.<sup>106</sup> Todos oriundos das Ordenações do Reino, o art. 540 da *Consolidação* previa que, em todo caso, se a perda da coisa vendida se desse por conta do vendedor, deveria ele restituir o preço, se já o houvesse recebido;<sup>107</sup> o art. 537 atribuía ao

<sup>98</sup> Cf. ALVES, MOREIRA. Panorama do direito civil brasileiro, cit., p. 186.

<sup>99</sup> Sobre esse movimento e os grandes nomes que dele participaram, incluindo Tobias Barreto, Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua, cf. o relato de 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*, vol. 13, 1997, pp. 77 e ss. A autora também registra a marcante influência francesa sobre o direito pátrio.

<sup>100</sup> Cf. ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro, cit., pp. 213-215.

<sup>101</sup> MOREIRA ALVES pondera que o antigo direito civil português (com sua forte influência romanista, fonte subsidiária às Ordenações) influenciou mais o direito brasileiro do que o próprio direito lusitano moderno (Panorama do direito civil brasileiro, cit., p. 186).

<sup>102</sup> Destoando da tendência geral do Código português de 1866 de ser “notoriamente obsequioso ao modelo francês” (RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no Direito Civil brasileiro do século XX. *O Direito*, vol. 147, 2015, p. 76).

<sup>103</sup> “A indenização pode consistir na restituição da coisa ou do valor precipuamente devido, ou na restituição dessa coisa ou desse valor, e dos lucros que o contraente teria tirado, se o contrato fosse cumprido; neste último caso, diz-se indenização de perdas e danos”.

<sup>104</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Cíveis*, vol. I. Brasília: Senado Federal, 2003 [fac-símile da 3. ed. 1876], p. 486.

<sup>105</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Cíveis*, vol. I, cit., p. 486, nota 7.

<sup>106</sup> De fato, a regra inclui-se no Título principiado pelo art. 798, segundo o qual “Todo o [sic] delinquente está obrigado a satisfazer o dano, que causar com o delito”. No comentário ao dispositivo, o autor fazia uma enfática exortação à necessidade de que a lei civil na matéria fosse construída em conjunto com a criminal (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Cíveis*, vol. I, cit., p. 484).

<sup>107</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Cíveis*, vol. I, cit., p. 355.

comprador os riscos da coisa, mesmo antes da tradição;<sup>108</sup> e os arts. 528 e 529, coerentemente, consideravam adquirida a propriedade independentemente da tradição.<sup>109</sup>

Contra essas regras se insurgiria Teixeira de Freitas em seu *Esboço*, criticando-as em nota ao art. 903, no qual tratava da responsabilidade pela perda culposa da coisa na obrigação de dar e previa expressamente ser o devedor responsável “pelo seu equivalente com a indenização de todas as perdas e interesses”.<sup>110</sup> A parecer, com efeito, uma das primeiras ocorrências dessa previsão expressa do “equivalente” no regime das obrigações de dar coisa certa. Interessante notar que o autor alude expressamente ao “equivalente” na impossibilidade culposa (art. 903, §2º), o que não ocorria na *Consolidação*, ao passo que rechaça a transferência do domínio *solo consensu* (art. 901),<sup>111</sup> presente nesta. E também no regime bastante peculiar das obrigações alternativas o *Esboço* separa “equivalente” e “perdas e interesses”, mas apenas caso todas as coisas se percam culposamente: sendo a escolha do credor, pode ele cobrar o valor de uma delas, mais a indenização (art. 958, §2º); do contrário, pode pedir a resolução com “perdas e interesses” ou receber o valor de uma delas, à escolha do devedor, também com indenização (§3º). Se a perda imputável fosse de apenas uma das coisas, caberia ao credor, se a escolha fosse sua, optar entre a coisa restante ou a resolução com “perdas e interesses” (§9º)<sup>112</sup> – uma solução também proposta por Pothier,<sup>113</sup> mas contrariada pelo art. 1.194 do Código Napoleão.

O *Projeto* de Coelho Rodrigues, posterior ao *Esboço*, embora mantivesse, como Teixeira de Freitas, os riscos da coisa nas mãos do devedor até a tradição (art. 468), impunha ao devedor, em caso de perecimento (fortuito ou não), apenas o dever de restituir o que houvesse recebido em pagamento dela (art. 469), sem mencionar o “equivalente”.<sup>114</sup> Ao tratar, porém, da indenização devida pela inexecução de uma obrigação, previa, no art. 475, que, se o objeto da obrigação fosse uma coisa, seu valor deveria ser considerado o seu preço médio, a sugerir que o “equivalente” deveria integrar o montante indenizatório.<sup>115</sup> Seguiu, portanto, diversamente de Teixeira de Freitas, a tendência geral de referir-se apenas à indenização, sem menção expressa ao “equivalente” (individualizado das perdas e danos) na disciplina das obrigações de dar coisa certa.

Outro indício aparente da relevância de Teixeira de Freitas para a consolidação dessa menção expressa está no fato de que o Código Civil argentino de 1871, para o qual a influência do *Esboço* é amplamente conhecida, fez com que ela constasse do seu art. 579, cuja redação é praticamente a tradução fiel do §2º do art. 903 do *Esboço*. A referência ao “equivalente” não era reproduzida, por outro lado, no tratamento da indenização devida em caso de “falta” (expressão utilizada para fazer referência tanto ao delito – art. 827 – quanto à mora e ao cumprimento imperfeito pelo devedor – art. 844) pelo art. 882 do *Esboço*,<sup>116</sup> o que foi seguido no art. 519 do Código argentino original. O *Esboço*, por fim, não previu a extinção da obrigação por impossibilidade culposa, mas apenas pela fortuita (arts. 1.205 c/c 1.228),<sup>117</sup> sendo também seguido por Vélez Sarsfield na lei argentina (art. 888), que previa a conversão em perdas e danos em caso de culpa do devedor (art. 889).

<sup>108</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Cíveis*, vol. I, cit., p. 352.

<sup>109</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Cíveis*, vol. I, cit., pp. 347-348.

<sup>110</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil*: esboço, vol. II. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952 [1860], p. 355.

<sup>111</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil*: esboço, vol. II, cit., p. 354.

<sup>112</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil*: esboço, vol. II, cit., p. 377.

<sup>113</sup> POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*, t. 1<sup>er</sup>, cit., p. 208.

<sup>114</sup> RODRIGUES, Antônio Coelho. *Projeto do Código Civil brasileiro precedido de um projeto de lei complementar*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893, p. 63.

<sup>115</sup> RODRIGUES, Antônio Coelho. *Projeto do Código Civil brasileiro*, cit., p. 63.

<sup>116</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil*: esboço, vol. II, cit., p. 350.

<sup>117</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil*: esboço, vol. II, cit., pp. 457, 461-462.

Embora a menção individualizada ao “equivalente” pelo *Esboço* consistisse em aparente inovação em relação ao modelo francês (do qual foi um dos primeiros e mais notórios críticos), parece claro que Teixeira de Freitas foi, em alguma medida, influenciado pelo Código Napoleão na matéria.<sup>118</sup> Ao comentar o art. 903 do *Esboço*, discorre detida e especificamente sobre a doutrina francesa, ainda que para dela discordar no que diz respeito à distribuição dos riscos da coisa.<sup>119</sup> Denomina, além disso, em tradução literal do direito francês, as perdas e danos como “perdas e interesses”.<sup>120</sup> E o indício mais eloquente: ao regular a perda da coisa na solidariedade passiva, propôs a responsabilidade de todos os coobrigados pelo “equivalente” e apenas do culpado por “quaisquer *outras* perdas e interesses” (art. 1.017), refletindo assim o célebre entendimento inserido no Código Napoleão.<sup>121</sup> Parece legítimo concluir, com efeito, que o “equivalente” a que se referia Teixeira de Freitas nada mais representava do que uma parcela das perdas e danos, provável eco da noção de dano intrínseco que, desconhecida pelos romanos, é atribuída à obra de Pothier.<sup>122</sup>

E esse também é o sentido que Clóvis Beviláqua atribuía ao termo. No caso do autor do projeto que resultaria no Código Civil de 1916, essa natureza é declarada mais expressamente. Beviláqua afirmava que o propósito da fórmula “equivalente, mais as perdas e danos” era o de “coagir” o devedor a “ressarcir o dano causado, o mais completamente que for possível”.<sup>123</sup> Em alguns casos, como o da impossibilidade culposa nas obrigações alternativas, o autor chegava a sustentar que “o valor da coisa é a indenização naturalmente devida”.<sup>124</sup> Curiosamente, no Projeto primitivo (art. 1.011), a fórmula utilizada por Beviláqua partia de um artigo indefinido, prevendo que o devedor cuja culpa resultasse na perda da coisa devida responderia por “*um* equivalente e por perdas e danos”<sup>125</sup> – expressão que, possivelmente não deliberada, parecia prenunciar a indefinição que cercaria o conceito de equivalente e sua tormentosa relação com as perdas e danos contratuais.

Nesse sentido, embora pareça seguro inferir que o dever de pagar o “equivalente” foi introduzido no Código Civil de 1916 como modalidade reparatória, isto é, como uma hipótese de responsabilidade civil, essa ilação, ainda que se prove verdadeira, contribui muito pouco para a individuação do perfil funcional da figura. Como se sabe, poucos setores do direito civil sofreram uma reconfiguração tão drástica nas últimas décadas quanto a responsabilidade civil.<sup>126</sup> Enquanto permaneceu associada prioritariamente ao paradigma do ato ilícito, a matéria muito distava das suas feições hodiernas, como um dos mais complexos setores da civilística, unificado em torno de um perfil funcional próprio.<sup>127</sup> Longe disso, tratava-se, quando muito, de um apêndice nos manuais de direito civil, ao qual a doutrina costumava dedicar ínfima atenção, não por desprezar sua

<sup>118</sup> Sobre a notoriedade da crítica de Teixeira de Freitas ao Código Napoleão, mas registrando a inegável influência que o direito francês exerceu sobre seu pensamento, cf. WALD, Arnoldo. A obra de Teixeira de Freitas e o direito latino-americano. *Revista de Informação Legislativa*, a. 41, n. 163, jul.-set./2004, *passim* e, especialmente, item 7.

<sup>119</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Cíveis*, vol. I, cit., p. 355.

<sup>120</sup> Interessante crítica à substituição, na tradição brasileira, da locução “perdas e interesses” por “perdas e danos” é desenvolvida por Agostinho ALVIM, segundo o qual a expressão recebera a pecha de galicismo desnecessário, mas seria preferível à utilizada pelo legislador brasileiro, já que “perdas” e “danos” são termos sinônimos, remetendo apenas ao dano emergente, ao passo que “perdas e interesses” abrangeria também o lucro cessante (*Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949, pp. 158-159).

<sup>121</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil: esboço*, vol. II, cit., p. 406.

<sup>122</sup> Cf., por todos, CORREIA, Alexandre Augusto de Castro. As obrigações solidárias em direito romano. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, vol. 55. São Paulo: USP, 1960, p. 218.

<sup>123</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. II. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, p. 12.

<sup>124</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. II, cit., p. 27.

<sup>125</sup> *Projecto do Código Civil Brasileiro*: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, vol. I. Rio de Janeiro: 1902, p. 109.

<sup>126</sup> Esse processo é analisado de forma abrangente e à luz da principiologia constitucional por BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, vol. 9, n. 29, 2006.

<sup>127</sup> Um elenco de problemas em torno da mencionada unidade funcional pode ser encontrado em SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Considerações sobre a autonomia funcional da responsabilidade civil no direito brasileiro. *Revista da AGU*, vol. 21, n. 3. Brasília: jul.-set./2022, *passim* e, particularmente, item 1.

relevância, mas por ser levada pela tradição a acreditar na sua aparente simplicidade (corroborada pela própria realidade social da época e dos problemas então trazidos à solução do jurista, sem dúvida menos complexos que os atuais).<sup>128</sup> Sob a unidade conceitual inquebrantável do ato ilícito, o dever de indenizar resultava de forma quase axiomática da maior parte das condutas antijurídicas; era a reação mais básica do sistema aos mais variados desvios de conduta, cuja lógica parecia autoevidente e dispensava aprofundamento.<sup>129</sup>

Afirmar que o dever de pagar o “equivalente” se prestava a reparar um prejuízo, portanto, pouco elucidava o pensamento da doutrina da época. Não parecia existir, naquele período histórico, uma preocupação relevante, disseminada na doutrina brasileira, com a preservação de uma unidade finalística ou mesmo estrutural de todas as hipóteses designadas como reparatórias ou indenizatórias. Na obra de Clóvis Beviláqua, por exemplo, eram frequentes as alusões às perdas e danos não apenas como formas de reparação de prejuízos, mas também como penas civis<sup>130</sup> – entendimento curiosamente mitigado quanto trata da figura do “equivalente”.<sup>131</sup> Embora se possa, tecnicamente, dizer que a expressão “responsabilidade civil” atendia, então, a múltiplas funções, ao que tudo indica isso se devia muito mais a um desenvolvimento em certa medida intuitivo que a doutrina conferia ao tema do que ao vivo debate hoje travado em torno da chamada “função punitiva” e outras supostas “funções” do direito de danos.<sup>132</sup>

Os mais autorizados comentaristas do Código Civil de 1916, assim, acabariam por se ressentir dessa escassa unidade teórica. Carvalho Santos, por exemplo, ao comentar o dever de perdas e danos decorrentes da impossibilidade culposa da obrigação de dar coisa certa, afirmava que ele compreenderia dano emergente e lucros cessantes e que, quanto ao dano emergente, este seria “reparado com o pagamento do equivalente, de que fala o texto [do art. 865 do Código Civil de 1916, atual art. 234]” – como a sugerir que a referência às perdas e danos, neste caso, prestar-se-ia apenas a remeter aos lucros cessantes.<sup>133</sup> Tito Fulgêncio chegava a afirmar textualmente que o “equivalente” a que aludia o legislador consiste no dano emergente,<sup>134</sup> reforçando essa interpretação. A preocupação de ambos os autores em torno do “equivalente” era de outra ordem: buscavam esclarecer, nas palavras de Tito Fulgêncio reproduzidas diretamente por Carvalho Santos, que o “equivalente” apenas poderia se referir a um valor em dinheiro, pois este, “tendo um *publica ac perpetua aestimatio*, é o denominador comum de todos os valores”, e que, por isso, não seria possível ao credor uma cobrança *in natura*, isto é, exigir coisa semelhante ou mesmo igual à perda.<sup>135</sup>

<sup>128</sup> Sobre a progressiva complexificação da responsabilidade civil nos últimos anos em confronto com a doutrina tradicional sobre o tema, faz-se imperativa a remissão a BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil, cit., *passim* e, particularmente, pp. 252-255.

<sup>129</sup> Permita-se, ainda uma vez, a referência às ponderações desenvolvidas em SOUZA, Eduardo Nunes de. Em defesa do nexos causal, cit., *passim* e, particularmente, item 2.

<sup>130</sup> Segundo o autor, “as perdas e danos [...] são uma pena civil resultante da culpa” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. II, cit., p. 48).

<sup>131</sup> Ao tratar das obrigações alternativas em que as duas prestações se impossibilitaram por culpa do devedor, por exemplo, o autor considerava que a simples obrigação de pagar o valor da coisa “não acentuaria bem o caráter culposos da impossibilidade. Para punir a culpa, acrescenta o artigo [887 do CC1916] a nova prestação por perdas e danos” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. II, cit., p. 27).

<sup>132</sup> Para uma defesa do suposto caráter “multifuncional” da responsabilidade civil no direito brasileiro atual, cf. FARIAS, Cristiano Chaves de et al. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 67. Para uma crítica a essa tese, cf., em relação à chamada função punitiva, a paradigmática lição de BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, Capítulo 4; e, em termos mais gerais, SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Considerações sobre a autonomia funcional da responsabilidade civil no direito brasileiro, cit., item 1.

<sup>133</sup> SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 41.

<sup>134</sup> FULGÊNCIO, Tito. *Do direito das obrigações*, cit., p. 75.

<sup>135</sup> FULGÊNCIO, Tito. *Do direito das obrigações*, cit., pp. 74-75. Cf. também SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XI, cit., p. 40.

A mesma preocupação era manifestada por Caio Mário da Silva Pereira, segundo o qual “este equivalente que o legislador pátrio menciona, como também faz o francês, há de ser a sua estimativa pecuniária, e não a substituição da *res debita* por outra semelhante, pois que o dinheiro é a moeda universal das sub-rogações”.<sup>136</sup> Serpa Lopes afirmava que, “relativamente recente, é obra de Pothier essa distinção entre o preço da coisa ou o equivalente da prestação e indenização por perdas e danos”.<sup>137</sup> San Tiago Dantas, ao abordar a questão da impossibilidade da obrigação de dar coisa certa, afirmava que, quando decorrente da culpa do devedor, “a obrigação se transforma em responsabilidade”, isto é, “ela se transforma no direito a um pedido de perdas e danos”, sem sequer individualizar o “equivalente”.<sup>138</sup>

Parece razoável concluir que a intenção do legislador ao prever expressamente o “equivalente” no Código Civil de 1916, diretamente inspirado pela doutrina francesa e corroborado pela doutrina brasileira que se dedicou a estudar o texto codificado após a sua entrada em vigor, era a de que o valor da coisa perdida consistiria em uma parcela particular das perdas e danos, não distante do dano intrínseco de Pothier, e ostentaria, assim, natureza indenizatória. De posse desse subsídio teórico, que oferece uma primeira hipótese de qualificação para a figura a partir de antecedentes e modelos estrangeiros, propõe-se, a partir deste ponto da exposição, o exercício diametralmente oposto: a interpretação das normas do Código Civil de 2002 sobre o tema, à luz do estado da arte atual da responsabilidade civil brasileira. Uma tentativa, portanto, de mapear as construções razoáveis da *mens legis* à luz do direito civil contemporâneo: é o que se passa a desenvolver.

#### 4. Algumas objeções à colocação do “equivalente” sob a fonte indenizatória

Constata-se, desde logo, uma primeira objeção, provavelmente a mais evidente de todas, a que deveria chegar o intérprete contemporâneo quando contempla a possibilidade de o “equivalente” exercer uma função indenizatória: se procedente fosse, essa interpretação evidenciaria que a norma do atual art. 234 do Código Civil é contraditória ou, no mínimo, redundante, na medida em que alude ao equivalente “e mais” perdas e danos.<sup>139</sup> A distinção entre danos intrínsecos e extrínsecos de Pothier jamais encontrou eco na doutrina brasileira; o art. 403 do Código Civil, de forma ainda mais demarcada que no regime anterior, afasta qualquer distinção entre a responsabilidade por dolo e por culpa,<sup>140</sup> que era fulcral para aquele autor ao delimitar as duas figuras.<sup>141</sup> A regra hermenêutica segundo a qual o legislador não usa palavras inúteis<sup>142</sup> exigiria, assim, que ao “equivalente” se conferisse um papel substancialmente distinto em face das perdas e danos.<sup>143</sup>

<sup>136</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. II, cit., pp. 52-53.

<sup>137</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 139.

<sup>138</sup> DANTAS, F. C. de San Tiago. *Programa de direito civil*, vol. II, cit., p. 32.

<sup>139</sup> Um dos poucos autores a abordarem de forma expressa essa questão, ainda que laconicamente, Tito FULGÊNCIO explicava que, embora o “equivalente” consistisse no dano emergente e já estivesse incluído no conceito de “perdas e danos”, “o Código quis tornar, na menção do sub-rogado, mais enérgica e estreme de dúvida a fórmula do texto” (*Do direito das obrigações*, cit., p. 76).

<sup>140</sup> Sob a égide do Código Civil de 1916, sustentava Clóvis BEVILÁQUA que o dolo do devedor afastava a limitação imposta pelo parágrafo único do art. 1.059, o qual restringia a responsabilidade do devedor aos danos previsíveis na data da obrigação, porque, afinal de contas, não seria “lícito prever o dolo. Neste caso [de dolo do devedor], as perdas e danos terão maior amplitude, a reparação deverá ser a mais completa que for possível” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. II, cit., p. 177). No regime atual, o art. 402 do Código Civil suprimiu a distinção, em homenagem ao princípio da reparação integral (BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., p. 734).

<sup>141</sup> POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*, t. 1<sup>er</sup>, cit., p. 145.

<sup>142</sup> Sobre o ponto, amplamente conhecido, cf. a lição de BOBBIO, Norberto. O bom legislador. Trad. Eduardo Nunes de Souza. *Civilistica.com*, a. 10, n. 3, 2021; e, na doutrina nacional, MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, cit., p. 204.

<sup>143</sup> Há mesmo quem afirme que “ao segregar a responsabilidade por perdas e danos da responsabilidade pelo equivalente (isto é, equivalente pecuniário da coisa perdida), a lei, ao menos do ponto de vista literal, tratou as duas responsabilidades como portadoras de naturezas distintas” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Responsabilidade contratual: efeitos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 413).

Em matéria de deterioração da coisa nas obrigações de dar e de restituir coisa certa, o art. 239 reproduz essencialmente a regra acerca da perda total, ao passo que o art. 236 parece sugerir uma cisão ainda mais profunda entre “equivalente” e perdas e danos: prevê que o primeiro só pode ser exigido caso o credor não deseje receber a coisa no estado em que se encontre, mas que as perdas e danos podem ser sempre cobradas. Talvez buscando uma diferença prática entre as duas figuras, parte da doutrina entende que a cobrança do “equivalente” apenas é possível com a resolução da relação obrigacional, ao passo que a cobrança de outros eventuais prejuízos, evidentemente, é cabível em qualquer caso, de acordo com as regras gerais de responsabilidade civil.<sup>144</sup> Idêntica situação ocorre nos arts. 254 e 255 do Código Civil, que, ao tratarem da impossibilidade imputável ao devedor nas obrigações alternativas, impõem o dever de pagar o valor da prestação perdida (seu “equivalente”),<sup>145</sup> “*mais as perdas e danos que o caso determinar*” ou “*além da indenização por perdas e danos*”. O destaque ao valor da coisa na disciplina das obrigações alternativas, como visto, verifica-se também em outros ordenamentos, a começar pelo francês. Também nesse caso, parece plausível que o “equivalente” seja exigível apenas com a resolução da avença (porque todas as prestações se impossibilitaram ou porque, cabendo a escolha ao credor, ele assim o quis), mas as perdas e danos o sejam sempre.<sup>146</sup>

Ainda mais expressa na aparente distinção entre equivalente e perdas e danos é a norma do art. 279 do Código Civil, que, no regime da solidariedade passiva, estabelece que todos os codevedores respondem pelo “equivalente” caso a obrigação se torne impossível por culpa de um deles, mas, pelas perdas e danos, apenas responde o culpado. A regra, como visto, também se origina da doutrina francesa – novamente, do pensamento de Pothier, que, inspirado em Dumoulin tentava conciliar dois textos do Digesto diametralmente opostos, um que responsabilizava e outro que eximia de responsabilidade os codevedores pelos danos produzidos por um deles.<sup>147</sup> A doutrina não tardou a repudiar a artificialidade da regra, mas o fez, muitas vezes, com base em uma suposta ideia de representação entre devedores solidários,<sup>148</sup> que findou por também merecer críticas.<sup>149</sup> De outra parte, houve autores que elogiassem a solução proposta pela regra, pois o

<sup>144</sup> Segundo CARVALHO SANTOS, se o credor exige o equivalente, “claro está que dá como rescindido o contrato, o que lhe é permitido, uma vez que, não tendo o devedor cumprido a sua obrigação de conservar a coisa, desliga, por isso mesmo, o credor de qualquer obrigação de manter o contrato. Nem outra poderia ser a solução, por isso que, em todo contrato sinalagmático a cláusula resolutiva está subentendida [...]” (*Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XI, cit., pp. 46-47). No mesmo sentido: FULGÊNCIO, Tito. *Do direito das obrigações*, cit., p. 86; e, na doutrina contemporânea, BDINE JR., Hamid Charaf. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*. 7. ed. Barueri: Manole, 2013, p. 183, que afirma que o pedido do “equivalente” implica “desistir do contrato”. Cf., ainda, BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPELINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., p. 504, que entendem que o art. 236 segue a “regra geral do descumprimento culposo”, pois, ainda quando o credor opta por receber a coisa deteriorada, esta já não corresponde ao objeto originalmente contratado (como a sugerir, por maioria de razão, que, na hipótese referida pela lei como “equivalente”, não se trataria mais de cumprimento da obrigação, a qual estaria resolvida).

<sup>145</sup> Esta é a interpretação geralmente conferida às referidas normas pela doutrina. Tito FULGÊNCIO, por exemplo, ao tratar dos dispositivos normativos correspondentes do Código Civil de 1916, explica que “a culpa do devedor não produz outro efeito que o de submetê-lo a satisfação dos danos, e estes, segundo os mais inconcussos princípios de direito, em outra coisa não consistem que não no pagar o equivalente em dinheiro do que era de entregar em natureza” (*Do direito das obrigações*, cit., p. 170).

<sup>146</sup> Este parece ser o entendimento de SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XI, cit., p. 131.

<sup>147</sup> Como descreve PLANIOL, o primeiro texto, *De duobus reis*, previa: *Alterius factum alteri nocet* (Liv. XLV, tit. 2, fr. 18); o segundo, *De usuris*, afirmava: *Alterius mora alteri non nocet* (Liv. XXII, tit. 1, fr. 32, pr. 4) (*Traité élémentaire de droit civil*, t. II, cit., p. 244, nota 1). Diante disso, explica Giorgio GIORGI, “Dumoulin e Pothier distinguem o dano intrínseco (preço da coisa) do dano extrínseco (toda outra espécie de perda), e aplicam a primeira lei ao dano intrínseco” (*Teoria delle obbligazioni del diritto moderno italiano*, vol. I. Firenze: Eugenio e Filippo Cammelli, 1884, p. 156. Tradução livre). Critica-se, porém, que, na verdade, os romanos nunca teriam tratado de forma igualitária a mora e a culpa, de modo que não haveria contradição entre os textos; Dumoulin, porém, optou por igualar ambos e distinguir o tipo de dano, e “todos os autores que o seguiram adotaram cegamente sua interpretação, que afinal passou ao Código [francês] pelo intermédio de Pothier” (PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, cit., pp. 244-245, nota 1. Tradução livre).

<sup>148</sup> Segundo GIORGI, “a explicação tentada por Dumoulin e Pothier é repudiada pelos romanistas modernos”, pois não seria “nos efeitos da culpa, mas no caráter de representação que constitui o vínculo solidário, que se deve buscar quando a culpa de um correu prejudica o outro” (*Teoria delle obbligazioni del diritto moderno italiano*, vol. I, cit., p. 156. Tradução livre).

<sup>149</sup> Clóvis BEVILÁQUA aduz ser possível “dispensar a teoria do mandato para a explicação, que, aliás, ela não dá muito satisfatoriamente” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. II, cit., p. 48). Sobre as críticas à teoria da representação na solidariedade e sua substituição pela função de garantia do instituto, cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. II, cit., p. 85.

“equivalente” não aumentaria o ônus da obrigação solidária para os coobrigados, ao passo que outras perdas e danos seriam um acréscimo injusto para os não culpados.<sup>150</sup> O legislador francês – e, na sua esteira, muitos outros, inclusive o brasileiro –, passando ao largo da discussão, positivou o entendimento de Pothier.

Considerando a norma vigente no direito brasileiro atual e afirmada a suposta natureza reparatória do dever de pagar o “equivalente”, seria preciso concluir que o art. 279 teria estipulado uma autêntica causa de responsabilidade objetiva dos devedores solidários<sup>151</sup> – o que talvez se coadunasse com a explicação, bastante contraditória, de que o escopo da norma seria o de não suprimir do credor a garantia adicional que a solidariedade lhe proporcionava.<sup>152</sup> De fato, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, já afirmava a doutrina que a culpa de um dos codevedores não poderia ter o condão de provocar a extinção da solidariedade em detrimento do credor, motivo pelo qual o “equivalente”, como “substituto” natural da obrigação impossibilitada, continuava sendo de responsabilidade de todos.<sup>153</sup> Uma solução alternativa, desvinculada desse suposto escopo indenizatório do “equivalente”, será apresentada no item 7, *infra*. Por ora, vale ressaltar que chama a atenção a omissão do legislador a respeito do destino do “equivalente” no caso (algo semelhante) das obrigações indivisíveis: sobre estas, limita-se o art. 263 do Código Civil a dispor que, convertendo-se em perdas e danos, incumbem apenas ao(s) devedor(es) culpado(s), exonerando-se os demais. Embora se compreenda que a obrigação pecuniária decorrente do descumprimento de obrigação indivisível seja, ela própria, fracionária, não parece haver motivo para que o legislador tenha se omitido acerca do “equivalente”, simplesmente imputando-o na expressão “perdas e danos”, quando deliberadamente o individualizou em outras normas.<sup>154</sup>

As objeções desenvolvidas até aqui pecam, sem dúvida, por alguma dose de formalismo; baseiam-se, em larga medida, no que poderia ser (e a doutrina aparentemente costuma interpretar como) um conjunto de erros materiais por parte do legislador, superáveis pela via hermenêutica. A partir deste ponto da investigação, porém, impõe-se progredir para uma segunda ordem de indagações, estas de cunho mais substancial. Com efeito, caso se admitisse que o “equivalente” fosse previsto pelo Código Civil como parcela indenizatória, seria preciso indagar: *qual dano* se pretende indenizar com ele? A resposta que desponta, quase intuitivamente, diante dessa indagação parece ser: o dano total (art. 234) ou parcial (art. 236) à substância da coisa certa devida. Resposta, porém, que encerra em seu conteúdo o risco de grave assistemática. De fato, diversamente do que ocorre em outros países, como a França e a Itália, o sistema jurídico brasileiro, como é notório, consagrou o princípio segundo o qual os contratos têm eficácia meramente obrigacional, de modo que a titularidade da propriedade e dos demais direitos reais não se transfere *solo consensu*.<sup>155</sup> Em vez disso,

<sup>150</sup> Nesse sentido parece colocar-se Tito FULGÊNCIO, embora também relate as críticas dirigidas à regra. Ao tratar especificamente da regra sobre solidariedade passiva, o autor distingue entre *aestimatio rei* e *damnum*, entendendo que a satisfação deste último tem causa imediata no fato culposo ou na mora que o originaram e não na obrigação contraída (*Do direito das obrigações*, cit., p. 327), embora em outro trecho da mesma obra afirme que o “equivalente” consistiria em parte das perdas e danos (*Ibid.*, p. 75).

<sup>151</sup> Sobre a responsabilidade indireta e sua correlação com a finalidade de garantia à vítima, permita-se remeter ao conjunto de considerações e referências reunidas em SOUZA, Eduardo Nunes de. Em defesa do nexo causal, cit., item 4.

<sup>152</sup> Segundo Clóvis BEVILÁQUA, a responsabilidade pelo equivalente é comum a todos os codevedores “porque todos são igualmente devedores da totalidade, *totum et totaliter*, e a substituição pelo equivalente não lhes aumenta o encargo, não lhes torna a obrigação mais pesada” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. II, cit., p. 48).

<sup>153</sup> Nesse sentido coloca-se a lição de Carvalho SANTOS: “a culpa de um dos devedores não pode extinguir a solidariedade, fazer com que o credor perca o direito de cobrar de qualquer um ou de todos o que é devido, ou seu equivalente, a não ser com grande injustiça, tanto mais quanto o pagamento do equivalente não importa em agravação alguma” (*Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XI, cit., p. 242).

<sup>154</sup> Tito FULGÊNCIO chegava a afirmar que o “equivalente” estaria abrangido, em conjunto com as perdas e danos, pela norma do Código Civil de 1916 que tratava da conversão da obrigação indivisível no dever de indenizar (*Do direito das obrigações*, cit., p. 233).

<sup>155</sup> Segundo Caio Mário da Silva PEREIRA, duas correntes informam as legislações: “De um lado a tradição romana, vigente no sistema brasileiro, como no alemão, segundo a qual a propriedade se não transfere pelo contrato, porém exige, além deste, a tradição para as coisas móveis, ou a inscrição para as imóveis. De outro lado a sistemática francesa, a que se prendem outros códigos, mesmo modernos como o italiano de 1942, atribuindo ao contrato o efeito translático do domínio” (*Instituições de direito civil*, vol. II, cit., p. 54).

no modelo albergado pelo direito brasileiro desde o Código Civil de 1916 e até o atual, essa titularidade apenas se adquire de forma derivada se à constituição válida do título translático se segue a tradição, no caso de bem móvel (art. 1.267 do Código Civil), ou o registro, na hipótese de bem imóvel (art. 1.245 do Código Civil).

Esse princípio basilar se manifesta em variados aspectos do direito obrigacional, a começar pela distribuição dos riscos da coisa: antes da tradição ou do registro, como a coisa perece para o dono (*res perit domino* ou *casum sentit dominus*), seu perecimento é suportado pelo devedor, justamente aquele que era titular de direito real sobre ela no instante da perda.<sup>156</sup> É bem verdade que os autores, em geral, restringem a teoria dos riscos à impossibilidade fortuita;<sup>157</sup> se, porém, seu fundamento for efetivamente a titularidade de direitos sobre a coisa, não é razoável que a culpa do devedor autorize configurar uma suposta titularidade da coisa pelo credor que não existe quando a prestação se impossibilita fortuitamente.<sup>158</sup> Preocupa, nesse sentido, que o codificador tenha dispensado à impossibilidade culposa da obrigação de dar coisa certa própria estritamente a mesma consequência jurídica que atribui à impossibilidade culposa da obrigação de restituir coisa certa alheia (art. 239): o dever de pagar ao credor “o equivalente, mais perdas e danos”.<sup>159</sup> Não é difícil constatar que se trata de duas categorias drasticamente distintas, já que a distribuição dos riscos da coisa na obrigação de restituir é invertida:<sup>160</sup> se e enquanto for verdade que a coisa perece para o dono, a perda do objeto a ser restituído depaupera o patrimônio, em regra, do credor (ou do terceiro que seja o proprietário do bem), e não do devedor.<sup>161</sup> Nesse caso, é evidente que ao devedor culpado caberá indenizar o proprietário lesado (em geral, o credor) pelo valor da coisa.<sup>162</sup> Mas qual seria o sentido da regra no âmbito da obrigação de dar coisa certa própria, se nesta última, por definição, o credor não titulariza direito real sobre a coisa?

Chega a ser curioso, nesse particular, que Teixeira de Freitas, ao prever o dever de pagar o “equivalente” no art. 903 do seu *Esboço*, sustentasse que o seu projeto tinha o mérito de não contradizer o provérbio *res perit domino*, ao contrário do que, no seu entender, fazia o direito então vigente – que atribuía ao comprador os riscos da coisa mesmo antes da tradição e não permitia que ele se liberasse de sua contraprestação por prever a transmissão do domínio pelo mero consenso, reputada “falsa” pelo autor.<sup>163</sup> De fato, nessa passagem,

<sup>156</sup> Assim, por exemplo, FULGÊNCIO, Tito. *Do direito das obrigações*, cit., pp. 90-91.

<sup>157</sup> Cf. GOMES, Orlando. *Obrigações*, cit., p. 217; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 24.

<sup>158</sup> Nesse sentido, aliás, Clóvis BEVILÁQUA aduzia que a norma a respeito da impossibilidade culposa da obrigação de dar derivava da “distinção fundamental entre o *jus in re* e o *jus ad rem*”, pois, antes da tradição, o credor ainda não era dono, e o princípio *res suo domino perit* “não é menos a síntese de uma observação verdadeira” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. II, p. 11).

<sup>159</sup> Uma situação que tem levado a doutrina a formular explicações pouco claras do cotejo entre o regime da obrigação de dar em geral e da obrigação de restituir. Por exemplo, afirma-se que, na obrigação de restituir, “embora o mecanismo seja diverso, o princípio é idêntico” (VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 323).

<sup>160</sup> E tanto assim que CARVALHO SANTOS chega a afirmar, quanto à perda fortuita da coisa devida na obrigação de restituir, que “a solução não podia ser idêntica à estabelecida para a obrigação de dar coisa certa, pela razão muito lógica de ser completamente diferente a relação de direito” (*Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XI, cit., p. 54).

<sup>161</sup> A respeito, cf., direito contemporâneo, a crítica de BDINE JR., Hamid Charaf. *Código Civil comentado*, cit., pp. 181-182, que ressalta a impossibilidade de se entender que, na obrigação de dar coisa própria, o credor já seja proprietário antes da tradição.

<sup>162</sup> Eloquentemente que a doutrina, ao tratar da obrigação de restituir, se refira por vezes a “repor” o equivalente (VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*, cit., p. 325) ou “reposição” da coisa pelo equivalente (BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., p. 506).

<sup>163</sup> Aduzia TEIXEIRA DE FREITAS: “Pelo nosso direito atual o inverso da regra do nosso artigo [903 do *Esboço*] acha-se legislado”; assim, “ainda que a coisa se destrua ou perca antes da tradição, o comprador não ficará desonerado de pagar o preço nem poderá repeti-lo se já o tiver pago – *periculum est creditoris*. Esta disposição é injusta, contradiz o princípio indeclinável de que a coisa perece por conta de seu dono, não se justifica com a regra que se costuma invocar – *debitor rei certae ejus interitu liberatur* –, e nem é possível justificá-la em uma legislação, como a nossa, que tem distinguido o direito pessoal e o direito real [...]. Esta crítica achar-se-á em todos os escritores franceses, posto que pelo Código Napoleão os riscos da coisa vendida, como pela nossa legislação atual, também são por conta do comprador, ainda que a coisa não lhe tenha sido entregue. Mas no direito francês tem-se evitado a contradição do princípio – *res suo domino perit* –, porque entende-se que a coisa vendida se transmite para o domínio do comprador desde o momento do contrato, e sem dependência de tradição. Ora, sendo impossível que eu adotasse essa teoria do direito francês, teoria tão falsa que no próprio Código Napoleão se desmente por mais de uma inconseqüência, força era que me apartasse da nossa legislação atual” (*Código Civil*, vol. II, cit., p. 355 s.).

Teixeira de Freitas parecia estar influenciado pela teoria moderna dos riscos, a qual, preocupada com a possibilidade ou não de o credor se liberar do dever de contraprestar, aloca os riscos ora nas suas mãos, ora nas do devedor – ou seja, ocupa-se mais da relação contratual como um todo do que da obrigação isoladamente considerada.<sup>164</sup> O autor, porém, afirmava que as soluções por ele propostas decorriam do princípio de origem romanista *res perit domino*, utilizado apenas para a identificação de quem sofre a perda patrimonial (isto é, quem é o titular prejudicado) com o perecimento – uma visão, por assim dizer, menos global da relação.<sup>165</sup>

Embora autorizadas vozes afirmem que a máxima *res perit domino* “não pode ser aceita” e que “foi veementemente combatida e, ao final, abandonada”,<sup>166</sup> parece inegável que a doutrina amplamente majoritária entende ser essa a diretriz adotada por nosso regime geral das obrigações de dar.<sup>167</sup> E, ao contrário de certas formulações da teoria moderna dos riscos, tais como *res perit debitori*, que se preocupam com eventual sinalagma contratual, a regra *res perit domino* limita-se a evidenciar o efeito que já decorreria da titularidade de direitos sobre a coisa.<sup>168</sup> Ora, se essa titularidade não é alterada por eventual culpa do devedor, não parece razoável que o princípio *res perit domino* seja afastado na impossibilidade culposa, de modo a que se indenize quem não titularizava direito real sobre a coisa pela sua perda. O próprio Teixeira de Freitas, aliás, ressaltava que, até o momento da tradição, os frutos colhidos e os acréscimos advindos à coisa pertencem legitimamente ao devedor<sup>169</sup> – uma regra vigente até hoje (no atual art. 237 do Código Civil), que também diz muito mais respeito à titularidade de direitos sobre a coisa do que à subsistência do vínculo contratual.

Por seu turno, Clóvis Beviláqua, apoiando-se na lição de Teixeira de Freitas, asseverava que o pagamento do “equivalente” pelo devedor culpado pela impossibilidade “não é porque o credor tivesse adquirido direito real sobre a coisa, mas porque o devedor tinha obrigação de conservá-la, cuidadosamente, para entregá-la ao credor”.<sup>170</sup> A explicação, reproduzida ainda hoje por alguns autores,<sup>171</sup> encontra eco, mais uma vez, na doutrina tradicional francesa: tanto Domat<sup>172</sup> quanto Pothier,<sup>173</sup> por exemplo, previam um dever de guarda do devedor sobre a coisa, que veio a ser positivado pelo *Code* na definição da obrigação de dar constante do art. 1.136. Trata-se de previsão que se coaduna com a transmissão *solo consensu* do domínio e a atribuição dos riscos ao comprador naquele sistema.<sup>174</sup> No sistema brasileiro, porém, em que esse dever de guarda não consta do regime da obrigação de dar (mas apenas das obrigações de restituir, de que é exemplo emblemático

<sup>164</sup> Como relata Orlando GOMES, a doutrina moderna, julgando impossível regular a teoria dos riscos com uma regra única (o princípio dos romanistas *res perit domino*), passou a prever regras diversas conforme a obrigação decorresse de contrato unilateral (*res perit creditori*), bilateral (*res perit debitori*), ou, ainda, condicional (*Obrigações*, cit., p. 222). O autor elucida que essa concepção não se limita a explicar quem sofre o prejuízo, mas “como” o sofre, isto é, se e quando o devedor ainda poderá cobrar a contraprestação (Ibid., p. 218).

<sup>165</sup> Cf., por exemplo, o uso que faz do princípio RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, vol. II, cit., p. 25.

<sup>166</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*, pp. 219-220.

<sup>167</sup> Reconhecem o princípio *res perit domino* como o orientador geral do regime das obrigações de dar (coerentemente com o paradigma romanista que normalmente é atribuído ao direito brasileiro nessa matéria), entre muitos outros: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. II, cit., p. 11; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. II, cit., p. 50; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, vol. II, cit., p. 25; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., p. 502.

<sup>168</sup> Remeta-se, ainda uma vez, ao contraste traçado por GOMES, Orlando. *Obrigações*, cit., pp. 217 e ss.

<sup>169</sup> Para TEIXEIRA DE FREITAS, uma possível objeção à tese de que o domínio apenas se transfere com a tradição estaria na máxima *periculum ejus esse debet, cujus commodum est* – mas o seu *Esboço* a evitaria na medida em que atribuía ao vendedor, antes da tradição, também todos os frutos e melhoramentos da coisa (*Código Civil*: esboço, vol. II, cit., p. 356).

<sup>170</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. II, cit., pp. 11-12.

<sup>171</sup> Ilustrativamente, cf. VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*, cit., p. 323.

<sup>172</sup> DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, cit., p. 35.

<sup>173</sup> POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*, t. 1<sup>er</sup>, cit., pp. 121-122.

<sup>174</sup> Afinal, naqueles sistemas, a obrigação de dar só existe “em teoria e pelo tempo de um relâmpago”, pois, tão logo nasce, a obrigação se converte em um *facere*: transferir a coisa, que já é do credor (CARBONNIER, Jean. *Droit civil*, t. II, cit., p. 1927). PLANIOL afirma, nesse sentido, que, concluída a venda, o devedor da coisa torna-se seu “guardião” (*Traité élémentaire de droit civil*, t. II, cit., p. 487).

o caso do comodato – art. 582 do Código Civil) e os riscos da coisa até a tradição são do vendedor (art. 492), causa estranheza esse suposto dever, em tese exigível pelo credor, de que o devedor conserve seus próprios bens – contraditório com a própria faculdade de disposição ínsita ao domínio, a qual, por contraintuitivo que pareça, não se extingue de pleno direito para o dono/devedor com o nascimento da obrigação de dar.<sup>175</sup> Tampouco parece haver na doutrina qualquer indício de que esse dever consistiria em dever anexo decorrente da boa-fé objetiva ou de outro princípio. Em princípio, antijurídica e atentatória ao programa contratual não é propriamente a falta de conservação da coisa pelo dono, mas sim a consequente inexecução da obrigação.

Subjaz ao nosso sistema, assim, a sugestão de uma aparente assistemática: busca-se conferir ao direito de crédito correspectivo a uma obrigação de dar coisa certa exatamente a mesma tutela que seria aplicável ao direito de propriedade sobre a coisa titularizado pelo credor da obrigação de restituir. É eloquente, nesse sentido, que o art. 240, ao tratar da obrigação de restituir, remeta à regra do art. 234 sobre as obrigações de dar. Interessante notar, por outro lado, que a discrepância não se mantém no que diz respeito ao regime jurídico dos frutos e dos acréscimos advindos à coisa, que é substancialmente diferente na obrigação de restituir (arts. 241 e 242), coerentemente com a distinta titularidade de direitos nesses casos. Na obrigação de dar coisa certa, o credor não é obrigado a pagar nem mesmo por eventuais benfeitorias necessárias feitas pelo devedor,<sup>176</sup> admitindo-se que simplesmente se resolva a obrigação (art. 237), coerentemente com sua posição de não titular de direitos sobre a coisa. Neste ponto, reconhece-se amplamente a regra da eficácia meramente obrigacional dos contratos – cuja incidência, em rigor, deveria conduzir à conclusão de que, sobretudo à luz do direito contemporâneo, a obrigação de dar coisa certa se aproxima muito mais da obrigação de fazer do que da obrigação de restituir.<sup>177</sup> Ainda que não se deseje admitir tal conclusão, tão drasticamente apartada da nossa tradição, não parece lícito admitir uma espécie de “titularidade virtual” do credor sobre a coisa certa devida antes da entrega, quando o inteiro sistema parece negar essa eficácia aparentemente real.

Embora se esteja a tratar prioritariamente de contratos, vale esclarecer, as considerações precedentes parecem aplicáveis também a obrigações de dar coisa certa com fonte não contratual. Ora, não apenas tais obrigações são de raríssima incidência (sendo muito mais frequente que a lei determine a prestação pecuniária ou o dever de restituir) como, ainda nesse caso, continuaria faltando ao credor uma causa de aquisição do direito real sobre a coisa. Eventual origem legal da obrigação, portanto, pouco parece interferir na questão.

Mas não apenas nesse ponto o regime codificado parece propor uma quebra de sistemática. Bastante eloquente é a completa omissão pelo codificador de qualquer referência ao “equivalente” quando dispõe sobre as obrigações de fazer. Ao tratar destas, o art. 248, embora preveja regra muito semelhante àquela aplicada à impossibilidade culposa das obrigações de dar, determina simplesmente a obrigação do devedor de arcar com perdas e danos, sem qualquer alusão ao valor da prestação perdida. Como se sabe, em nossa tradição

<sup>175</sup> Basta constatar que, embora não seja lícito ao vendedor promover múltiplas alienações da mesma coisa, um segundo comprador para o qual se tenha feito a tradição efetiva da coisa adquirir-lhe-á a propriedade, salvo caso de má-fé, em detrimento do primeiro comprador. Evidentemente, não se descarta que o titular do direito de crédito possa adotar certas medidas assecuratórias de seu interesse (o que se admite até mesmo ao titular da expectativa de direito – art. 130 do Código Civil). Mas tais medidas se justificam apenas como tais (i.e., como mecanismos de tutela do crédito, geralmente exercitáveis perante terceiros – pense-se no exemplo da interrupção da prescrição pelo cessionário do crédito *sub conditione*), e não como cobrança de um suposto dever de guarda pelo devedor sobre seus próprios bens.

<sup>176</sup> Em sentido contrário, para Caio Mário da Silva PEREIRA, o pagamento por benfeitorias necessárias seria justamente um exemplo em que não se admitiria ao credor rejeitar o aumento do preço (*Instituições de direito civil*, vol. II, cit., p. 53).

<sup>177</sup> Inclusive porque o direito atual acabou aproximando os mecanismos de tutela de ambas as obrigações, de forma a privilegiar, tanto quanto possível, seu cumprimento específico: “o direito privado, no Brasil e alhures, evoluiu no sentido de buscar, sempre que possível, a execução específica [...] Nesta direção, supera-se a ideia da inexecutabilidade específica das obrigações de fazer e não fazer, reforçando-se (não propriamente a posição do credor, mas) o interesse merecedor de tutela veiculado por tais espécies de obrigações” (TEPEDINO, Gustavo. Inadimplemento contratual e tutela específica das obrigações. *Soluções práticas de direito*, vol. II. São Paulo: RT, 2012, p. 142).

jurídica, era comum afirmar-se que a obrigação de fazer não se sujeitaria à execução coercitiva (*nemo potest precise cogi ad factum, nemo ad faciendum cogi potest...*).<sup>178</sup> Até que ponto esse multissecular entendimento<sup>179</sup> se mantém ainda nos dias atuais, dada a prioridade de que goza hoje a execução específica, é questão que ultrapassa o escopo do presente estudo, bastando registrar que em nada deveria implicar a omissão legislativa do “equivalente” nas obrigações de fazer caso este fosse uma verdadeira parcela indenizatória.

Vale acrescentar que o Código Civil de 1916, em regra suprimida na lei atual, previa a responsabilidade do devedor por perdas e danos também no caso de se recusar ele a prestar o *facere* de natureza personalíssima (art. 880) – destoando, assim, da disciplina das obrigações de dar coisa certa, na qual não há norma disciplinando o inadimplemento voluntário. Também aí, contudo, omitia-se o legislador acerca do “equivalente”. Ao interpretar a disposição, preocupava-se a doutrina em destacar que as perdas e danos não consistiam em cumprimento da obrigação de fazer<sup>180</sup> – uma ressalva que não apenas deveria ser desnecessária (pela própria natureza indenizatória das perdas e danos) como, mais do que isso, não é usual acerca do “equivalente” nas obrigações de dar coisa certa. A despeito de todas essas considerações, alguns autores ainda assim sustentam que as perdas e danos deveriam corresponder ao valor pecuniário da prestação de fazer inadimplida.<sup>181</sup>

Até mesmo Pothier, ao tratar da distinção entre danos intrínsecos e extrínsecos (a tese que parece ter originado o “equivalente”), utilizava como exemplos principais obrigações de dar ou obrigações de fazer que resultassem na entrega de coisas,<sup>182</sup> muito embora afirmasse que obrigações de fazer em geral deveriam se converter em perdas e danos.<sup>183</sup> Embora não aparente haver nas fontes romanas razão para isso, a leitura da doutrina que dele se hauriu nos mais variados períodos parece sugerir, ainda que implicitamente, que a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos não abrangeria, de forma tão clara quanto nas obrigações de dar, o valor da própria prestação. A usual materialidade do objeto da obrigação de dar coisa certa, bem como a maior facilidade de quantificação de um valor de mercado para ele, talvez tenham contribuído isso.<sup>184</sup> Não por acaso, a noção de que também um *facere* humano possa qualificar-se como um bem jurídico é relativamente recente, se comparada com as fontes remotas das consequências do seu descumprimento.<sup>185</sup>

A escolha normativa na matéria, porém, sugere um cenário de grave quebra de isonomia, no qual o devedor da obrigação de dar coisa certa encontra-se superonerado (afinal, pela literalidade da lei, não apenas sofre o prejuízo da perda da coisa como – pressupondo-se a resolução contratual pelo inadimplemento – ainda precisa restituir a contraprestação ao credor, indenizá-lo por perdas e danos e pagar o suposto “equivalente”

<sup>178</sup> Os adágios são lembrados por Clóvis BEVILÁQUA, que ainda acrescenta a máxima: *in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus* (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado, vol. II, cit., p. 21).

<sup>179</sup> Embora já na Idade Média se reconhecessem certos casos de execução específica de obrigações de fazer e a pandectística considerasse a regra *omnis condemnatio pecuniaria* mera reminiscência histórica, a tese da impossibilidade de execução forçada do *facere* ingressou no Código Napoleão (art. 1.142) pela obra de Pothier, como relata ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations*, cit., pp. 775-776.

<sup>180</sup> A ressalva era feita, por exemplo, por TEIXEIRA DE FREITAS (Código Civil: esboço, cit., p. 374), para explicar que, embora o devedor pudesse, na prática, recusar-se a prestar o *facere* e apenas pagar perdas e danos, isso não convertia a obrigação em obrigação alternativa. No mesmo sentido, BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. II, cit., pp. 21-22.

<sup>181</sup> Nesse sentido, por exemplo: TEIXEIRA DE FREITAS afirmava que as perdas e danos corresponderiam a “*quanti creditoris interest factum fuisse id quod promissum est*” (Código Civil: esboço, cit., p. 372), ou seja, o montante do “interesse” credor se o que foi prometido fosse cumprido. Na mesma direção, CARVALHO SANTOS chegava a aludir a “justo equivalente” ao tratar das perdas e danos pelo inadimplemento da obrigação de fazer (Código Civil brasileiro interpretado, vol. XI, cit., pp. 89-90).

<sup>182</sup> POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*, t. 1<sup>er</sup>, cit., pp. 138 e ss.

<sup>183</sup> POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*, t. 1<sup>er</sup>, cit., p. 125.

<sup>184</sup> Como observa Stefano RODOTÀ, “a ideia da relação solitária do homem com a coisa” ajudava a evidenciar o dano como interferência indevida de um terceiro sobre a esfera jurídica da vítima; além disso, “a materialidade do bem consentia uma mais direta e segura valoração da existência e da medida do dano” (*Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 190. Tradução livre).

<sup>185</sup> Cf. TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do direito civil*, vol. 1. Rio de Janeiro: GEN, 2020, p. 186.

pecuniário), ao passo que o credor da obrigação de fazer estaria protegido de forma mais frágil (também pela literalidade da lei, apenas se libera de eventual contraprestação que lhe incumbisse e faz jus às perdas e danos, mas não teria direito a receber o seu valor em dinheiro). É verdade que a lei reconhece ao credor lesado de um *facere* a faculdade de obter a prestação das mãos de um terceiro, às custas do devedor (art. 249 do Código Civil); trata-se, porém, de hipótese diversa do chamado “equivalente”,<sup>186</sup> já que o que o devedor paga, aqui, é o custo do serviço do terceiro, adiantado (como determina o art. 817, p.u. do CPC) pelo credor.<sup>187</sup>

Ora, não sendo lícito afirmar que, no direito brasileiro, exista qualquer fundamento valorativo hábil a justificar que os credores de obrigações de dar sejam protegidos de forma mais intensa que os demais, cria-se um cenário de assistemática. O problema não é desconhecido pela doutrina, que costuma resolvê-lo sustentando que o dever de pagar o “equivalente” também seria exigível diante da impossibilidade culposa das obrigações de fazer, a despeito da ausência de previsão legal desta parcela à qual o legislador expressamente remete em outros casos.<sup>188</sup> O entendimento poderia, em tese, ser corroborado pelo fato de que as já mencionadas normas sobre obrigações alternativas e obrigações solidárias mencionam o “equivalente” sem distinguir quanto à natureza da prestação devida. Por outro lado, diversas normas que tratam de obrigações de fazer silenciam sobre o “equivalente”. Na disciplina dos contratos preliminares, por exemplo, prevê o art. 465 que, descumprida a promessa pelo estipulante, pode a outra parte dá-la por desfeita “e pedir perdas e danos”. Não há qualquer menção a um hipotético valor do contrato definitivo nunca celebrado, embora a doutrina mais fiel à tese do “equivalente” não tarde a incluí-lo no interior da formulação “perdas e danos”.<sup>189</sup>

As questões acima aventadas conduzem, ainda, a uma nova objeção, já tangenciada em todos os tópicos anteriores: o dever de pagar o valor da prestação não é previsto por lei diante de hipóteses análogas à impossibilidade culposa, a começar pelo inadimplemento da obrigação.<sup>190</sup> De fato, a teor do art. 389 do Código Civil, “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”. A omissão é particularmente relevante porque, como se comentará no item 6, *infra*, a doutrina recente que tem trazido o “equivalente” de volta ao debate assim o faz justamente no âmbito do inadimplemento. Nas fontes romanas, como visto, a impossibilidade culposa não era disciplinada de forma apartada do descumprimento voluntário. E o direito brasileiro codificado, embora não chegue a unificar todas as formas de inadimplemento (como buscou fazer o BGB em sua redação atual), tampouco confere à impossibilidade culposa uma autonomia relevante (como a redação original do BGB). Embora parte da doutrina afirme a distinção entre os conceitos, isso parece

<sup>186</sup> Sobre o cumprimento por terceiro da obrigação de dar como modalidade efetiva de execução específica da obrigação, cf. a conhecida defesa, em contraposição ao entendimento de Carnelutti, desenvolvida por BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*, cit., pp. 297-298, segundo o qual “por meio de um terceiro, o credor obtém não uma simples substituição da prestação, mas a prestação mesma”.

<sup>187</sup> Em sentido parcialmente contrário, Tito FULGÊNCIO afirmava que o custeio pelo devedor do cumprimento por terceiro teria natureza de “equivalente” quando autorizado pelo juiz e de “perdas e danos” quando o credor agisse por conta própria, por questões de urgência, sem autorização judicial (*Do direito das obrigações*, cit., p. 142). Não apenas o autor não esclarecia se, nesse caso, o “equivalente” não teria natureza indenizatória como, de todo modo, o exemplo parece ter perdido sua utilidade à luz do atual art. 249, parágrafo único.

<sup>188</sup> Nesse sentido, cf. FULGÊNCIO, Tito. *Do direito das obrigações*, cit., p. 122 (o autor fala em “execução do equivalente” e em “perdas e danos”, mas não chega a esclarecer se o “equivalente” em questão seria exatamente o valor da prestação); e, ainda, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. II, cit., p. 60 (o autor parece ser mais direto ao afirmar que “o inadimplemento da obrigação de fazer converte a prestação no seu equivalente pecuniário”).

<sup>189</sup> Assim, por exemplo, Caio Mário da Silva PEREIRA afirma: “Se faltam ao contrato preliminar os requisitos que lhe atribuem a execução específica, nem por isso é destituído de efeitos, porque a *obligatio faciendi*, não podendo ser cumprida em espécie pela recusa injustificada do devedor, vai dar em conversão da prestação no seu equivalente pecuniário, sujeitando-se o contratante inadimplente ao ressarcimento das perdas e danos” (*Instituições de direito civil*, vol. III. 12. ed. Atual. Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 92).

<sup>190</sup> Sobre a aproximação funcional dessa e de outras figuras com o inadimplemento, a partir do conceito de causa contratual, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 8, n. 2, 2019, pp. 29 e ss.

decorrer da adoção de critérios de índole estruturalista,<sup>191</sup> que se refletem também na distinção entre termos como incumprimento, descumprimento, inadimplemento, inexecução etc.<sup>192</sup> (ora usados como sinônimos). Afinal, em viés funcional, se o inadimplemento (absoluto ou relativo, total ou parcial) traduz a não prestação (ou prestação imperfeita) imputável ao devedor,<sup>193</sup> a impossibilidade culposa há de estar nele abrangida.<sup>194</sup>

A escolha do legislador brasileiro de não mencionar o “equivalente” em tema de inadimplemento (em franco contraste com a disciplina da impossibilidade nas obrigações de dar), porém, não impediu que a doutrina tradicional sustentasse que o valor da prestação faria parte das perdas e danos decorrentes da inexecução imputável – uma tendência que parece decorrer do uso, algo liberal, do termo “impossibilidade”, frequentemente empregado para indicar o insucesso das tentativas de execução específica, como indicativo do inadimplemento absoluto.<sup>195</sup> Como esse insucesso muitas vezes leva em conta a chamada impossibilidade relativa,<sup>196</sup> tem-se aqui um conceito de “impossível” mais flexível do que a impossibilidade absoluta que caracteriza a perda da coisa certa na obrigação de dar;<sup>197</sup> o “equivalente”, porém, costuma ser facilmente transportado da disciplina desta última para o inadimplemento em geral. Sem dúvida, esse itinerário argumentativo foi bastante facilitado pelo costume de, em tema de impossibilidade culposa, imputar-se o “equivalente” no interior das perdas e danos – cujo conteúdo é naturalmente variável, de modo a adaptar-se a cada caso concreto.

Há mesmo autores que sustentam que a expressão “equivalente” corresponderia ao somatório dos danos emergentes e dos lucros cessantes decorrentes do inadimplemento,<sup>198</sup> estendendo ao limite máximo a semântica do termo de modo a fazê-lo coincidir perfeitamente com o conjunto das perdas e danos (o que tornaria, em rigor, ainda mais redundantes as normas que se referem individualmente a ambas as figuras). Um pouco mais comuns são as posições que parecem vislumbrar no “equivalente” uma espécie de dano emergente, embora, também em matéria de inadimplemento, o tratamento mais usual das perdas e danos pela doutrina seja o de nunca deixar claro se elas abrangem ou não o valor da prestação descumprida.<sup>199</sup> Para uma compreensão mais apurada da questão, impõe-se buscar uma resposta mais precisa à indagação antes formulada: *qual dano* seria indenizado com o “equivalente”?

<sup>191</sup> Cf., por exemplo, os comentários de Judith MARTINS-COSTA à obra de Menezes Cordeiro, que demarca a distinção em Portugal (In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. V, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 90-91).

<sup>192</sup> Cf., ilustrativamente, a sistematização de GOMES, Orlando. *Obrigações*, cit., p. 174.

<sup>193</sup> Sobre o ponto, amplamente reconhecido, cf., por todos, BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., p. 715. Sobre mitigações ao papel da culpa no inadimplemento, cf., entre outros, NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 291.

<sup>194</sup> Para uma análise detalhada da associação entre essa e outras hipóteses análogas ao inadimplemento, cf. SILVA, Rodrigo da Guia. *Remédios ao inadimplemento contratual: uma releitura em perspectiva civil-constitucional*. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2022, *passim* e, em particular, pp. 185 e ss.

<sup>195</sup> Ilustrativamente, cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. II, cit., pp. 306-307, que conclui: “a execução direta ou *ad rem ipsam* é o modo normal de execução das obrigações. Mas, quando ela não é mais possível, ou simplesmente não é possível, procura-se a execução pelo equivalente, através de um elemento compensatório, que vem suprir a ausência de execução direta”.

<sup>196</sup> “Se a prestação em forma específica torna-se muito onerosa para o devedor, constituindo uma verdadeira iniquidade a sua exigência, aquela dificuldade constituiria uma justa causa para autorizá-lo a liberar-se por meio do equivalente” (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XIV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 250-251).

<sup>197</sup> A perda da coisa é uma hipótese de impossibilidade material, ao passo que a chamada impossibilidade relativa é um conceito propriamente jurídico, como analisa GOMES, Orlando. *Obrigações*, cit., pp. 176-178.

<sup>198</sup> Assim, por exemplo, Judith MARTINS-COSTA, ao descrever o conceito de indenização pelo interesse positivo, afirma que esta abrangeria, entre outros prejuízos, também “o equivalente da prestação em sua dupla face (dano emergente e lucro cessante)” (*Comentários ao Novo Código Civil*, vol. V, t. II, cit., p. 329).

<sup>199</sup> Ilustrativamente, embora afirme em várias passagens que as perdas e danos são o “equivalente” da prestação (*Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XIV, cit., por exemplo, p. 250), CARVALHO SANTOS reproduz o muito conhecido exemplo: “um artista teatral obrigara-se a representar em certo dia num determinado teatro, e ali não comparece, tendo o empresário feito despesas várias para a realização do espetáculo”; nesse caso, segundo o autor, o dano emergente seria composto de: “as despesas que o empresário fez com a preparação do dito espetáculo, tais como a locação da sala, publicidade, ensaios, salários pagos aos outros artistas e aos demais auxiliares, etc.”, sem jamais referir-se ao valor da remuneração do artista – teoricamente, o valor pecuniário da prestação não realizada (Ibid., p. 255).

Na primeira ocorrência da pergunta, respondeu-se que, nas obrigações de dar coisa certa, parecia o legislador partir da lógica de que se repararia a lesão a uma espécie de “titularidade virtual” ou hipotética sobre a coisa. Como se buscou evidenciar, essa visão aparenta colidir frontalmente com a regra *res perit domino* e com a eficácia meramente obrigacional dos contratos no direito brasileiro, na medida em que conduz exatamente ao mesmo regime da obrigação de restituir. Não responde, tampouco, por que o “equivalente” seria devido também na impossibilidade de obrigações de fazer ou no inadimplemento obrigacional em geral. Avançando-se na análise, seria preciso acrescentar: trata-se de uma tese que aparenta contradizer a máxima segundo a qual não se indenizam danos hipotéticos<sup>200</sup> – verdadeiro dogma do nosso sistema. É o que se passa a expor.

### 5. Segue. Objeções específicas sobre inadimplemento e responsabilidade civil contratual

Causa certa surpresa que o ponto não tenha sido ventilado com maior frequência na doutrina tradicional – que, de resto, sempre se manteve fiel à inexorabilidade da certeza<sup>201</sup> como pressuposto do dano indenizável. Embora esse cenário seja certamente devido a uma conjunção de múltiplos fatores, tudo indica que a doutrina brasileira pode ter sido influenciada pela tendência à exasperação da cisão entre responsabilidade contratual e aquiliana de outros ordenamentos (ainda que sem os contornos drásticos que essa tendência obteve alhures, sendo geralmente aceita no Brasil a tese da unidade da responsabilidade civil).<sup>202</sup> De fato, em sistemas nos quais o dano aquiliano é mais limitado ou mesmo tipificado, a dicotomia permitiu que, até certo ponto, os autores que se dedicavam à teoria da “responsabilidade civil” (assim designada, via de regra, apenas a delitual) desenvolvessem um conceito de dano que não necessariamente coincidia com o conteúdo da expressão “perdas e danos” no inadimplemento obrigacional.<sup>203</sup> Na tradição brasileira, embora a divisão contratual/delitual surja apenas de forma indireta na lei, reflexo mais de uma inércia romanista<sup>204</sup> que de uma convicção teórica moderna, a doutrina não parece ter ficado infensa a certos subprodutos dessa influência.

Mais provável ainda é que a já aludida falta de individualização funcional da responsabilidade civil na doutrina tradicional tenha contribuído para suprir essa lacuna conceitual. Embora os requisitos do dever de indenizar sejam há muito enunciados, enquanto a responsabilidade civil brasileira se manteve fiel ao paradigma do ato ilícito, não foram poucos os sacrifícios feitos, na práxis, à delimitação conceitual desses requisitos.<sup>205</sup> Em uma palavra, por muito tempo pareceu natural que a ilicitude do descumprimento contratual conduzisse ao

<sup>200</sup> Sobre o ponto, amplamente conhecido, cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 11. ed. Atual. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: GEN, 2016, pp. 57 e ss.

<sup>201</sup> Cf. BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., p. 701.

<sup>202</sup> Segundo Arnoldo WALD, “a doutrina moderna tende a unificar as duas responsabilidades (contratual ou extracontratual), e a própria jurisprudência brasileira, em matéria de transporte e nas relações profissionais, tem recorrido ora aos princípios da responsabilidade contratual, ora às normas reguladoras da responsabilidade delitual” (*Direito civil*, vol. 2. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 170).

<sup>203</sup> Na raiz desse processo, como registram MARTY e RAYNAUD (*Droit civil*, t. II, 1<sup>er</sup> vol., cit., pp. 331-332), parece estar a tese tradicional de que haveria uma diferença crucial entre a violação de uma obrigação nascida de um contrato e todas as outras formas de “obrigação” (*rectius*, deveres jurídicos contrapostos a direitos absolutos).

<sup>204</sup> Parece aplicável à tradição codificada brasileira a ponderação que Giorgio GIORGI fazia a respeito do *Code* francês e do Código italiano original, de 1865. Indagava o autor: “Mas se a reparação do dano por força de inadimplemento das obrigações nada mais é do que uma das tantas maneiras de reparação por fato ilícito, por que o legislador delas tratou de forma separada a propósito das obrigações mais importantes [isto é, as reparações por inadimplemento contratual]?”. Respondia o autor que os juristas romanos jamais consideraram uma obrigação nova a que nasce do inadimplemento contratual, mas a viam como uma continuação da anterior. A despeito da superação dos motivos procedimentais que o justificavam, “esse método sobreviveu ao direito romano por tradição constante, e é a primeira razão pela qual os legisladores modernos trataram nos Códigos das obrigações ao ressarcimento do dano por inadimplemento contratual em sede separada das obrigações ao ressarcimento dos danos por delito ou quase-delito” (*Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. II, cit., pp. 118-119. Tradução livre).

<sup>205</sup> Sobre o ponto, permita-se remeter, ainda uma vez, à crítica desenvolvida em SOUZA, Eduardo Nunes de. Em defesa do nexos causal, cit., item 2, particularmente quanto à confusão entre nexos causal e culpa.

dever de pagar perdas e danos (ora referidas com fins reparatórios, ora punitivos, ora preventivos, ora coativos<sup>206</sup> – um remédio inespecífico a muitas antijuridicidades distintas percebidas no inadimplemento), já que era a ilicitude (e não tanto o dano) que simbolizava as *fattispecie* hábeis a deflagrar o dever de indenizar.

Um possível caminho para pacificar os problemas mencionados seria concluir que o “equivalente” não pretenderia propriamente indenizar a titularidade nunca obtida pelo credor sobre a coisa ou, enfim, a vantagem nunca proporcionada a ele pelo devedor, mas sim a lesão ao direito de crédito em si mesmo considerado. Afinal, se por “dano” se compreende a violação de um direito subjetivo<sup>207</sup> ou, mais modernamente, de um interesse juridicamente tutelado,<sup>208</sup> poderia parecer razoável concluir, à primeira vista, que a violação culposa a um direito de crédito deveria ensejar, *per se*, o dever de indenizar. O “equivalente”, assim, talvez consistisse na reparação mínima necessariamente devida diante da lesão a todo e qualquer direito subjetivo obrigacional. Tal explicação, porém, se procedente for, certamente destoa da tradição do nosso direito. Isso porque, ainda que a lesão ao direito de crédito traduza o que se convencionou designar por *dano-evento*,<sup>209</sup> não é capaz de evidenciar *prima facie* qual seria o *dano-prejuízo*<sup>210</sup> a ser supostamente reparado pelo chamado “equivalente”. Com efeito, pressupondo-se que este último ostente natureza patrimonial (um dos raros aspectos quanto aos quais não parece haver divergência), seria preciso enquadrá-lo como hipótese de dano emergente ou de lucro cessante, as únicas duas modalidades de dano-prejuízo patrimonial admitidas pelo art. 402 do Código Civil como componentes possíveis das perdas e danos.<sup>211</sup>

Se o sentido mais usual de “equivalente” corresponde ao valor da coisa ou, de forma mais ampla, da prestação descumprida, impende perguntar: tratar-se-ia uma forma de lucro cessante? A hipótese não parece encontrar apoio significativo na doutrina.<sup>212</sup> Ainda que se pretenda indenizar o chamado interesse positivo, costuma-se cogitar dos lucros cessantes para indicar o que o credor razoavelmente auferiria *a partir* da correta prestação pelo devedor (pense-se na remuneração que receberia ao prestar um serviço utilizando a coisa adquirida, ou na margem de lucro que pretendia obter ao revendê-la a terceiros), mas não o valor da prestação devida em si considerada.<sup>213</sup> Tampouco se calcula o “equivalente”, no sentido que a doutrina costuma lhe

<sup>206</sup> CARVALHO SANTOS, por exemplo, afirmava que “as perdas e danos são a reparação dum prejuízo causado” (*Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XIV, cit., p. 247), mas também que “a indenização é um meio indireto de obrigar o devedor a cumprir sua obrigação” (*Ibid.*, p. 256), que equivale a uma “execução por substituição da prestação” (*Ibid.*, p. 250) e que é a “sanção” pelo descumprimento da obrigação originária (*Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XI, cit., p. 86).

<sup>207</sup> Sobre essa definição, associada ao paradigma do ilícito, cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 54.

<sup>208</sup> Ao propósito, cf. TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil*, vol. 4. Rio de Janeiro: GEN, 2020, p. 30.

<sup>209</sup> A distinção entre dano-evento e dano-consequência, muito usual na Itália, estabelece, segundo Alberto TRABUCCHI, uma contraposição de tipo estrutural-formal na definição do dano injusto: o primeiro se associa a *fattispecie* danosas específicas, ao passo que o segundo pode decorrer de vários eventos diferentes (*Istituzioni di diritto privato*. XLVII ed. Padova: CEDAM, 2015, p. 1176). Segundo Pietro SIRENA, desde a década de 1960, “a doutrina italiana identificou e distinguiu claramente duas noções de dano, diversificando-as também do ponto de vista terminológico: de um lado, o evento lesivo decorrente do fato atribuído à parte lesada (dano-evento); por outro lado, a perda (patrimonial ou não patrimonial) sofrida pela vítima desse fato [...] (dano-consequência)” (O conceito de dano na disciplina italiana e francesa da responsabilidade civil. *Revista da Ajuris*, vol. 47, n. 149, dez./2020, p. 387). No direito brasileiro, cf. TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil*, vol. 4, cit., p. 30.

<sup>210</sup> A expressão “dano-prejuízo” como sinônimo a “dano-consequência” (e, portanto, oposta a “dano-evento”) é utilizada por Antônio JUNQUEIRA DE AZEVEDO, que traça um paralelo com a noção de “prejuízo” (*préjudice*), por oposição ao “dano” (*dommage*), no direito francês e recomenda a adoção da distinção no direito brasileiro (O direito como sistema complexo e de segunda ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, 2013, p. 11).

<sup>211</sup> As chamadas “facetadas do dano patrimonial”, como anotam TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil*, vol. 4, cit., p. 31.

<sup>212</sup> Ilustrativamente, Renata STEINER afirma que “o direito de crédito e de exigir um comportamento, ainda que convertido no equivalente pecuniário, aproximam-se mais da definição de dano emergente do que de lucro cessante” (*Reparação de danos*, cit., p. 213), embora considere a qualificação jurídica do equivalente como “secundária” e mesmo como desnecessária (*Ibid.*, p. 214).

<sup>213</sup> Nesse sentido, entre outros, cf. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XI, cit., p. 41.

atribuir, com base no critério de razoabilidade que é ínsito aos lucros cessantes, mas sim com a objetividade típica do dano emergente.<sup>214</sup> Basta lembrar que a base para a cobrança do “equivalente” está na disciplina das obrigações de dar coisa certa, das quais costuma ser relativamente precisa a estimação em pecúnia, para constatar que sua liquidação destoa do mecanismo probabilístico habitual no cômputo dos lucros cessantes.

Tratar-se-ia, então, de dano emergente? Embora já o tenha afirmado autorizada doutrina,<sup>215</sup> a resposta negativa parece decorrer da própria norma do art. 402, que define o dano emergente como aquilo que o credor “efetivamente” perdeu.<sup>216</sup> O advérbio de modo já estava presente nos projetos de Teixeira de Freitas<sup>217</sup> e Clóvis Beviláqua,<sup>218</sup> figurando, assim, já na norma respectiva da codificação anterior. Como se sabe, para a doutrina brasileira, o critério de aferição dos danos emergentes é, por princípio, puramente matemático: investiga-se a depreciação de valor no patrimônio atual da vítima, seja como diminuição do ativo, seja como aumento do passivo.<sup>219</sup> Trata-se de aplicação da já referida teoria da diferença de Mommsen.<sup>220</sup> Em nossa tradição, afirma-se reiteradamente não haver dano emergente sem depreciação de valor patrimonial.<sup>221</sup> Como evidência disso, basta lembrar a complexa fundamentação teórica que se fez precisa para que, com o tempo, o conceito de dano patrimonial fosse alargado ao ponto de admitir figuras menos evidentes, como a perda de uma chance<sup>222</sup> ou o dano pela privação do uso.<sup>223</sup> Para que essas figuras admitissem reparação a título de danos emergentes, foi necessário à doutrina demonstrar que a chance, a faculdade de uso e outros interesses econômicos consistiam em genuínos bens patrimoniais, cuja subtração acarreta perda patrimonial efetiva.<sup>224</sup>

É bem verdade que, nas últimas décadas, operou-se uma profunda transformação na responsabilidade civil brasileira, particularmente por força da constitucionalização do direito privado e da inserção dos valores

<sup>214</sup> “A reparação dos lucros cessantes suscita diversas discussões e está sujeita a incertezas, já que não é possível se reconstruir o ciclo do dano e se chegar aos exatos termos em que se estaria se o evento danoso não tivesse ocorrido. [...] enquanto o dano emergente deve ser objetivamente demonstrado, o lucro cessante não comporta prova tão precisa, valendo-se normalmente de presunções” (TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil*, vol. 4, cit., p. 32).

<sup>215</sup> FULGÊNCIO, Tito. *Do direito das obrigações*, cit., p. 75.

<sup>216</sup> No direito italiano, já se afirmou, em lição plenamente compatível com o direito brasileiro, que o fato de o legislador restringir o objeto das perdas e danos às perdas sofridas *pelo credor* e ao que *ele* deixou de lucrar é um indicativo da preferência, por parte da lei, do critério do interesse lesado do credor sobre o critério do valor objetivo da prestação para fins de quantificação do dever de indenizar (FRANZONI, Massimo. *Il danno risarcibile*. In: FRANZONI, Massimo. *Trattato della responsabilità civile*, vol. II. Milano: Giuffrè, 2010, p. 112).

<sup>217</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil*: esboço, vol. I. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952 [1860], p. 333. Veja-se a redação do art. 829 do *Esboço*: “O dano compreende, não só o prejuízo efetivamente sofrido, senão também o lucro, de que se foi privado por motivo do ato ilícito. É o que neste Código se designa pelas palavras perdas e interesses”.

<sup>218</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projecto do Código Civil Brasileiro*, cit., p. 118, art. 1.194: “Salvo as exceções previstas em disposições especiais deste Código, as perdas e danos devidos ao credor compreendem não só o que ele perdeu efetivamente, como o ganho razoavelmente esperado, que deixou de ter. [...]”.

<sup>219</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*, cit., p. 187.

<sup>220</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*, cit., p. 143.

<sup>221</sup> Antes mesmo do Código Civil de 1916, Eduardo ESPÍNOLA sustentava que, “para que haja um dano contratual ressarcível, não basta que se verifique o inadimplemento imputável da obrigação, é preciso ainda que este fato produza um prejuízo consistente na diminuição do patrimônio” (*Sistema do direito civil brasileiro*, vol. II, t. I, cit., p. 499). Tito FULGÊNCIO afirma que o dano consiste em uma *diminutio patrimonio* e que essa definição decorreria de uma passagem atribuída a Paulo no *Corpus Iuris Civilis* (*Do direito das obrigações*, cit., p. 74). Para Agostinho ALVIM (*Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 192), “não há dúvida de que, em face da nossa lei, leva-se em conta o dano que o credor sofreu, o dano subjetivo, avaliado em face do desfalque do seu patrimônio”. Na doutrina atual, Gustavo TEPEDINO, Aline de Miranda Valverde TERRA e Gisela Sampaio da Cruz GUEDES: “dano emergente, em regra, é suscetível de quantificação objetiva, já que constitui diminuição do patrimônio do lesado” (*Fundamentos do direito civil*, vol. 4, cit., p. 32).

<sup>222</sup> Sobre a caracterização da perda de uma chance como ensejadora de dano emergente, cf., no direito brasileiro, SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 102.

<sup>223</sup> Sobre o tema, cf. SILVA, Rodrigo da Guia. Danos por privação do uso: estudos de responsabilidade civil à luz do paradigma do dano injusto. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 107. São Paulo: RT, set.-out./2016, que analisa: “a privação do uso (entendida como a supressão temporária da prerrogativa de usar) constitui um dano-evento, incapaz de deflagrar, por si só, o dever de indenizar. Para que se caracterize um dano ressarcível (dano-prejuízo), será necessário que o intérprete investigue se a prerrogativa de usar violada pode ser reputada merecedora de tutela à luz da axiologia constitucional” (p. 111).

<sup>224</sup> Ilustrativamente, a respeito do dano por privação do uso, Rodrigo da Guia SILVA afirma que a faculdade de uso dos bens “integra efetivamente o patrimônio do seu titular” (Danos por privação do uso, cit., p. 99).

personalistas e solidaristas da Lei Maior no direito de danos.<sup>225</sup> A responsabilidade civil se reconfigurou drasticamente; alguns requisitos clássicos foram progressivamente mitigados ou mesmo dispensados; alargou-se o conceito de dano; tudo isso em resposta ao perfil funcional que finalmente se delineou claramente para o instituto: o de impedir que vítimas de danos injustos permanecessem sem reparação. O processo recebeu, em célebre texto de autoria de Orlando Gomes, a designação de *giro conceitual* do paradigma do ato ilícito para a figura do dano injusto,<sup>226</sup> cuja reparação passa a ser o núcleo teórico e a razão de ser da responsabilidade civil. Não é mais necessário, em termos simples, que tenha ocorrido qualquer violação a direito subjetivo, ou, em rigor, sequer que tenha havido antijuridicidade de conduta, para que surja o dever de indenizar.<sup>227</sup>

Essa profunda reconfiguração permitiu, de fato, inúmeras mudanças: passou-se a admitir amplamente a reparabilidade do dano moral; cresceram drasticamente as hipóteses de responsabilidade objetiva; permitiu-se a responsabilização do chamado “terceiro cúmplice” a título de tutela externa do crédito; e assim por diante.<sup>228</sup> Embora contraintuitivo, porém, a guinada em direção ao dano injusto muito pouco modificou acerca dos direitos subjetivos e das modalidades de danos já reconhecidas antes do novo paradigma. Vale dizer: o dano emergente e o lucro cessante decorrentes da lesão a direitos subjetivos patrimoniais não mudaram substancialmente.<sup>229</sup> O paradigma do dano injusto serviu ao propósito de abrir espaço na responsabilidade civil para um conjunto potencialmente infinito (ainda que não irrestrito<sup>230</sup>) de *novos*<sup>231</sup> interesses tuteláveis, não necessariamente subsumíveis à estrutura do direito subjetivo absoluto;<sup>232</sup> mas não teve a pretensão de reconfigurar as hipóteses de dano patrimonial que já eram reconhecidas e reparadas antes do seu advento.

Como se sabe, a noção de dano injusto foi construída pela doutrina italiana a partir do uso dessa expressão pelo *Codice* de 1942, em seu art. 2.043.<sup>233</sup> No direito italiano, o desenvolvimento do conceito girou em torno da expansão do dano indenizável, sobretudo diante da aparente tipicidade imposta a danos não patrimoniais pelo art. 2.059.<sup>234</sup> Tratava-se, a todo tempo, de um problema de responsabilidade aquiliana; Stefano Rodotà,

<sup>225</sup> Sobre o ponto, impõe-se remeter à lição de BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil, cit., *passim*.

<sup>226</sup> “Uma reconstrução da teoria da responsabilidade civil e a revisão das normas que a institucionalizam começaram com a mudança de perspectiva que permite detectar outros danos ressarcíveis que não apenas aqueles que resultam da prática de um ato ilícito. Substituiu-se, em síntese, a noção de ato ilícito pela de dano injusto” (GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: FRANCESCO, J. R. Pacheco di (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 295).

<sup>227</sup> Sobre a presença ou não de antijuridicidade sob este novo paradigma, permita-se a remissão à análise desenvolvida em SOUZA, Eduardo Nunes de. Em defesa do nexos causal, cit., pp. 48-54.

<sup>228</sup> Consequências elencadas pelo próprio GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil, cit., pp. 294 e ss.

<sup>229</sup> Tão demarcado foi esse contraste que, na doutrina italiana, Stefano RODOTÀ registra que, à primeira vista, o dano (na acepção tradicional) e o interesse (nuclear na acepção de dano injusto) teriam se tornado conceitos apartados; o autor, ao final, conclui que isso não é verdade, sendo o dano sempre decorrente da lesão a um interesse juridicamente tutelado, mas ressaltando que espécies diferentes de interesses demandam tutelas distintas. Para os “interesses de tipo proprietário [ou seja, patrimoniais], continua a operar a noção de dano visto em chave de diferença patrimonial negativa, ressarcível assim com a técnica da compensação pecuniária” (Modelli e funzioni della responsabilità civile. *Rivista Critica di Diritto Privato*, vol. 3. Napoli: Jovene, 1984, p. 606. Tradução livre).

<sup>230</sup> Sobre o problema da limitação dos interesses tuteláveis por intermédio da cláusula geral do dano injusto, cf., entre muitos outros, BUSNELLI, Francesco Donato. *La lesione del credito da parte di terzi*, cit., pp. 85 e ss.

<sup>231</sup> Isso porque, no direito italiano, a interpretação tradicional conferida ao art. 2.043 do *Codice* de 1942 era vista como “obstáculo à tutela de novas demandas ou interesses, que o mudar das condições de vida continuamente propõe, e para os quais nem sempre há uma imediata ou tempestiva intervenção do legislador” (RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 187. Tradução livre).

<sup>232</sup> Faz-se imperativa, neste ponto, a referência à obra de Stefano RODOTÀ. O autor, como se sabe, via no princípio da solidariedade o fundamento da reparação do dano injusto. Por isso, aduzia não ser admissível a interpretação restritiva até então conferida ao art. 2.043 do *Codice*, que reduzia o dano injusto apenas à lesão a direitos subjetivos, tendência que decorria de uma “necessidade de individuar situações jurídicas em cuja estrutura já estivesse presente um elemento voltado a impedir sua violação, limitando-se somente a estas a possibilidade de ressarcir suas eventuais lesões” (*Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 195. Tradução livre). Para o autor, deve-se reputar injusta a lesão a quaisquer situações jurídicas que ostentem uma “idoneidade objetiva” para tanto, isto é, cuja estrutura revele que o tipo de proteção que a norma pretendeu conferir aos interesses de seus titulares abrange a tutela indenizatória (Ibid., pp. 201-205).

<sup>233</sup> Por todos, cf. TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil*, vol. 4, cit., p. 30.

<sup>234</sup> Por todos, cf., na doutrina italiana, FRANZONI, Massimo. *L'illecito*. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 867 e ss.

por exemplo, expressamente afastava o inadimplemento obrigacional da discussão,<sup>235</sup> esclarecendo que nem toda situação juridicamente relevante é tutelável pela via indenizatória e que os direitos de crédito seriam exemplo disso, sendo certo que são objeto de proteção pelo ordenamento, muito embora sua lesão não configure, por si, um dano injusto.<sup>236</sup> Entravam, por outro lado, no âmbito do dano injusto a controvérsia em torno da lesão ao crédito (tratado como objeto de proteção externa) por terceiro,<sup>237</sup> bem como os casos em que, embora a lesão se dê no âmbito de uma relação de direito relativo, o bem jurídico lesado da vítima seja oponível a qualquer pessoa.<sup>238</sup> Idêntica posição foi adotada, quanto a esses pontos, por Francesco Busnelli.<sup>239</sup>

A difusão da noção de dano injusto na doutrina brasileira, particularmente entre os autores filiados ao direito civil-constitucional, não parece ter seguido caminho diverso: trata-se, a todo tempo, de determinar quais novos interesses podem ser reputados tuteláveis pela via indenizatória<sup>240</sup> (pense-se na crítica dirigida à alcunha “novos danos” que por vezes vem atrelada a essas hipóteses).<sup>241</sup> Pode, evidentemente, ocorrer dano injusto em uma relação de direito obrigacional, mas o dano-prejuízo daí decorrente será substancialmente o mesmo da seara aquiliana,<sup>242</sup> não se confundindo (nem se presumindo) com o fato do inadimplemento. Em outra formulação, seria possível dizer que, se a responsabilidade civil atende à máxima do *neminem laedere*, o problema do inadimplemento relaciona-se a outro dos vetustos preceitos de Ulpiano: *honeste vivere*.<sup>243</sup>

Embora pouco se comente a respeito, portanto, o dano patrimonial reparável decorre, em geral, da lesão a direitos absolutos ou a outros interesses oponíveis *erga omnes*,<sup>244</sup> não apenas no direito brasileiro<sup>245</sup> como

<sup>235</sup> Ao indagar se a lesão a um direito relativo poderia ou não configurar dano injusto, o autor explica a questão da seguinte forma: “Deixando de lado o regulamento relativo ao inadimplemento, o que impende questionar é se uma situação tal possa resultar relevante em uma direção diversa daquela do sujeito imediatamente obrigado” (*Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 205. Tradução livre).

<sup>236</sup> Ao explicar que “a relevância de uma situação jurídica não deve ser confundida com a possibilidade de qualificar como injusta uma eventual lesão sua”, de modo que “não se pode negar a relevância jurídica de uma situação pelo simples fato de que em relação a ela não é possível cogitar de um dano injusto e, assim, de uma situação de responsabilidade”, Stefano RODOTÀ exemplificava que: “a afirmada irrelevância do prejuízo que um terceiro pode acarretar a um crédito não exclui, evidentemente, o direito de crédito do grupo das situações jurídicas relevantes” (*Il problema della responsabilità civile*, cit., pp. 201-202. Tradução livre).

<sup>237</sup> RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*, cit., pp. 205-206.

<sup>238</sup> Stefano RODOTÀ admitia que o dano injusto poderia ocorrer em situações relativas a sujeitos determinados caso a relevância dessas situações pudesse ser explicada “no confronto a todos aqueles que se encontram ou se podem encontrar em uma posição determinada (por exemplo, a do médico no que tange às indiscrições sobre as condições de saúde de um paciente)”, hipótese em que “a relevância será apreciável à luz do limite da solidariedade todas as vezes em que o sujeito encontrar-se na situação considerada”. Se, porém, a relevância da situação “se estabiliza definitivamente em direção a um sujeito particular (como é na relação obrigacional)”, então sua lesão só configura dano injusto “quando a relação obrigacional se revelar não já e não apenas como relação individual, mas também como situação inserida em um contexto mais amplo, que justifica sua relevância em direção ao exterior, tornando-a assim apreciável à luz do limite da solidariedade” – o autor cita relações familiares ou empresariais, além da tutela externa do crédito (Ibid., pp. 205-206. Tradução livre).

<sup>239</sup> Ao analisar a ideia tradicional de que o dano aquiliano, regido pela cláusula geral do dano injusto e referente à lesão de um direito absoluto, contrapunha-se ao contratual, referente a um direito relativo, afirmava BUSNELLI que “essa concepção se sustenta somente enquanto for verdade que uma lesão ao direito de crédito seja configurável apenas por parte do devedor”, pois seria possível haver dano injusto por lesão ao crédito por terceiros (*La lesione del credito da parte di terzi*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 56. Tradução livre).

<sup>240</sup> Sobre o dano injusto como produto de um juízo de merecimento de tutela sobre os interesses envolvidos em cada caso concreto, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela, cit., pp. 100 e ss.

<sup>241</sup> Sobre a crítica, cf. TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil*, vol. 4, cit., p. 60.

<sup>242</sup> Aliás, é muito mais frequente que a doutrina, ao explicar o conteúdo das perdas e danos previstas pelo art. 402 do Código Civil em matéria de inadimplemento obrigacional, utilize exemplos de responsabilidade civil aquiliana do que exemplos propriamente de responsabilidade contratual. Ilustrativamente, cf. BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., pp. 723-724.

<sup>243</sup> Relação entre fontes obrigacionais e os preceitos de Ulpiano proposta por NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 446.

<sup>244</sup> Segundo RODOTÀ, essa tendência decorria da histórica associação entre fato danoso e violação ao direito de propriedade, o que fez que, conforme se reconheciam danos injustos decorrentes de lesões a interesses não patrimoniais, surgissem referências a interesses da pessoa sobre o próprio corpo como manifestações da propriedade. Para ele, existe uma ligação clara entre “ressarcimento e situações às quais a consciência social é levada a atribuir maior relevância” (*Il problema della responsabilità civile*, cit., pp. 189-190. Tradução livre).

<sup>245</sup> Já Clóvis BEVILÁQUA afirmava que “dano, em sentido amplo, é toda diminuição dos bens jurídicos da pessoa” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. II, cit., p. 175), sem embargo das muitas ressalvas já mencionadas sobre o menor rigor que a *communis opinio* da época conferia à noção de responsabilidade civil.

também em outros países do nosso sistema.<sup>246</sup> Em particular, são o prejuízo aos bens da vítima ou o dispêndio pecuniário imposto a ela que acarretam a depreciação patrimonial necessária para satisfazer o conceito do dano patrimonial denominado dano emergente; ausentes estes, outros remédios assistirão ao credor, mas não o reparatório, sob pena de se converterem as perdas e danos em indevido instrumento punitivo ou dissuasório.<sup>247</sup> Não por acaso, a doutrina já observou que a distinção entre os sistemas que adotam um modelo de responsabilidade civil aquiliana típica e aqueles que adotam a atipicidade jamais provocou uma diferença prática drástica.<sup>248</sup> Afinal, também nos sistemas atípicos, o dano indenizável é, via de regra, o decorrente da lesão a direitos patrimoniais absolutos, geralmente típicos, ou a interesses não patrimoniais, cuja tutela ampliou-se a partir de processos hermenêuticos<sup>249</sup> relativamente similares nos diversos países.

A conclusão, repita-se, é sem dúvida contraintuitiva: embora o direito de crédito seja evidentemente tutelado juridicamente e dotado de valor patrimonial, sua lesão não acarreta, em princípio, por si só, a depreciação patrimonial hábil a caracterizar um dano emergente.<sup>250</sup> Como a teoria geral das obrigações em nossa tradição toma quase sempre por referência as obrigações oriundas de contratos sinalagmáticos,<sup>251</sup> parece razoável afirmar, em linhas gerais, que a impossibilidade culposa e o inadimplemento absoluto deflagram remédios voltados à resolução da relação existente entre as partes.<sup>252</sup> Em matéria de impossibilidade culposa, nem mesmo a aparente pressuposição, pelo codificador, da perpetuação da obrigação (ao tratar da resolução apenas na impossibilidade fortuita) impediu a doutrina de reconhecer uma tendência à resolução.<sup>253-254</sup> Assim,

<sup>246</sup> Particularmente no direito italiano, que mais interessa a este estudo por ser a fonte da noção de “dano injusto”, afirma Massimo BIANCA que o dano injusto se identificou primordialmente com a proteção a duas ordens de interesses: os direitos reais e os direitos fundamentais da pessoa (*Diritto civile*, vol. V. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 588); em relação aos direitos de crédito, o autor os menciona apenas no que tange à tutela externa (pp. 603 e ss.). Conforme esclarece Pietro SIRENA: “Até o fim dos anos 80 do século XX, a jurisprudência italiana reconduzia a ideia de injustiça do dano à lesão de um direito patrimonial absoluto, isto é, da propriedade e dos direitos reais de gozo de coisa alheia” (O conceito de dano, cit., p. 394); o autor exemplifica a superação posterior desses limites com a tutela externa do crédito e com o dano-morte, sem aludir a um suposto dano em si mesmo indenizável pelo inadimplemento obrigacional.

<sup>247</sup> Explica Pietro SIRENA no direito italiano: “Configurando-se, porém, apenas o dano injusto (dano-evento), outros recursos civis (autoproteção, precaução, etc.) poderão ser exercidos, mas não subsistirá nenhuma obrigação de ressarcimento. A base dessa abordagem conceitual é, mais uma vez, estabelecida na função de responsabilidade civil, que, de acordo com a opinião mais difundida, não poderia consistir em punir o infrator ou impedir o ato ilícito, mas exclusivamente na reparação da perda” (O conceito de dano, cit., p. 388).

<sup>248</sup> Assim, por exemplo, Pietro TRIMARCHI afirma que “a diferença entre os sistemas fundados sobre a enumeração de figuras típicas e aqueles fundados sobre uma amplíssima regra geral é, no entanto, menos abrupta do que se pode crer” e que “a adoção de um ou outro princípio não conduz necessariamente a um diverso regramento substancial das hipóteses fáticas” (*La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*. Milano: Giuffrè, 2017, p. 14. Tradução livre).

<sup>249</sup> A diferença entre os países que adotam o princípio da atipicidade e os que adotam o da tipicidade, afirma TRIMARCHI, está no papel atribuído ao intérprete: nos primeiros, espera-se que introduza as necessárias limitações à expansão do dano indenizável, problema que, em tese, já está resolvido nos segundos; em ambos os casos, tem o poder de ampliar o dano indenizável à tutela de novos interesses, observados os limites da própria sensibilidade jurídica e formação cultural do intérprete (*La responsabilità civile*, cit., pp. 15-16).

<sup>250</sup> Esta parece ser a posição de Clóvis do Couto e SILVA, quando, ao tratar da indenização dos danos patrimoniais, afirma que ela se refere aos “direitos de propriedade *lato sensu*” e que, por outro lado, “o simples direito obrigacional não goza da mesma proteção que os direitos absolutos”, salvo nos casos em que, admitindo a lei o seu registro, considera-o “como um direito real” (O conceito de dano no direito civil e comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 2. São Paulo: RT, 2015 [1991]).

<sup>251</sup> Sobre o contemporâneo reconhecimento da incidência da cláusula resolutiva tácita também em contratos unilaterais, cf., por todos, TERRA, Aline de Miranda Valverde. Âmbito de incidência da cláusula resolutiva expressa: para além dos contratos bilaterais. *Revista de Direito Privado*, vol. 66. São Paulo: RT, jan.-mar./2016, item 3 e, particularmente, p. 133.

<sup>252</sup> Trata-se, afinal, de *fattispecie* caracterizadas pela completa impossibilidade de promoção do equilíbrio contratual imputáveis a uma das partes, o que afasta a incidência de remédios voltados à conservação do contrato, como analisa SILVA, Rodrigo da Guia. *Remédios ao inadimplemento*, cit., pp. 185 e ss.

<sup>253</sup> Carvalho SANTOS (*Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XI, cit., p. 46) e Tito FULGÊNCIO (*Do direito das obrigações*, cit., p. 86), por exemplo, afirmam que a alternativa do credor, em caso de deterioração culposa, é a de resolver o contrato ou aceitar a coisa com abatimento do preço. Ruy ROSADO, por sua vez, chegava a afirmar que nosso “sistema codificado convive com as duas soluções: resolução com culpa, como regra geral, dando direito à indenização; resolução sem culpa, mas então sem indenização” (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003, p. 116).

<sup>254</sup> Esta também parece ser a tendência mais contemporânea na doutrina portuguesa, inspirada pela reforma do direito das obrigações alemã de 2001, que passou a determinar a resolução em qualquer caso de impossibilidade. Nesse sentido, cf., com ampla bibliografia, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, vol. II, cit., p. 277. Particularmente sobre a independência entre culpa do devedor e direito à resolução no direito alemão atual, cf. ZIMMERMANN, Reinhard. *Contract Law Reform*, cit., p. 74.

qualquer dano patrimonial que se pretendesse caracterizar a partir pura e simplesmente da lesão ao direito de crédito esbarraria nessa tendência resolutive, voltada, em princípio, a levar as partes a um estado tal como se obrigação jamais houvesse existido. Por força da mesma tendência à resolução, aliás, já se sustentou em doutrina a inaplicabilidade ao direito brasileiro de figuras alemãs como a do *commodum* de representação.<sup>255</sup>

Parece ser por isso que os autores que mais claramente sustentam ser o “equivalente” uma parcela das perdas e danos contratuais costumem afirmar que a obrigação não se resolve diante de fato imputável ao devedor e que o inadimplemento configura, em si mesmo, um dano indenizável presumido.<sup>256</sup> Chega-se a afirmar até mesmo que este seria um “axioma” do direito obrigacional, não cabendo ao devedor alegar ausência de dano, mas apenas tentar provar a ausência de culpa.<sup>257</sup> Se a inserção do “equivalente” entre as perdas e danos, que aparenta ter chegado até nós pela doutrina francesa moderna, esmerou-se ao tentar adequar a vetusta noção ao direito da época, não é menos significativo o esforço teórico necessário para tentar preservar a atualidade do conceito uma vez desenvolvidas a teoria do patrimônio, a noção de dano patrimonial à luz da teoria da diferença e tantas outras construções posteriores.<sup>258</sup> Como afirmado anteriormente, a concepção de que a responsabilidade contratual segue os mesmos pressupostos gerais da aquiliana deveria conduzir à conclusão de que a obrigação descumprida não “se converte” em perdas e danos e que estas não são o seu “equivalente”.<sup>259</sup> Não parece acidental, nesse sentido, que a figura do “equivalente” integre a argumentação contemporaneamente desenvolvida por aqueles que sustentam, por exemplo, a incidência de prazos prescricionais distintos para a responsabilidade civil contratual e a aquiliana, realçando a divisão entre as duas.<sup>260</sup>

Por outro lado, talvez por afirmar predominantemente o caráter unitário<sup>261</sup> da responsabilidade civil, a doutrina contemporânea majoritária tem sustentado que o inadimplemento não implica, necessária e automaticamente, um dano emergente, uma espécie de dano *in re ipsa*; ao contrário, salvo nos casos de juro ou

<sup>255</sup> Cuja admissão, ao contrário do que se poderia supor, não depende tanto de ter o mero consenso eficácia real ou apenas obrigacional – e tanto assim que se admite no direito alemão, o qual, como o brasileiro, prevê a transmissão formal da propriedade –, mas sim de o devedor ainda poder exigir a contraprestação do credor (vale dizer: de não ocorrer a resolução do contrato), como pondera COLOMBI, Henry. O *commodum* de representação: um princípio contratual “obviamente equitativo”? *Civilistica.com*, a. 11, n. 2, 2022, p. 12.

<sup>256</sup> Ilustrativamente, afirma Renata STEINER que o valor pecuniário da prestação descumprida “são perdas e danos que são presumíveis em seu *an debeat*”, o que as qualifica como *sui generis*, já que, na indenização pelo chamado interesse positivo, os requisitos normalmente autorizadores do dever de indenizar “não podem ser tomados como exigências para a comprovação de um dano que, *per se*, decorre e confunde-se com a falta de cumprimento da obrigação” (*Reparação de danos*, cit., p. 212).

<sup>257</sup> Segundo Judith MARTINS-COSTA, “em tema de prova, vigora um verdadeiro axioma: o próprio fato do inadimplemento configura o dano, de modo que o credor fica limitado a demonstrar que a prestação foi descumprida, competindo ao devedor a prova de que ou a prestação foi satisfatória, ou que a sua responsabilidade ou foi excluída, em razão do fortuito e da força maior, ou não lhe é imputável” (*Comentários ao Novo Código Civil*, vol. V, t. II, cit., p. 118).

<sup>258</sup> Exemplo desse esforço parece decorrer da clássica lição de Tito FULGÊNCIO. Embora afirmasse que o “equivalente” consistiria no dano emergente e, assim, faria parte das perdas e danos pela impossibilidade ou pelo inadimplemento (*Do direito das obrigações*, cit., p. 75), na página imediatamente anterior de sua obra, ao definir dano como “a diferença entre o valor do patrimônio atual do credor e o que apresentaria se a obrigação fosse exatamente cumprida”, o autor vê-se obrigado a afirmar que a essa extensão do dano “ajusta-se a solução legal” e que o devedor inadimplente é, por isso, responsável “não só pelo equivalente como pelas perdas e danos” (*Ibid.*, p. 74).

<sup>259</sup> Vale referir, ainda uma vez, a lição de MARTY e RAYNAUD, que se considera plenamente aplicável ao direito brasileiro. Segundo os autores, a tese da dualidade da responsabilidade civil afirmava que “a responsabilidade contratual, com efeito, seria apenas uma consequência e mesmo um aspecto da obrigação nascida do contrato. As perdas e danos que sancionam a inexecução da obrigação contratual não seriam mais que uma transformação dessa obrigação, um dos aspectos possíveis de sua execução por equivalente na falta da execução *in natura*”; a tese da unidade da responsabilidade, por seu turno, abandona tais concepções para reconhecer que também a responsabilidade contratual, assim como a aquiliana, decorre de um dano ligado por um liame causal a um fato gerador (*Droit civil*, t. II, 1er vol., cit., pp. 330-331. Tradução livre).

<sup>260</sup> No ponto, permita-se remeter à crítica desenvolvida em SOUZA, Eduardo Nunes de. Problemas atuais de prescrição extintiva no direito civil: das vicissitudes do prazo ao merecimento de tutela. *Civilistica.com*, a. 10, n. 3, 2021, item 3.

<sup>261</sup> Afirma-se que “a dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual perde, cada vez mais, a importância de outrora”; embora os regimes contem com regras específicas, sua aproximação “é reforçada não apenas pela unidade conceitual genérica da responsabilidade civil e pelos idênticos efeitos produzidos por ambas as espécies de responsabilidade – sujeição do agente ao dever de ressarcir os prejuízos causados –, mas também pela dinâmica distribuição da carga probatória” (TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil*, vol. 4, cit., p. 13).

cláusula penal, o prejuízo há de ser provado.<sup>262</sup> Se fosse verdade que o “equivalente” seria sempre devido pelo devedor inadimplente, portanto, ele não poderia representar a reparação de um dano consistente na simples lesão ao direito de crédito.<sup>263</sup> Embora a enunciação em abstrato dessa característica dos direitos patrimoniais relativos possa surpreender, não é difícil constatar o quanto ela se encontra enraizada na práxis. Basta pensar na estranheza que causaria uma ação indenizatória por inadimplemento em que o credor não provasse absolutamente nenhum prejuízo patrimonial, mas apenas a inexecução em si.<sup>264</sup> Na nossa tradição, o dano patrimonial indenizável é aquele comprovado, seja na responsabilidade contratual, seja na aquiliana.

Também no campo doutrinário essa constatação parece se verificar. Basta lembrar o já mencionado exemplo da tutela externa do crédito, geralmente apontado como uma decorrência da adoção do paradigma do dano injusto.<sup>265</sup> Desde quando começou a ser admitida, a responsabilização do terceiro cúmplice é destacada justamente como uma hipótese em que *excepcionalmente* se tutela um direito relativo a partir da noção de dano injusto.<sup>266</sup> Mesmo assim, sua fundamentação teórica passou pela necessidade de que o direito relativo do credor lesado fosse representado como uma espécie de “bem jurídico” (objeto de relações absolutas)<sup>267</sup> perante o terceiro cúmplice para que fosse possível responsabilizá-lo; afinal, em nossa tradição, o dano ressarcível decorrente da lesão a direitos subjetivos patrimoniais abrange apenas, em regra, as lesões a direitos absolutos.<sup>268</sup> E ainda em matéria de tutela externa afirma-se, em geral, que o terceiro responde, não por um dano autônomo e automático presumido a partir da lesão ao crédito, mas pela depreciação patrimonial comprovadamente causada ao credor (ressalvados casos de prefixação legal ou convencional).<sup>269</sup> Não aparenta ser tampouco acidental que, sempre que o direito de crédito figure em uma relação jurídica como autêntico ativo patrimonial (por exemplo, nos casos de cessão onerosa, oferta em garantia real ou penhora), a doutrina

<sup>262</sup> Afirma-se mesmo uma taxatividade legal das hipóteses, excepcionais, em que se presume o dano, por força da própria redação do art. 402 do Código Civil, que, ao dispor “salvo as exceções expressamente previstas em lei”, “admite, em casos expressamente previstos, a dispensa da prova do dano, por ser este presumido pela própria lei. Dentre as exceções previstas pelo CC, destaca-se a cláusula penal [...] e os juros de mora [...] nos quais o devedor incorre de pleno direito quando culposamente deixa de cumprir a obrigação. Nestes casos, o credor poderá exigir os mesmos sem alegar prejuízo, sendo a prova do dano dispensável” (BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo et al. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, vol. I, cit., p. 732).

<sup>263</sup> Os autores que defendem que o “equivalente” seja um dano automaticamente presumido pelo inadimplemento, por isso mesmo, sustentam que “a indenização por tal equivalente à prestação, possui um caráter *sui generis* dentro da lógica das perdas e danos. Isso porque ela não se qualifica nem como dano emergente nem como lucro cessante tais como usualmente concebidos, o mesmo se podendo dizer no que diz respeito aos requisitos de comprovação de sua ocorrência” (STEINER, Renata. *Reparação de danos*, cit., p. 211).

<sup>264</sup> Ilustrativamente, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo encontram-se alguns acórdãos a respeito de contratos de compra e venda imobiliária ou de cessão de direitos aquisitivos sobre imóveis em que, inadimplida a obrigação de transferência das unidades imobiliárias em questão, admitiu-se que os adquirentes fariam jus ao valor de mercado destas, se bem que com o abatimento das parcelas que ainda faltavam para a quitação do preço (TJSP, Ap. Civ. 1007059-24.2019.8.26.0562, 1ª C.D.Priv., Rel. Des. Francisco Loureiro, julg. 10.8.2022; TJSP, Ap. Civ. 1015154-93.2014.8.26.0602, 1ª C.D.Priv., Rel. Des. Francisco Loureiro, julg. 30.8.2016).

<sup>265</sup> Cf. GOMES, Orlando. *Tendências modernas*, cit., p. 299. Na doutrina italiana, cf. BUSNELLI, Francesco Donato. *La lesione del credito da parte di terzi*, cit., p. 90, se bem que admitindo diferenças entre a lesão a um direito subjetivo e a outros interesses jurídicos.

<sup>266</sup> Se bem que, no direito brasileiro, essa excepcionalidade deve-se em grande parte à percepção, hoje difundida, de que a tutela externa consistiria em uma exceção ao princípio da relatividade dos pactos. Sobre a discussão, cf. KONDER, Carlos Nelson. A “relativização da relatividade”: aspectos da mitigação da fronteira entre partes e terceiros nos contratos. *Scientia Iuris*, vol. 23, n. 1, mar./2019, item 2.2.

<sup>267</sup> Orlando GOMES afirma textualmente tratar-se de um mecanismo para “estender ao direito de crédito a proteção dispensada aos direitos absolutos” (*Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil*, cit., p. 299). Paradigmática na matéria foi, no direito italiano, a lição de Francesco BUSNELLI – que, para sustentar a possibilidade de responsabilidade aquiliana dos terceiros que violassem o crédito, analisou o direito relativo sob o seu perfil do interesse, concluindo que também os direitos de crédito são dotados de uma “relevância jurídica *erga omnes*”, pois podem ser entendidos como um “valor” pertencente à esfera jurídica do sujeito que é seu titular”, o que denominou como “perfil estático” do direito subjetivo, por oposição do dinâmico, que corresponderia à faculdade de agir perante o devedor (*La lesione del credito da parte di terzi*, cit., p. 41). Concluiu, assim, que esses direitos permitem violações por terceiros, as quais consistirão em um tipo de vicissitude diversa do inadimplemento, que apenas pode ser cometido pelo devedor (*Ibid.*, p. 47).

<sup>268</sup> Nesse sentido, Orlando GOMES, apoiando-se na doutrina italiana, esclarece que a tutela externa do crédito “não reintegra o crédito, como na responsabilidade contratual, sua função sendo a de garantir ao credor o equivalente da perda que sofreu e que seja apreciável em dinheiro” (*Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil*, cit., pp. 299-300).

<sup>269</sup> Ao se pronunciar sobre a tutela externa do crédito, por exemplo, o STJ já esclareceu textualmente que apenas dispensaria a prova do prejuízo para a responsabilização do terceiro cúmplice porque o art. 608 do Código Civil, aplicável àquele caso concreto, pré-fixa o valor da indenização (STJ, REsp. 2.023.942, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 25.10.2022).

invariavelmente registre, e com razão, que nessas hipóteses o direito relativo recebe tratamento *equiparado* ao de um bem jurídico em sentido clássico, objeto de direitos absolutos.<sup>270</sup> Inevitável, aqui, lembrar a lição de Roberto de Ruggiero, que elucidava que os direitos apenas podem receber o tratamento de coisas porque, em definitivo, subjaz a eles, indiretamente, o interesse prático sobre uma coisa em sentido estrito.<sup>271</sup>

Mesmo autores que, ao tratarem da teoria geral das obrigações, afirmam a existência do dever de pagar o “equivalente” (por vezes apenas se referindo à impossibilidade culposa, por vezes também ao inadimplemento, quase sempre sem explicarem a função desempenhada por essa parcela), quando discorrem sobre responsabilidade civil contratual afirmam textualmente que apenas haverá dever de pagar perdas e danos caso o credor consiga demonstrar a ocorrência de prejuízo efetivo, concreto.<sup>272</sup> Não parece ser por acaso que os exemplos fornecidos pela doutrina de parcelas indenizatórias devidas a título de perdas e danos pelo inadimplemento sejam quase invariavelmente de danos causados direta e imediatamente pelo fato do descumprimento (o lucro que seria obtido de contrato com terceiro que se deixou de praticar em favor do contrato descumprido, os investimentos realizados e não compensados, a expectativa de lucro não verificada, a despesa com honorários advocatícios), nunca pelo fato do descumprimento em si mesmo considerado.<sup>273</sup> Nem mesmo diante da responsabilidade agravada do devedor em mora (art. 399 do Código Civil), aliás, os exemplos doutrinários costumam mencionar danos que decorressem *per se* da impossibilidade superveniente.<sup>274</sup>

Destaca-se, no ponto, a lição de Caio Mário da Silva Pereira, não apenas por se tratar de um dos poucos autores que textualmente afirmam a função que entendem ser desempenhada pelo “equivalente” no direito das obrigações<sup>275</sup> mas, sobretudo, por se manter fiel e coerente a esse entendimento ao longo de toda a sua obra.<sup>276</sup> Assim, por exemplo, no volume em que trata especificamente da responsabilidade civil, mesmo fora de suas *Instituições*, o autor registra a conclusão que deveria ser imperativa para todos os defensores da alegada natureza reparatória do “equivalente”: a de que, na responsabilidade contratual, sempre haveria uma reparação mínima automática devida ao credor lesado, justamente o valor da prestação descumprida.<sup>277</sup> Embora não se acompanhe tal conclusão neste estudo, seu valor para a compreensão do problema é inestimável.

<sup>270</sup> Elucidam Gustavo TEPEDINO e Milena Donato OLIVA: “equiparam-se a tais bens de existência incorpórea os direitos, que podem igualmente se tornar objeto de relação jurídica, dependendo do centro de interesse a ser protegido. Configuram dessa forma bens jurídicos os créditos, postos em circulação mediante títulos de créditos ou em penhores” (*Fundamentos do direito civil*, vol. 1, cit., p. 187).

<sup>271</sup> RUGGIERO, Roberto De. *Instituições de direito civil*, vol. II. 2. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2005, p. 405.

<sup>272</sup> Eduardo ESPÍNOLA, por exemplo, embora aduza que se “se torna impossível o cumprimento específico, a prestação se converte em seu equivalente em dinheiro. O mesmo se verifica, se a prestação é inútil ao credor, ou nociva ao devedor uma execução tardia em forma específica” (*Sistema do direito civil brasileiro*, vol. II, t. I, cit., pp. 505-506), afirma que, para que haja um dano contratual ressarcível, é preciso que o inadimplemento “produza um prejuízo consistente na diminuição do patrimônio” (Ibid., p. 499), pois há hipóteses em que “o inadimplemento não produza absolutamente prejuízo algum” (Ibid., p. 513, nota 9).

<sup>273</sup> Embora afirme que, “na responsabilidade contratual a indenização, em muitos casos se não em todos, é, por igual, um substitutivo da prestação contratada”, Silvio RODRIGUES aduz imediatamente na frase seguinte: “Quando um artista, contratado para uma série de apresentações, recusa-se a dar um ou mais recitais combinados, fica ele sujeito a reparar as perdas e danos experimentados pelo empresário. A indenização abrangerá o prejuízo efetivo, tais o aluguel do teatro, a publicidade feita, a impressão de entradas etc., bem como o lucro cessante, ou seja, o proveito que o empresário razoavelmente poderia ter tido. Mas a cifra arbitrada em dinheiro, que será paga pelo artista inadimplente, não é a prestação prometida, mas apenas um sucedâneo dela” (*Direito civil*, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 9).

<sup>274</sup> São comuns, em comentários ao art. 399 do Código Civil, exemplos sobre a mora na obrigação de restituir – nesses casos, evidentemente, o dano à coisa devida é dano efetivo ao patrimônio do credor, que já é seu dono. Ilustrativamente, cf. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. V, t. II, cit., p. 300; BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Código Civil comentado*, cit., p. 423.

<sup>275</sup> Para o autor, no inadimplemento absoluto, as perdas e danos implicam a conversão do objeto da prestação no seu equivalente pecuniário; na mora, porém, não têm essa natureza, pois o credor ainda pode exigir a prestação da *res debita* em conjunto com as perdas e danos (*Instituições de direito civil*, vol. II, cit., p. 316).

<sup>276</sup> Assim, por exemplo, em outro volume das *Instituições*: “A conversão da *res debita* no seu equivalente pecuniário – o *id quod interest* – é substitutiva da prestação específica que as partes ajustaram” (*Instituições de direito civil*, vol. III, cit., pp. 90-91).

<sup>277</sup> “Quando há contrato, existe um dever positivo do contratante, [...] o que só por si lhe impõe a responsabilidade. Basta ao demandante trazer a prova da infração, para que se estabeleça o efeito, que é a responsabilidade do faltoso, uma vez que os demais extremos derivam do inadimplemento mesmo, pressupondo-se o dano e nexa causal” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 325).

Esse descompasso entre o que normalmente se sustenta na teoria geral das obrigações e os estudos sobre responsabilidade civil não passou, certamente, despercebido. Provavelmente por constatá-lo, Orlando Gomes, em trecho pouco lembrado do célebre artigo sobre o dano injusto, admite textualmente que a responsabilidade contratual não tem “uma finalidade reparatória” e que seu propósito é única e exclusivamente o de “garantir a satisfação do interesse do contratante prejudicado, através do pagamento do equivalente econômico”,<sup>278</sup> ou, ainda, o de “reintegrar o crédito”.<sup>279</sup> Tal constatação, que prima por um rigor técnico nem sempre observado em doutrina, parece direcionar a investigação para uma conclusão inevitável: o chamado “equivalente”, se e quando for devido, não poderia ser filiado, contemporaneamente, à fonte obrigacional da responsabilidade civil. De fato, em um cenário no qual o perfil funcional da responsabilidade civil se encontra plenamente identificado, não parece haver sentido em sustentar para o “equivalente” a qualificação de reparação civil se o seu propósito não é o de indenizar nenhum dano em sentido técnico.<sup>280</sup>

Não se ignora que surgem hoje na doutrina brasileira vozes que defendam a instituição de uma responsabilidade civil dotada de múltiplas funções, dita “multifuncional”.<sup>281</sup> Em perspectiva civil-constitucional, porém, que prima justamente pela qualificação dos institutos jurídicos a partir da função, não cabe reunir sob a mesma designação figuras que atendam a finalidades díspares. Cabe esclarecer: é a própria doutrina civil-constitucional que costuma afirmar que uma mesma estrutura pode se prestar a múltiplas funções.<sup>282</sup> O que se pretende dizer com isso, porém, é que essa estrutura (conceito, instituto etc.), quando se prestar a uma função distinta da que é ínsita à sua designação mais frequente, deve ser requalificada<sup>283</sup> à luz da sua finalidade concreta; e não, ao contrário, que a sua designação típica poderia absorver funções que lhe são alheias.

Para que o “equivalente” pudesse ser vinculado à fonte obrigacional da responsabilidade civil, à luz do arcabouço teórico acima delineado, parece imprescindível que correspondesse a um dano efetivo. Não aparentando haver, porém, dano material concreto decorrente pura e simplesmente da lesão ao direito de crédito, ao mesmo tempo em que, para os autores que o defendem, o valor da prestação seria sempre devido diante da impossibilidade culposa e do inadimplemento, o que se pode concluir é que a figura não tem função reparatória.<sup>284</sup> Não se ignora que o paradigma do dano injusto é dúctil o suficiente para admitir que se reconheçam novos interesses merecedores de tutela pela via indenizatória,<sup>285</sup> de modo que não seria impossível cogitar, em tese, de um dano autônomo decorrente de todo inadimplemento a direito de crédito.<sup>286</sup> Essa não

<sup>278</sup> GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil, cit., p. 292.

<sup>279</sup> GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil, cit., p. 299.

<sup>280</sup> Veja-se, ao propósito, a eloquente lição de Caio Mário da Silva PEREIRA: “distinguem-se na responsabilidade contratual dois objetos: de um lado, o equivalente da prestação devida, e, sob este aspecto, ela se distingue fundamentalmente da responsabilidade aquiliana; de outro lado, tem como finalidade reparar o mal que o inadimplemento causa ao credor, e, sob este aspecto, ela se aproxima da responsabilidade aquiliana” (*Responsabilidade civil*, cit., p. 330).

<sup>281</sup> A expressão é utilizada, entre outros, por FARIAS, Cristiano Chaves de et al. *Novo tratado de responsabilidade civil*, cit., p. 67.

<sup>282</sup> Segundo Pietro PERLINGIERI, “estruturas idênticas se distinguem pela diversidade de função; funções idênticas se realizam mediante estruturas diversas” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 118).

<sup>283</sup> Sobre o procedimento de qualificação a partir da função, cf., por todos, KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica.com*, a. 1, n. 2, 2012, p. 19.

<sup>284</sup> Que o chamado “equivalente” não pode ter função indenizatória também se constata pelo fato de que a própria noção de sub-rogação que o inspira impede que seja atingido por cláusula moral compensatória, cláusula de não indenizar e outras convenções que sobre a reparação civil, como destaca TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução, cit., item 5. Conclui a autora: “o equivalente não corresponde à verba indenizatória, abarcada pela responsabilidade civil” (*Ibid.*, p. 72).

<sup>285</sup> Permita-se, ainda uma vez, remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela, cit., *passim* e, em especial, item 5.

<sup>286</sup> A doutrina cogita, com efeito, da possibilidade de danos-evento serem reparáveis em si mesmos (por exemplo, em comentário aos direitos francês e italiano, cf. SIRENA, Pietro. O conceito de dano, cit., item 7); em geral, porém, a construção se volta à tutela de interesses existenciais, aproximando-se, em grande parte, do que o direito brasileiro convencionou denominar “dano moral *in re ipsa*”. Para um estudo aprofundado deste último ponto, cf. OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 93. São Paulo: RT, mai.-jun./2014, *passim* e, em especial, pp. 21-22.

parece ser, porém, absolutamente uma tendência consciente e deliberada da doutrina brasileira do “equivalente”; muito ao contrário. E, de qualquer forma, um reforço tão drástico (e inédito) aos direitos de crédito demandaria delicada fundamentação, capaz de encontrar no plano valorativo subsídios que o autorizassem – o que tampouco aparenta ser o caso, em um cenário de ampla despatrimonialização do direito civil.<sup>287</sup>

Que reste claro: nenhuma das considerações precedentes pretende conduzir à absurda conclusão de que nenhum dano indenizável pudesse ser produzido por ocasião do inadimplemento. Os danos emergentes, lucros cessantes e danos morais<sup>288</sup> passíveis de reparação pela lesão ao direito de crédito são aqueles amplamente conhecidos no direito brasileiro, enunciados por absolutamente todos os manuais e acompanhados das suas dificuldades de delimitação também conhecidas (pense-se na discussão sempre atual sobre danos consequenciais e a distinção entre danos *circa rem* e *extra rem*, ou no crescente debate em torno do chamado interesse positivo). O inadimplemento é uma das oportunidades em que tais danos podem ocorrer, caso preenchidos os requisitos gerais da responsabilidade civil (com as regras específicas classicamente associadas à responsabilidade contratual, como a presunção relativa da culpa, o termo inicial de incidência de eventuais juros moratórios e correção monetária etc.).<sup>289</sup> O que se refuta é que o inadimplemento enseje, por si só, um dano patrimonial automático,<sup>290</sup> independente da prova de desvalorização patrimonial efetiva para o credor.

Trata-se, aliás, de conclusão já enunciada por Aguiar Dias, cuja lição merece transcrição, além da autoridade do autor, por ser um dos poucos pronunciamentos claros sobre o tema: “Em matéria extracontratual, não se levanta nenhuma dúvida sobre a necessidade do prejuízo. Isso já suscita dificuldade, contudo, no campo da responsabilidade contratual, o que é determinado pela suposição comum de que o simples inadimplemento do contrato já constitui o dano. Ora, isso não é verdadeiro, e, então, o credor, para responsabilizar o devedor, deve provar o dano sofrido. Só não ocorre o mesmo no caso da cláusula penal, da reparação *à forfait* ou da indenização mínima, que são devidas independentemente de qualquer prova por parte do credor”.<sup>291</sup> Veja-se, ainda, a prestigiosa e inequívoca lição de Silvio Rodrigues: “As perdas e danos, a que fica sujeito o contratante inadimplente, são coisas inteiramente diversas da prestação inadimplida, pois, na realidade, a indenização não é o equivalente da obrigação descumprida, mas a reparação do prejuízo defluente da inexecução. E nisso a responsabilidade contratual identifica-se profundamente com a responsabilidade delitual”.<sup>292</sup>

E não apenas esses, mas também todos os autores que afirmam a necessidade de prova do prejuízo na responsabilidade contratual parecem corroborá-lo,<sup>293</sup> ainda que nem sempre identificando a repercussão que isso surte sobre a suposta natureza reparatória do “equivalente”. Chega a ser curioso que autores dos mais variados matizes, desde aqueles que sustentam a existência de um dano automático pela lesão ao direito de crédito reparado na forma do “equivalente” até os que refutam essa possibilidade, usem como fundamento exatamente a mesma passagem da *Teoria delle obbligazioni* de Giorgio Giorgi – justamente o trecho em que o ilustre jurista italiano, embora parecesse afirmar uma presunção de dano pela lesão ao direito de crédito,

<sup>287</sup> Sobre essa “despatrimonialização”, cf., por todos, BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*, cit., p. 386.

<sup>288</sup> Sobre o dano moral por inadimplemento, cf. OLIVA, Milena Donato. *Dano moral e inadimplemento contratual*, cit., item 3.

<sup>289</sup> A respeito das regras específicas de cada regime, cf., por todos, TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil*, vol. 4, cit., pp. 13 e ss.

<sup>290</sup> No mesmo sentido, cf. SILVA, Rodrigo da Guia. *Remédios ao inadimplemento*, cit., passim (p. ex., p. 269).

<sup>291</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Atual. Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 823.

<sup>292</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, vol. 4, cit., p. 10.

<sup>293</sup> “A prova da existência de dano é indispensável para o surgimento do dever de indenizar e deve ser feita, em regra, por quem alega o prejuízo” (BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., p. 732).

mitigava essa afirmativa ao caracterizar o problema como uma questão de distribuição do ônus probatório do prejuízo e da adoção de maior ou menor rigor, pelo juiz, na apreciação do acervo probatório.<sup>294</sup>

Por exemplo, Agostinho Alvim sustenta que a presunção a que alude o Giorgi consistiria em simples *praesumptio hominis* e que seria totalmente impossível ao juiz condenar o devedor a qualquer reparação com base apenas nessa presunção.<sup>295</sup> O autor, que viria a ser o responsável pela redação do Livro das Obrigações do Projeto do Código Civil de 2002, sustentava que “a prova da existência do dano é indispensável e deve ser feita na ação, sob pena de ser o devedor absolvido”.<sup>296</sup> A utilidade de figuras como as cláusulas penais, diz ele, está justamente em dispensarem a prova do prejuízo, embora não promovam propriamente, ao seu ver, indenização sem dano;<sup>297</sup> afinal, a admissão de perdas e danos sem prova de dano efetivo geraria enriquecimento sem causa para o credor e autêntica punição do devedor, “com invasão da esfera do direito penal”.<sup>298</sup>

Carvalho Santos, por seu turno, embora reproduza com idêntica fidelidade a lição de Giorgi, alcança conclusões distintas. Apesar de afirmar que a indenização pressupõe a reparação de um dano, sustenta também que ela equivale a uma execução por substituição da prestação.<sup>299</sup> Conquanto sustente que a existência de dano é essencial para o dever de perdas e danos,<sup>300</sup> entende que o credor pode lançar mão das presunções mencionadas por Giorgi para prová-los<sup>301</sup> e que elas são bastantes para autorizar o surgimento do dever de indenizar, sobretudo nos chamados “danos comuns” (aqueles aferíveis independentemente de aspectos subjetivos do credor).<sup>302</sup> Idênticas são as conclusões de Tito Fulgêncio, também embasando-se em Giorgi.<sup>303</sup>

No outro extremo do espectro parece estar Eduardo Espínola, que também cita a obra do autor italiano para reconhecer que há casos em que o inadimplemento não produz nenhum dano,<sup>304</sup> mas confere ínfima relevância à prova do prejuízo (que reduz a mera questão de liquidação)<sup>305</sup> e afirma a possibilidade de o credor optar pela conversão da prestação em seu valor em dinheiro, que teria natureza indenizatória.<sup>306</sup> Em posição análoga, Serpa Lopes cita Giorgi para afirmar que reparar o dano significa “prestar o equivalente daquela utilidade, que o credor teria conseguido da prestação em forma específica”,<sup>307</sup> em seguida aduzindo que as perdas e danos abrangem o valor da prestação descumprida,<sup>308</sup> sem dar maior relevância à prova do dano.

<sup>294</sup> Trata-se dos §§95 e 96 da obra *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. II, em que GIORGI afirma que a prova do dano incumbe ao credor: “devendo o objeto de uma obrigação consistir sempre em uma prestação útil, pareceria que o inadimplemento, que não é senão a privação dessa utilidade, não pudesse deixar de ser danoso ao credor. Tanto assim, que o art. 1.218 [do *Codice* de 1865], depois de ter dito estar o devedor vinculado a adimplir exatamente a obrigação, acrescenta sem mais: e, na sua falta, ao ressarcimento dos danos. Parece, assim, que a própria lei reconheça uma presunção de dano a favor do credor. Ora, como conciliar essa presunção com a nossa consequência [da exigência de prova do dano]?”. Respondia o autor: “a indicada presunção constitui sempre um início de prova; o qual pode [...] justificar uma condenação ao ressarcimento dos danos *in genere*, ressalvada ao credor a prova específica no juízo de liquidação”; o valor desse princípio de prova seria mais “sensível” em danos “comuns” – e.g., “o valor venal de uma coisa, que deveria ser restituída ou entregue, constitui quase sempre um dano”. Mas a presunção só seria absoluta nas obrigações pecuniárias (pp. 122-123.).

<sup>295</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 165. Curiosamente, o autor só refuta textualmente a teoria de Giorgi no sumário daquele capítulo, explicando que “seu exame em face do nosso direito, obriga-nos a rejeitá-la” (Ibid., p. 161).

<sup>296</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 165.

<sup>297</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, p. 162.

<sup>298</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, pp. 162-163.

<sup>299</sup> SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XIV, cit., p. 250.

<sup>300</sup> SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XIV, cit., p. 262.

<sup>301</sup> SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XIV, cit., p. 264.

<sup>302</sup> SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XIV, cit., p. 263.

<sup>303</sup> FULGÊNCIO, Tito. *Do direito das obrigações*, cit., pp. 79-80.

<sup>304</sup> ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*, vol. II, t. I, cit., p. 513.

<sup>305</sup> ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*, vol. II, t. I, cit., p. 523.

<sup>306</sup> ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*, vol. II, t. I, cit., p. 506.

<sup>307</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, vol. II, cit., p. 396.

<sup>308</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, vol. II, cit., p. 399.

A despeito da inegável autoridade das vozes em contrário, a posição que aparenta ser mais consentânea com nosso regime atual, sobretudo à luz do perfil funcional da responsabilidade civil e do conceito contemporâneo de dano, é aquela manifestada por Agostinho Alvim. A imprescindibilidade da prova do dano e a sua não presunção pelo mero fato do inadimplemento encontram eco também na doutrina francesa – por exemplo, segundo os irmãos Mazeaud, em lição plenamente extensível ao direito brasileiro: “Não existe qualquer razão séria para estabelecer em matéria contratual uma derrogação dos princípios gerais: não apenas um prejuízo é necessário para deflagrar a responsabilidade do devedor, mas a inexecução do contrato tampouco constitui uma presunção de dano em favor do credor; a este último incumbe, como em qualquer outra matéria, a prova do prejuízo do qual demanda reparação”.<sup>309</sup> Afinal, como pondera Aguiar Dias, a adoção da teoria da diferença para a definição do dano patrimonial no direito brasileiro, ressignificando a noção de interesse, implica que o conceito de dano em nossa tradição dependa necessariamente do conceito de patrimônio – particularmente, do conceito econômico.<sup>310</sup> Apoiando-se na lição de Hans Fischer, afirmava o autor que o dano patrimonial deve necessariamente decorrer da diferença negativa encontrada no confronto entre o patrimônio realmente existente e o que possivelmente existiria, se o dano não se tivesse produzido.<sup>311</sup> Por isso, como (salvo na obrigação de restituir) o objeto da prestação não cumprida não estava no patrimônio do credor, a inexecução não opera desfalque patrimonial<sup>312</sup> – não gera, por si só, dano patrimonial indenizável.

Contra essa conclusão talvez se pudesse alegar que ela se apoia excessivamente no exemplo do inadimplemento de obrigações derivadas de contratos (particularmente, os sinalagmáticos),<sup>313</sup> nos quais se reconhece uma causa implícita de resolução da relação (art. 475 do Código Civil), e que ela não contemplaria as demais hipóteses direito de crédito – que, não contando com uma causa legal de resolução, restariam como um elemento passivo no patrimônio do credor após sua violação. Não se pode ignorar, porém, que as obrigações de fonte legal são quase invariavelmente pecuniárias, não se sujeitando ao inadimplemento absoluto ou à impossibilidade, e que as obrigações não pecuniárias decorrentes da lei são de rara ocorrência. A despeito de o direito brasileiro prever uma teoria geral das obrigações aplicável a deveres com perfis funcionais diversos, não parece razoável construir um regime para as obrigações de dar coisa certa, fazer e não fazer que não se aplica justamente à sua hipótese mais frequente. Na tradição codificada romano-germânica, como se sabe, as obrigações foram estudadas predominantemente sob o paradigma dos contratos bilaterais;<sup>314</sup> seria preferível, assim, construir soluções específicas para casos particulares que construir uma teoria geral incompatível com esse paradigma.<sup>315</sup> À questão, de todo modo, ainda se retornará mais adiante, no item 7, *infra*.

<sup>309</sup> MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. II. Paris: Monchrestien, 1970, pp. 803-804. Tradução livre.

<sup>310</sup> Aguiar Dias apoia-se no pensamento de Hans FISCHER, segundo o qual o conceito jurídico de patrimônio, “criado para unificar sistematicamente uma série de normas, nada tem a ver com a questão concernente aos danos [patrimoniais] e sua reparação”, porque não levaria em conta o valor pecuniário dos bens patrimoniais (*Los daños y su reparación*, cit., pp. 20-21. Tradução livre). Por isso, propõe um conceito econômico de patrimônio, entendido como “a totalidade dos bens economicamente valoráveis que se encontrem dentro do poder de disposição de uma pessoa” (Ibid., p. 19. Tradução livre). Não parece, porém, haver óbice a que se adote a noção jurídica de patrimônio, desde que se entenda que o dano, à luz da teoria da diferença, não é qualquer violação a uma situação jurídica ativa, mas apenas aquela que acarrete concreta subtração de valor. Esta era, afinal, justamente a divergência que FISCHER destacava em face de autores, como Oertmann e Walsmann, que criticavam a noção de interesse à luz da teoria da diferença (Ibid., pp. 26 e ss.).

<sup>311</sup> DIAS, Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 824.

<sup>312</sup> DIAS, Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 826.

<sup>313</sup> Sobre a progressiva admissão da incidência da cláusula resolutiva tácita também sobre contratos não sinalagmáticos, remeta-se ao já mencionado estudo de TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Âmbito de incidência da cláusula resolutiva expressa*, cit., item 3.

<sup>314</sup> Basta lembrar a crítica, onipresente em doutrina, que se faz à designação da responsabilidade por danos decorrentes do inadimplemento de qualquer obrigação como responsabilidade “contratual” (ilustrativamente, cf. BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., p. 696).

<sup>315</sup> Afinal, “o fundamental é levar em conta as particularidades do sistema sem violentá-las” (PERLINGIERI, Pietro. *Normas constitucionais nas relações privadas*, cit., p. 6).

Se verdadeiras as considerações até aqui desenvolvidas, não resulta razoável interpretar que o chamado “equivalente” corresponderia à reparação de um dano, puramente hipotético, decorrente de forma automática e presumida da lesão ao direito de crédito. O dano há de ser concretamente demonstrado, sob pena de a suposta indenização converter-se, na verdade, em ilegítima pena civil.<sup>316</sup> Não parece, nesse cenário, existir dano efetivo a que o “equivalente” se preste a reparar. Quanto mais amadurece a consciência da civilística acerca da centralidade do dano na responsabilidade civil e dos seus limites funcionais, mais se parece alcançar essa conclusão. Provavelmente como fruto desse processo, têm crescido, no período recente, as propostas voltadas a inserir o “equivalente” em uma outra fonte obrigacional. É o que se passa a analisar.

## 6. Algumas objeções à colocação do “equivalente” sob a fonte convencional

Na doutrina tradicional, a tese de que o “equivalente” teria natureza indenizatória parece ter sido fortemente corroborada pela máxima, repetida à exaustão em nossa tradição jurídica, de que a obrigação descumprida “se converte” em perdas e danos.<sup>317</sup> Em geral, afirma-se que, ao contrário da responsabilidade aquiliana (na qual a obrigação de indenizar nasce a partir do descumprimento de um dever não obrigacional – o dever geral de *neminem laedere*), na responsabilidade contratual a obrigação de indenizar seria secundária e decorreria do descumprimento de uma obrigação anterior, dita primária: justamente, a obrigação inadimplida.<sup>318</sup> San Tiago Dantas, por exemplo, ao explicar esse processo, afirmava que a inexecução culposa não tem “efeitos extrutivos”, mas sim “transformativos” da obrigação: “transformam a obrigação originária, que não foi cumprida, na responsabilidade, ou seja, na obrigação sucessiva que tem por conteúdo uma prestação de perdas e danos”.<sup>319</sup> Não raro, essa afirmativa é associada, embora nem sempre claramente, a uma outra máxima, segundo a qual a obrigação descumprida “se converte” no seu equivalente pecuniário.

As origens remotas dessas afirmativas devem estar, a esta altura da exposição, relativamente claras. Não é demais ressaltar, porém, que se trata de afirmativas apartadas no tempo. A concepção da substituição da obrigação originária pelo seu equivalente parece ter sido herdada diretamente das fontes romanas.<sup>320</sup> O “equivalente”, como visto, não traduzia então o que hoje se descreveria como a reparação de um dano, mas era, em vez disso, o único remédio possível ao descumprimento de uma obrigação.<sup>321</sup> A tese de que esse “equivalente” corresponderia a uma indenização e de que a obrigação descumprida culposamente seria convertida em perdas e danos, por sua vez, parece ser mais propriamente devida à interpretação que a doutrina imediatamente anterior à codificação francesa, particularmente Pothier, conferiu aos textos romanos, buscando um espírito sistematizador inexistente na época clássica.<sup>322</sup>

<sup>316</sup> A associação da cobrança de perdas e danos sem prova de dano concreto às penas civis já era feita, por exemplo, na doutrina francesa pelos MAZEAUD (*Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, cit., p. 262, nota 4).

<sup>317</sup> Ilustrativamente, entre muitos outros, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. II, cit., p. 60; e GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 220-221, que considera essa conversão como hipótese de modificação objetiva qualitativa do direito de crédito.

<sup>318</sup> Nesse sentido, na doutrina italiana, cf., por todos, BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*, cit., p. 316. No direito brasileiro, afirmam-no textualmente, entre outros, ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*, vol. II, t. I, cit., p. 497; e DANTAS, F. C. de San Tiago. *Programa de direito civil*, vol. II, cit., p. 147.

<sup>319</sup> DANTAS, F. C. de San Tiago. *Programa de direito civil*, vol. II, cit., p. 97.

<sup>320</sup> Trata-se de um modelo “desenvolvido no direito romano, de um vínculo destinado ao cumprimento, mas também (em conformidade com a regra ‘*omnis condemnatio pecuniaria*’) a uma prestação em dinheiro” (PINTO, Paulo da Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., p. 1494).

<sup>321</sup> Na síntese precisa de ZIMMERMANN, “*quod interest* [...] não encapsulava uma forma romana da *Differenztheorie*. *Quod actoris interest* se refere ao ‘interesse’ do autor da ação (no sentido moderno do termo): ele deve receber aquilo em que estava interessado [...]” (*The Law of Obligations*, cit., p. 826. Tradução livre).

<sup>322</sup> Nesse sentido, LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, vol. II, cit., p. 139.

Esse descompasso foi eventualmente sentido no próprio direito francês, que observou, ainda no século passado, o surgimento de propostas doutrinárias no sentido de que a parcela denominada *dommages et intérêts* devida pelo descumprimento contratual não promoveria, afinal, a reparação de nenhum dano, mas consistiria, isso sim, em uma forma substitutiva de cumprimento do contrato.<sup>323</sup> Criou-se, assim, uma modalidade, algo paradoxal, de execução do contrato por meio do pagamento de uma indenização, prontamente rejeitada por outro setor da doutrina,<sup>324</sup> que reconheceu o contrassenso em se sustentar que uma suposta modalidade de cumprimento do contrato tivesse lugar justamente diante da hipótese que deveria conduzir à resolução da avença.<sup>325</sup> *Tertium non datur*: ou bem o credor preserva seu interesse na execução específica (e, sendo esta ainda possível, eventuais<sup>326</sup> perdas e danos certamente não se voltam a substituí-la, mas traduzem apenas perdas e danos oriundas da mora), ou deverá, então, optar pela resolução do contrato (cenário em que as perdas e danos não poderiam exercer o papel de execução de um negócio já extinto).<sup>327</sup>

Essa perspectiva, cumpre frisar, não é unívoca. No direito alemão, em que o BGB previa, na sua redação original, uma modalidade de “indenização por incumprimento” exigível pelo credor que não buscasse a resolução da avença, a reforma do direito das obrigações promovida já no início deste século reconheceu o direito a perdas e danos com ou sem resolução do contrato, passando a falar na cobrança de indenização em lugar da prestação (*Schadenersatz statt der Leistung*).<sup>328</sup> E mesmo no direito argentino (que, tal qual o brasileiro, aludia expressamente ao “equivalente”), após o advento do Código Civil e Comercial de 2014, que, além de tomar diversas medidas unificadoras da responsabilidade contratual e aquiliana, suprimiu a referência ao “equivalente” da disciplina das obrigações de dar coisa certa (arts. 755 c/c 955), não falta quem afirme ser possível, descumprida uma obrigação contratual, convertê-la na “execução por equivalente”, autônoma em relação à indenização e exercitável pela mera alegação de inadimplemento – se bem que com fundamento em um dispositivo que prevê apenas a cobrança das “indenizações correspondentes” como

<sup>323</sup> Particularmente emblemática foi a obra de Philippe LE TOURNEAU. Até a segunda edição de seu livro *La responsabilité civile* (Paris: Dalloz, 1976), o autor afirmava, como a doutrina em geral, que a *faute* não era diferente na responsabilidade contratual em relação à aquiliana (p. 65), que “a responsabilidade contratual entra em jogo quando o dano nasce da inexecução do contrato” (p. 77) e que, quando a execução *in natura* pelo devedor ou por terceiro for impossível, “o credor deverá se contentar com uma reparação pelo equivalente, quer dizer, perdas e danos” (p. 307. Tradução livre). A partir da terceira edição (Paris: Dalloz, 1982, pp. 63 e ss.), porém, o autor passou a questionar o sistema da *faute* contratual de Planiol e a dizer que o que se denomina “reparação” na verdade seria um modo de execução do contrato. Isso abriria espaço, anos depois, para os estudos de Philippe RÉMY (La ‘responsabilité contractuelle’: histoire d’un faux concept. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, vol. 96, n. 2, 1997), que propôs abolir-se o conceito de responsabilidade contratual do direito francês; para o autor, as perdas e interesses consistiriam simplesmente no pagamento em pecúnia da vantagem principal decorrente do contrato, devendo todo e qualquer outro prejuízo decorrente da inexecução ser ressarcido pela via delitual, sob pena de se atribuir ao contrato uma indevida “função de proteção de interesses extracontratuais” (p. 354).

<sup>324</sup> Crítica Patrice JOURDAIN: “Pagar perdas e interesses não é executar, nem mesmo pelo equivalente; é apenas ‘compensar’ um dano. Executar é, ao contrário, fornecer o que foi convencionado, quer dizer, realizar a prestação prometida de modo satisfatório para o credor. Dizer que as perdas e interesses representam um modo de execução pelo equivalente nada mais é, na realidade, que uma imagem; falando propriamente, uma tal execução é inconcebível” (Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle, cit., p. 89. Tradução livre).

<sup>325</sup> Registre-se, ao propósito, a crítica contundente de Geneviève VINEY: “A função exclusiva de execução [das perdas e danos] é desmentida formalmente pelo art. 1.184, alínea 2 do Código Civil. Essa disposição dá ao credor, com efeito, no caso de inexecução de todo contrato sinalagmático, uma opção entre a execução forçada e a resolução ‘com perdas e danos’. Ora, em caso de resolução, as perdas e danos não podem, evidentemente, ter uma função de execução, pois o próprio credor renunciou à execução, preferindo o desaparecimento do contrato” (*Introduction à la responsabilité*, cit., p. 405. Tradução livre). Pondera, assim, a autora que a tese da execução do contrato pelo equivalente “não apenas contraria a tradição histórica, mas não é exata. Além disso, conduz a se desprezar a prioridade da execução *in natura* sobre a reparação pecuniária” (pp. 412-413. Tradução livre).

<sup>326</sup> Como pontua Patrice JOURDAIN, o dano, requisito indispensável à responsabilidade contratual, é indiferente tanto para o pedido de execução específica, quanto para a resolução (Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle, cit., pp. 91-92).

<sup>327</sup> Uma conclusão que já era enunciada, no direito italiano, por Adriano DE CUPIS, em comentário a disposição normativa muito semelhante ao art. 475 do Código Civil brasileiro atual (embora, naquele sistema, expressamente restrita a contratos sinalagmáticos): “como pode admitir-se que seja considerado o interesse relativo à prestação contratual, quando o próprio contrato foi resolvido e, assim, considera-se como se jamais houvesse sido concluído?” (*Il danno*: teoria generale della responsabilità civile. Milano: Giuffrè, 1946, p. 177. Tradução livre).

<sup>328</sup> Sobre os limites das repercussões práticas da reforma do BGB em matéria de impossibilidade, cf. o comentário de PINTO, Paulo da Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., p. 1497.

alternativa à execução específica (art. 730, “c”).<sup>329</sup>

Com efeito, ao que parece, a densificação do perfil funcional da responsabilidade civil em vários países nas últimas décadas tem forçado a figura do “equivalente” a retroceder do campo indenizatório e reaproximar-se do papel de um remédio *sui generis* ao inadimplemento.<sup>330</sup> Esse processo, porém, por vezes esbarra na cultura jurídica ou na própria norma de cada país, dificultando sua desvinculação das perdas e danos; assim, ora impulsiona a figura, em alguma medida quimérica, de uma indenização com função de cumprimento do contrato, ora leva à negação *tout court* da categoria da responsabilidade contratual.<sup>331</sup> Não bastasse a contradição com a própria função da responsabilidade civil, essa noção parece incompatível com a tradicional conceituação do dano, no direito brasileiro, à luz da teoria da diferença, historicamente associada a um quadro de “frustração do sinalagma contratual”<sup>332</sup> bastante coerente com nosso conceito de inadimplemento absoluto<sup>333</sup> – e não já da teoria da sub-rogação, à qual se costuma associar a possibilidade de cobrança de uma indenização a título de cumprimento do contrato e sem resolução da avença.<sup>334</sup>

No cenário brasileiro, porém, embora parte da doutrina favorável ao chamado cumprimento “pelo equivalente” ainda afirme sua natureza indenizatória,<sup>335</sup> parece crescer a corrente que afirma tratar-se de genuína modalidade de execução do contrato à qual o credor que sofreu o inadimplemento absoluto poderia recorrer como alternativa à resolução.<sup>336</sup> Ao menos na doutrina recente, um dos principais defensores da tese foi Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que afirma textualmente ser a “execução do equivalente” uma forma de cumprimento do contrato alternativa ao pedido de resolução pelo credor diante do inadimplemento absoluto ou da impossibilidade culposa.<sup>337</sup> Como fundamento, o autor aponta o art. 234 do Código Civil, em se tratando de

<sup>329</sup> “Ao contrário do que ocorre na responsabilidade civil, o incumprimento de uma obrigação não só implica a reparação do dano causado, mas também cria o direito do credor de exigir a execução forçada do que é devido, ainda que essa execução seja realizada por um equivalente monetário (art. 730, Inc. c, CCyC). É claro que são remédios diferentes, que têm orçamentos próprios: ao passo que, para alcançar a execução forçada, basta ao credor alegar não conformidade; Para obter a reparação dos danos causados, é necessário que credencia os orçamentos da responsabilidade civil; especialmente a existência de dano compensável” (PICASSO, Sebastián; SAÉNZ, Luis R. J. In: CARAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián; HERRERA, Marisa (Dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, vol. IV. Buenos Aires: Infojus, 2015, p. 419. Tradução livre).

<sup>330</sup> No direito argentino, por exemplo, em que o Código de 2014 passou a unificar os regimes contratual e aquiliano, inclusive quanto ao prazo prescricional incidente em ambos os casos, explica-se que a abordagem “dualista” do Código anterior foi abandonada por força da “mudança de eixo da responsabilidade civil, que passou de punir uma pessoa responsável para reclamar a reparação de qualquer dano injustamente sofrido. A partir dessa perspectiva, não faz sentido que a reparação de danos idênticos seja sujeita a um regime diferente consoante esse dano resulte do incumprimento de uma obrigação ou da violação do dever geral de não prejudicar” (PICASSO, Sebastián; SAÉNZ, Luis R. J. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, vol. IV, cit., p. 418. Tradução livre). Nesse cenário, embora ainda se fale em execução pelo equivalente, nega-se sua natureza indenizatória (Ibid., p. 419).

<sup>331</sup> No direito francês, avalia Patrice JOURDAIN: “Os negadores da responsabilidade contratual pretendem que a obrigação de reparar não é distinta da obrigação inicial, que não há novação da obrigação pelo fato da inexecução. Para eles, as perdas e danos concedidas ao credor não são na verdade nada mais que uma execução pelo equivalente, o que os conduz por vezes a negar a noção mesma de reparação contratual” (Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle, cit., p. 68. Tradução livre).

<sup>332</sup> A expressão é utilizada, entre outros, por LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, vol. II, cit., p. 275; e PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*, cit., p. 645.

<sup>333</sup> Nesse sentido, de forma inequívoca, sustenta a melhor doutrina que a obrigação sucessiva em que consistem as perdas e danos “diz respeito não mais ao objeto da obrigação originária, mas aos efetivos danos suportados pelo credor, em decorrência da inexecução” (BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., p. 701).

<sup>334</sup> Nesse sentido: VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*, vol. II. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 111.

<sup>335</sup> Ilustrativa dessa posição é a obra de STEINER, Renata. *Reparação de danos*, cit., pp. 208 e ss.

<sup>336</sup> Ilustrativamente: “Se houver mora, o credor poderá exigir a execução específica da prestação mais as perdas e danos decorrentes da inobservância do tempo, lugar ou modo pactuados [...]. Se houver inadimplemento definitivo, o credor poderá optar entre a execução pelo equivalente e, observados os pressupostos necessários, a resolução da relação jurídica contratual, além de poder exigir, em qualquer caso, o pagamento de perdas e danos que lhe causou o devedor, de acordo com o previsto no art. 475 do Código Civil” (MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade contratual*, cit.).

<sup>337</sup> “Quando a impossibilidade resulta de ato imputável ao devedor, não há a extinção *ex vi legis* da relação obrigacional, porquanto o credor pode manter o contrato, promover a execução pelo equivalente (a em espécie se impossibilitou) e, com base no art. 389 do Código Civil, pedir perdas e danos” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento*, cit., p. 103).

impossibilidade;<sup>338</sup> e, o que é mais interessante, usa o art. 236 (que trata de deterioração da coisa certa objeto da obrigação de dar) como base legal para a execução do contrato pelo “equivalente” em caso de inadimplemento absoluto.<sup>339</sup> Ainda digno de nota é que o autor considera que, nas obrigações de fazer (art. 248) ocorreria uma exceção, isto é, não se abriria ao credor a alternativa de “executar” o contrato pelo “equivalente”.<sup>340</sup>

A obra em que se baseia Ruy Rosado para sustentar que o “equivalente” consistiria em uma alternativa aberta ao credor lesado para obter o cumprimento do contrato é a de Antunes Varela<sup>341</sup> – que, ao comentar o Código Civil português de 1966, apoia-se expressamente no pensamento de Larenz.<sup>342</sup> Segundo Varela, o fato de o art. 801º do Código português autorizar ao credor, diante de impossibilidade culposa nos contratos bilaterais, optar pela resolução pelo inadimplemento “independentemente do direito à indenização” significaria que, em caso de resolução, a indenização deveria dar-se pelo interesse negativo e, em caso de persistência no cumprimento do contrato, pelo interesse positivo (incluído, aí, no seu entender, o valor da prestação impossibilitada ou descumprida).<sup>343</sup> Trata-se, como se percebe, de um sistema de remédios semelhante<sup>344</sup> ao descrito por Larenz ao comentar a redação original do BGB; a lei portuguesa, de fato, se não prevê expressamente a “indenização em cumprimento” do contrato, de outra parte aproxima-se inegavelmente do direito germânico em outros pontos, inclusive ao admitir a exigência do *commodum* de representação (art. 803º).<sup>345</sup>

É interessante notar que, transposta para o direito brasileiro, a noção de cumprimento do contrato pelo “equivalente” perde, entre muitos autores, qualquer alusão a uma natureza indenizatória. Muitas das críticas à vinculação do “equivalente” à fonte indenizatória poderiam, porém, ser estendidas a essa tentativa de inserção da figura sob outra fonte obrigacional, isto é, sua qualificação como modalidade de cumprimento – por exemplo, o fato de a suposta alternativa do credor não estar prevista nas obrigações de fazer ou não fazer, nem constar expressamente do regime do inadimplemento obrigacional. Afinal, o parágrafo único do art. 395 do Código Civil prevê apenas que, se a prestação se tornar inútil ao credor, ele pode enjeitá-la (portanto, resolvendo a relação jurídica)<sup>346</sup> e exigir a satisfação de perdas e danos, sem qualquer referência a uma

<sup>338</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 104.

<sup>339</sup> Segundo o autor, “se o incumprimento definitivo, por perda do interesse na prestação, resulta da ‘culpa do devedor’, o credor não exigirá a execução em espécie, que já não lhe traz nenhuma utilidade, mas poderá optar entre manter o contrato e obter o equivalente (art. 236 do Código Civil) ou requerer a resolução (art. 475 do Código Civil), sempre com perdas e danos” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 116).

<sup>340</sup> “No art. 248 [do Código Civil], segunda parte, está prevista uma hipótese (exceção) em que o contrato se mantém, mas o credor não tem direito à execução pelo equivalente, apenas à resolução por perdas e danos” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 27, nota n. 8).

<sup>341</sup> Cf. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 103, em especial nota 214.

<sup>342</sup> Antunes VARELA alude ao conhecido exemplo de LARENZ (*Derecho de obligaciones*, cit., p. 225), em que ocorre a permuta de um piano pertencente a A por um vaso pertencente a B, vindo este a perder-se: “Nesse caso, não há dúvida de que A pode resolver o contrato, para reaver o piano, que ele não venderia por preço nenhum e de que só abriu mão para adquirir o vaso. Mas pode também, se quiser, optar pela manutenção do valor do contrato, exigindo a indenização correspondente ao valor do vaso inutilizado (6000 marcos) e abrindo mão definitivamente, nesse caso, do piano entregue a B” (*Das obrigações em geral*, vol. II, cit., pp. 109-110).

<sup>343</sup> Assim, “desde que o credor opte pela resolução do contrato, não faria sentido que pudesse exigir do devedor o ressarcimento do benefício que normalmente lhe traria a execução do contrato. O que ele pretende, com a opção feita, é antes a exoneração da obrigação que, por seu lado, assumiu (ou a restituição da prestação que efetuou) e a reposição do seu patrimônio no estado em que se encontraria, se o contrato não tivesse sido celebrado (interesse contratual negativo)” (*Das obrigações em geral*, vol. II, cit., p. 109).

<sup>344</sup> Escrevendo a respeito do direito português antes da reforma do direito das obrigações alemão, Antunes VARELA sustenta que a solução do art. 801º do Código português não seria idêntica àquela prevista pela redação original do §325 do BGB porque, de acordo com a alínea 2 da norma lusitana, caso o credor opte pela resolução do contrato, apenas poderia pedir a indenização pelo interesse negativo, analogamente ao que ocorre em casos de nulidade ou anulação do negócio, e não pelo interesse positivo. Por outro lado, se não optar pela resolução do contrato (alínea 1), poderia o credor obter o equivalente da prestação perdida (uma aplicação da teoria da sub-rogação) (*Direito das obrigações*, vol. II, cit., p. 111). O autor pondera que, diversamente do sustentado por ele, as preferências de Larenz “parecem ir para a solução de juntar à resolução a compensação do interesse contratual positivo” (*Ibid.*, p. 109, nota 3).

<sup>345</sup> Sobre o *commodum* de representação nos dois sistemas, cf. COLOMBI, Henry. *O commodum de representação*, cit., item 3.

<sup>346</sup> Sobre a equivalência entre a rejeição da prestação diante de sua inutilidade e a resolução do contrato, cf. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 58.

“terceira via” entre a execução específica e a resolução.<sup>347</sup>

É bem verdade que, caso se pretendesse subentender a via do cumprimento pelo “equivalente” como modalidade indenizatória pelo chamado interesse positivo, a previsão legal expressa seria dispensável; afinal, o dever de indenizar decorreria das cláusulas gerais de responsabilidade civil. Nesse caso, a despeito da suposta função de “execução” do contrato, seriam aplicáveis as objeções já desenvolvidas anteriormente (em particular, a ausência de dano). Também é verdade que o art. 475 do Código Civil, em matéria contratual, prevê expressamente o direito a perdas e danos, quer se deflagre a cláusula resolutiva tácita, quer se persista no cumprimento do contrato – o que poderia abrir margem à mesma interpretação de Antunes Varela, de inspiração germanista, ao direito português. A interpretação daquele autor, porém, vale frisar, não é unânime nem mesmo na doutrina portuguesa.<sup>348</sup> E, de mais a mais, o fato de a chamada “execução pelo equivalente”, embora inspirada na doutrina portuguesa ou alemã, vir sendo cada vez mais dissociada das perdas e danos contratuais pela doutrina brasileira torna particularmente inaudito o seu fundamento normativo.<sup>349</sup>

Mais do que questionar sua adaptação ao direito positivo, porém, parece necessário confrontar a tese da execução do contrato por meio do “equivalente” com o notável desenvolvimento dogmático conferido ao direito das obrigações e, em particular, ao direito contratual pela civilística contemporânea, sobretudo a partir da noção de “obrigação como um processo” proposta por Clóvis do Couto e Silva nos anos 60.<sup>350</sup> A doutrina do direito civil-constitucional, em particular, muito contribuiu para a sistematização da matéria, evitando a exasperação de anacronismos herdados ainda de sua inspiração romanista<sup>351</sup> e compatibilizando o regime legal com a axiologia do sistema (a reformular por completo a relação obrigacional, até então voltada à exclusiva tutela da vontade do credor, convertendo-a em uma relação de efetiva cooperação entre as partes sob uma ótica solidarista<sup>352</sup> – portanto, um espaço de promoção de valores do ordenamento a partir do controle funcional dos interesses das partes<sup>353</sup>).

<sup>347</sup> Veja-se a interpretação geralmente reconhecida à norma: “Caso a prestação tenha, em virtude da mora, se tornado inútil para o credor, a hipótese passará a ser de inadimplemento absoluto e não mais de simples mora. Nestes casos, abre-se uma alternativa para o credor que poderá ou aceitar a prestação acrescida da reparação dos prejuízos que a mora acarretou, ou, provando que a prestação se tornou inútil por causa da mora, rejeitá-la e reclamar perdas e danos” (BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., p. 718). Entre a purga da mora por meio da execução específica e a resolução com cobrança de perdas e danos, afirma-se contemporaneamente a preferência da primeira via, pois, como ressalta Gustavo TEPEDINO, o direito civil contemporâneo busca “tem como preocupação garantir que a prestação, desde que ainda útil ao credor, seja executada especificamente, de modo que a conversão em perdas e danos reste como alternativa subsidiária” (Inadimplemento contratual e tutela específica das obrigações, cit., p. 142).

<sup>348</sup> Tornou-se célebre, por exemplo, a oposição de MENEZES CORDEIRO à posição de Antunes Varela, afirmando que também em caso de resolução do contrato seria cabível a indenização tanto pelo interesse negativo quanto pelo interesse positivo, “cabendo, caso a caso, determinar até onde vão uns e outros” (*Tratado de direito civil português*, vol. II, t. IV, cit., p. 163). O autor aduz que “a limitação das indenizações ao interesse contratual negativo é uma (infeliz) singularidade nacional. Fruto de uma doutrina alemã há muito abandonada na terra de origem, ela conserva-se pelo hábito de manter referências clássicas fora do contexto” (Ibid., p. 162). Ao afirmá-lo, porém, o autor afasta o interesse positivo da teoria da sub-rogação, isto é, da noção de substituição da prestação descumprida por seu valor econômico, que, como se sabe, pressupõe a não resolução do contrato (cf. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, vol. II, cit., p. 275; e, ainda, PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*, cit., p. 644).

<sup>349</sup> Tem-se afirmado que esse fundamento normativo estaria no art. 475 do Código Civil. Nesse sentido, cf. MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade contratual, cit.

<sup>350</sup> SILVA, Clóvis Verissimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006 [1964].

<sup>351</sup> Tais como a lógica da *perpetuatio obligationis* que desnecessariamente subjaz às disposições sobre impossibilidade, ou a tradição dos antigos codificadores de priorizarem a individualização do regime da mora sobre o do inadimplemento absoluto.

<sup>352</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

<sup>353</sup> “A doutrina tradicional [...] definia a tutela da obrigação a partir de uma análise estritamente estrutural, ou seja, mediante a identificação dos sujeitos (quem) e daquilo que se prometeu (o quê). Neste contexto, a análise da função jurídica teria uma importância secundária, surgindo pontualmente naquelas hipóteses em que a lei expressamente chamasse o intérprete a considerar o interesse do credor [...]. Contudo, a doutrina mais moderna, reconhecendo a insuficiência da análise exclusivamente estrutural, destaca que a disciplina da relação obrigacional deve partir prioritariamente da investigação das finalidades que as partes perseguem com o cumprimento da obrigação” (KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais, cit., p. 1-2).

Esse processo perpassou a reconstrução funcional da fronteira entre mora e inadimplemento absoluto, substituindo-se a noção de vontade arbitrária do credor<sup>354</sup> (e de um *ius variandi* entre os remédios cabíveis)<sup>355</sup> pelo critério do interesse útil, objetivamente considerado, sobre a prestação devida<sup>356</sup> – a culminar, no estágio atual, em uma distinção fulcrada no próprio perfil funcional do contrato, segundo a qual a mora torna-se inadimplemento absoluto a partir do momento em que não mais se possa concretizar a síntese de interesses e efeitos ínsita ao negócio.<sup>357</sup> Nesse cenário, a tensão entre execução específica e resolução não apenas deixa de traduzir uma escolha *arbitrária* como também deixa de ser uma *escolha* propriamente dita do credor<sup>358</sup> (mesmo nos casos em que se entenda que apenas a ele caberia deflagrá-la), passando-se a compreender que se cuida de remédios adequados a momentos distintos,<sup>359</sup> determinados por critérios objetivos da própria relação e não pela vontade atual do credor (que pode ter mudado no desenrolar da dinâmica contratual).

Sob essa ótica passam a ser interpretados não apenas o parágrafo único do art. 395 como também a norma do art. 475 do Código Civil, que, ao tratar da cláusula resolutiva tácita, ainda alude ao que “preferir” o credor, possivelmente influenciada pela lógica tradicional que entevia no direito das obrigações verdadeiro estatuto de tutela do titular do direito e potencial punição do devedor impontual.<sup>360</sup> Na perspectiva ora sustentada, não mais se admite que o destino a ser conferido à relação seja ditado pela vontade unilateral do credor,<sup>361</sup> sujeita a oscilações de momento (inclusive diante de eventual valorização ou depreciação das prestações em jogo ao longo da execução contratual); a inteira relação passa a ser regida, ao revés, pelo próprio equilíbrio de interesses inserido pelas partes no contrato<sup>362</sup> e devidamente compatibilizado com os valores do sistema.

Muitos defensores da tese da “execução pelo equivalente” parecem partir dessa perspectiva funcional, afirmando que a hipótese fática de incidência da norma do art. 475 do Código Civil é o inadimplemento absoluto (configurado a partir de critérios objetivos e não da vontade do credor) e jamais a mora, para a qual o remédio

<sup>354</sup> “Embora o credor não possa agir movido por mero capricho, isto é, por valoração discricionária, a inutilidade da prestação deve ser apreciada à luz do concreto interesse perseguido pelo credor na relação obrigacional. A noção de interesse, portanto, confunde-se aqui com a utilidade da prestação para o credor. [...] Se o credor alegar que a prestação se tornou inútil em virtude da mora do devedor deverá provar este fato para rejeitá-la” (BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., pp. 718-719).

<sup>355</sup> Sobre a expressão, cf. o comentário de Antunes VARELA à doutrina alemã (*Direito das obrigações*, vol. II, cit., p. 108, nota 3).

<sup>356</sup> Leciona Gustavo TEPEDINO que, “de acordo com o princípio da utilidade da prestação, consagrado no artigo 395, parágrafo único, do CC/2002, pode o credor enjeitar o cumprimento de obrigação que não lhe tem mais serventia, ou seja, que se tornou imprestável à luz do escopo contratualmente perseguido. [...] Torna-se necessário, antes de mais nada, utilizar parâmetro de valoração objetivamente compatível com a finalidade do negócio, de tal modo que, por exemplo, o perecimento da coisa seja aferido com vistas ao fim específico a que se destina a prestação. Esse aspecto finalístico agrega critério necessariamente subjetivo ao exame da utilidade da prestação, traduzido no atendimento do interesse do credor que, longe de ser arbitrário, é definido pela relação obrigacional” (A assunção de débito cumulativa como instrumento de reforço do vínculo obrigacional. *Soluções práticas de direito*, vol. II. São Paulo: RT, 2012, p. 35).

<sup>357</sup> Perspectiva proposta previamente em SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual, cit., pp. 30 e ss. Cf., ainda, o aprofundado desenvolvimento proposto por SILVA, Rodrigo da Guia. *Remédios ao inadimplemento*, cit., pp. 177 e ss.

<sup>358</sup> Não por força de nenhuma prioridade entre os remédios, mas pela impossibilidade lógica de se configurarem ao mesmo tempo as situações fáticas ensejadoras da execução específica e da resolução (SILVA, Rodrigo da Guia. *Remédios ao inadimplemento*, cit., p. 237).

<sup>359</sup> Para PERLINGIERI, os interesses deduzidos no contrato “são diversos, de maneira que as patologias contratuais são obrigadas a se conformar a tais interesses. Os ‘remédios’ devem ser adequados aos interesses” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 374).

<sup>360</sup> Como analisam Aline de Miranda Valverde TERRA e Gisela Sampaio da Cruz GUEDES, enquanto não configurado o inadimplemento absoluto, eventual pedido de resolução pelo credor sequer se reputa abusivo (como se chegou a afirmar no passado, “quando não se havia abandonado por completo a concepção estrutural do inadimplemento”); há, a rigor, efetiva ausência de direito. Essa perspectiva, “concretizando o princípio constitucional da solidariedade social na esfera contratual, transforma as relações obrigacionais, concebidas inicialmente como o *locus* destinado à perseguição egoísta das satisfações individuais, em espaço de cooperação e solidariedade [...]” (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505*. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 11. Belo Horizonte: Fórum, jan.-mar./2017, p. 111).

<sup>361</sup> Cf. SILVA, Rodrigo da Guia. *Remédios ao inadimplemento*, cit., pp. 233 e ss.

<sup>362</sup> Como se afirmou em outra sede, a perspectiva funcional ou causalista do contrato, com “seu potencial de reunir aspectos muito distintos do contrato (com a ‘força centrípeta’ a que aludia Pugliatti), congregando todo e qualquer componente funcional da avença, longe de ser um problema conceitual a ser temido pelo intérprete, oferece ao julgador uma visão global do negócio, essencial para a identificação do remédio aplicável a cada vicissitude” (SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual, cit., p. 30).

adequado é a execução específica<sup>363</sup> – com o que se concorda plenamente. Interpretam a norma, por outro lado, de forma estritamente literal no que tange à previsão de o credor preferir “exigir o cumprimento”,<sup>364</sup> desconsiderando que a redação do dispositivo, ao aludir apenas a “inadimplemento” (sem especificar se absoluto ou relativo), foi concebida sob um paradigma voluntarista que colocava nas mãos do credor a distinção entre mora e inadimplemento absoluto (justamente o paradigma que o conceito funcional antes referido pretendeu superar). A tese finda, assim, por revivificar a escolha livre e unilateral em favor do credor diante do inadimplemento: uma escolha que no passado se propunha entre a execução específica e a resolução e agora passaria a estar entre a resolução e a suposta “execução pelo equivalente”. Coloca o credor na posição de optar pela alternativa que lhe for mais vantajosa, por vezes até mesmo ansiando pela configuração do inadimplemento absoluto (erigido de infortúnio a verdadeira oportunidade), quando constatar que eventual oscilação de valores das prestações ou outra mudança qualquer de circunstâncias tornaria a “execução pelo equivalente” mais favorável ou oportuna que a própria execução específica. Parece atender mais aos interesses do mercado do que a valores do sistema,<sup>365</sup> olvidando a natureza ilícita do inadimplemento, pelo que poderia receber críticas análogas àquelas dirigidas, com razão, à doutrina da *efficient breach*:<sup>366</sup> se não é jurídico que o devedor possa se beneficiar do inadimplemento, tampouco parece ser lícito ao credor fazê-lo.

A interpretação ora defendida parece decorrer também do art. 236 do Código Civil, em matéria de deterioração culposa do objeto da prestação. De fato, quando a norma prevê ser possível ao credor aceitar a coisa no estado em que se encontra ou exigir seu “equivalente”, apenas remete à mesma alternativa entre a persistência na execução específica do contrato (acompanhada de revisão<sup>367</sup> capaz de restabelecer o desequilíbrio prejudicado pela deterioração) ou a sua resolução.<sup>368</sup> Também neste caso, o recurso à resolução há de passar por um controle funcional, cabendo somente diante da impossibilidade de concretização do programa contratual, hipótese em que a deterioração culposa traduz, em verdade, um tipo de inadimplemento absoluto.<sup>369</sup>

Outra situação que já tem sido reinserida no âmbito do inadimplemento absoluto pela doutrina recente e muito semelhante ao problema da deterioração consiste nos vícios redibitórios. A comparação ajuda a compreender melhor a lógica por trás do regime jurídico da deterioração anterior à tradição: os remédios voltados a esta última não distam das ações edilícias previstas pelo art. 442 do Código Civil: extinção da relação (redibição) ou revisão acompanhada da preservação do cumprimento específico (pretensão estimatória).<sup>370</sup> A comparação também é útil porque, em matéria de vícios, a lei não faz qualquer menção ao suposto “equivalente”, mas prevê apenas a restituição da contraprestação e as perdas e danos (art. 443 do Código Civil),

<sup>363</sup> Nesse sentido, por todos, em oposição expressa à crítica feita no trabalho citado na nota anterior, cf. a minuciosa argumentação de REGIS, Erick. *Execução pelo equivalente em dinheiro*, cit., pp. 60 e ss. O autor alude, ainda, à colocação topográfica do art. 475 do Código Civil como argumento em prol da “execução pelo equivalente” como forma de cumprimento a que se refere o dispositivo.

<sup>364</sup> Afirma-se, nesse sentido, que, “por uma questão de coerência normativa”, “diante de um suporte fático concreto de inadimplemento absoluto, somente *um* tipo de cumprimento será possível: o cumprimento pelo equivalente em dinheiro” (REGIS, Erick. *Execução pelo equivalente em dinheiro*, cit., p. 62. Grifo do original).

<sup>365</sup> A oposição entre essas duas ordens de valores é constantemente destacada pela doutrina civil-constitucional, que alerta para os riscos da substituição do império da lei e dos valores juridicamente protegidos pela lógica de mercado. A respeito, cf. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., *passim* (por exemplo, p. 46).

<sup>366</sup> Sobre o ponto, cf. as considerações de SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*, cit., pp. 363 e ss.

<sup>367</sup> Considera-se que a aceitação da coisa deteriorada pelo credor corresponde a um “novo acordo entre as partes”, porque ele não pode ser obrigado a receber coisa diversa da pactuada (art. 313 do Código Civil) (BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., p. 503).

<sup>368</sup> BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Código Civil comentado*, cit., p. 183.

<sup>369</sup> Em favor da qualificação da *fattispecie* do art. 236 do Código Civil como inadimplemento, cf. BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., p. 504.

<sup>370</sup> Nesse sentido, com amplo amparo bibliográfico, cf. SILVA, Rodrigo da Guia. *Remédios ao inadimplemento*, cit., pp. 182-183.

evidenciando ainda uma vez como o dever de pagar o equivalente pecuniário aparenta ser totalmente alheio ao regime geral das vicissitudes supervenientes imputáveis ao devedor no direito brasileiro. E, não por acaso, também nessa matéria, a melhor doutrina alerta quanto à necessidade de que o vício seja significativo, capaz de comprometer de forma relevante o programa contratual,<sup>371</sup> para que se autorize o remédio da redibição.

A disciplina da evicção é ainda mais clara nesse sentido. As parcelas devidas ao evicto, discriminadas pelo art. 450 do Código Civil, não fazem qualquer alusão ao “equivalente”. A referência ao preço da coisa se faz apenas a título de restituição,<sup>372</sup> naturalmente decorrente (art. 182 do Código Civil)<sup>373</sup> da invalidação do negócio translático do objeto, em decorrência de vício na cadeia de alienações. Apenas se cogita da restituição do preço integral no caso em que este houvesse sido, evidentemente, quitado e em que a evicção tenha sido total; em caso de evicção parcial, a preferência é pela preservação do acordo, reequilibrado pela restituição proporcional do preço, não se admitindo ao credor escolher arbitrariamente pela extinção da avença.<sup>374</sup>

A todo tempo, portanto, o legislador aparenta reproduzir o paralelo entre mora e inadimplemento absoluto em vicissitudes contratuais mais específicas (deterioração prévia à tradição, vícios ocultos descobertos posteriormente, evicção), todas sujeitas ao mesmo controle funcional, que dá preferência à preservação do acordo (acompanhada dos remédios eventualmente necessários a reequilibrar a relação)<sup>375</sup> e condiciona a resolução à falência patente do equilíbrio de efeitos e interesses que as partes haviam previsto para o contrato.<sup>376</sup> Em um direito civil devidamente informado pelos valores do ordenamento, não se confere ao credor o poder de escolher arbitrariamente o remédio que lhe aprouver. Os remédios devem ser adequados ao nível de comprometimento da função negocial a cada momento, sem gozarem de preferência ou excepcionalidade *a priori*, não desempenhando, tampouco, nenhuma função de punição da parte eventualmente culpada pelo

<sup>371</sup> Contemporaneamente, tem-se reconhecido que “os vícios redibitórios traduzem de fato uma garantia, mas uma garantia agarrada ao dever mais amplo de cumprir o contrato *ponto por ponto*, conforme o programa contratual e o princípio da boa-fé objetiva” (GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro: função e estrutura*. Dissertação de mestrado. UERJ, 2013, item 1.2.3). Mais uma vez, na prática, recorre-se à causa como critério de aferição do remédio aplicável.

<sup>372</sup> Não se ignora que o Código Civil de 2002 inovou ao positivar, no parágrafo único do art. 450, que não apenas na evicção parcial (como já ocorria sob o regime anterior), mas também na evicção total, o preço a ser restituído levaria em conta o valor da coisa ao tempo da evicção (incluindo eventual depreciação ou valorização) – o que poderia descaracterizar a natureza restitutória da pretensão do evicto. A norma buscou atender a antigo entendimento jurisprudencial, cujo interesse central era única e exclusivamente o de garantir ao evicto a possibilidade de adquirir um novo bem semelhante ao evencido (cf. BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 80). A natureza restitutória da devolução do preço prevista pelo *caput* do art. 450, porém, continua sendo inequívoca, seja porque se prevê a restituição apenas das parcelas efetivamente quitadas (sem qualquer espaço a que o evicto continue pagando as restantes após a evicção, o que impede que se cogite de uma suposta “execução pelo equivalente”, mesmo porque a evicção pressupõe a invalidade do contrato); seja porque a indenização de possíveis prejuízos já se encontra contemplada pelo inciso II do dispositivo. Nesse sentido, aliás, o art. 449 continua prevendo a restituição do preço efetivamente pago em caso de exclusão de garantia, salvo assunção expressa do risco pelo adquirente, a evidenciar que essa restituição é uma autêntica “devolução da prestação cumprida” (Ibid., p. 77). A melhor interpretação para o parágrafo único do art. 450, portanto, parece ser a de que, por força de simples política legislativa, passou-se a admitir que o cálculo do enriquecimento a ser restituído pelo alienante ao evicto foi modulado de forma diferenciada, levando em conta eventual mais-valia advinda ao bem. Esse tipo de opção normativa não é inédito, como se verifica, por exemplo, na regra do art. 1.222 do Código Civil, que admite que se leve em conta o valor atual ou o valor de custo na restituição ao possuidor de má-fé dos gastos com benfeitorias (hipótese indevidamente caracterizada pela lei como “indenização”). Sobre esse exemplo e a admissão de critérios legais de quantificação do montante a ser restituído distintos do enriquecimento real, cf. SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*, cit., pp. 171 e ss.

<sup>373</sup> Sobre a natureza restitutória do procedimento que a norma do art. 182 do Código Civil denomina como “indenizar com o equivalente”, permita-se remeter às considerações desenvolvidas em SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017, pp. 344 e ss.

<sup>374</sup> A natureza funcional do juízo a ser realizado sobre a pretensão, por parte do evicto, à extinção do contrato é ressaltada por Caio Mário da Silva PEREIRA, segundo o qual exige-se, para tanto, “aquela perda que, em relação à finalidade da coisa, faça presumir que o contrato se não realizaria se o adquirente conhecesse a verdadeira situação” (*Instituições de direito civil*, vol. III, p. 145).

<sup>375</sup> SILVA, Rodrigo da Guia. *Remédios ao inadimplemento*, cit., *passim* e, particularmente, item 3.2.

<sup>376</sup> Sobre a superação da antiga perspectiva de que a resolução seria sempre menos atentatória à autonomia privada do que a revisão, em prol da concepção segundo a qual se cuida de remédios voltados a momentos distintos (reservando-se a resolução à impossibilidade de concretização do programa contratual), permita-se remeter novamente a SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual, cit., pp. 30 e ss.; e, no mesmo sentido, SILVA, Rodrigo da Guia. *Remédios ao inadimplemento*, cit., pp. 237 e ss.

desequilíbrio superveniente da relação.<sup>377</sup>

Paralelamente a isso, por iniciativa não apenas da doutrina, mas do próprio legislador processual civil, cresce flagrantemente a preferência do direito brasileiro pela execução específica, multiplicando-se os meios para sua consecução tanto quanto possível, em deferência ao próprio programa contratual previsto pelas partes.<sup>378</sup> Tornam-se cada vez mais raras as hipóteses em que a prestação não possa ser exigida em forma específica.<sup>379</sup> Meios alternativos de satisfação dos interesses do credor assumem, assim, feição cada vez mais anacrônica e contrária à lógica do sistema, eis que foram historicamente concebidos como remédios à impossibilidade da execução específica: “males necessários”<sup>380</sup> em outros momentos cronológicos, mas não no atual.

Neste ponto, ironicamente, a tese da “execução pelo equivalente”, em vez de prejudicada, talvez tenha sido acidentalmente fomentada por uma confusão conceitual. O termo “execução”, como se sabe, é polissêmico, sobretudo no jargão jurídico; pode designar o cumprimento do contrato pelas partes, como pode também designar específicos procedimentos ou fases de procedimentos judiciais. O uso de expressões como “execução genérica”, “execução específica” e, ainda, “tutela específica” pela doutrina, de forma nem sempre unívoca quanto ao significado pretendido,<sup>381</sup> pode ter contribuído para a confusão entre execução do contrato e medidas judiciais de execução. A própria máxima segundo a qual a obrigação descumprida “se converte” em perdas e danos, se pouco sentido parece fazer à luz do direito material hodierno (sobretudo em se considerando a completa diferença entre as fontes indenizatória e convencional),<sup>382</sup> não deixa de ser procedente processualmente, já que o pedido original de cumprimento específico pode efetivamente se converter em pedido de perdas e danos no decorrer de uma mesma demanda, conforme a mora dê lugar ao inadimplemento absoluto, sem necessidade de ação autônoma.<sup>383</sup> Se essa conversão tem por objeto qualquer

<sup>377</sup> Como leciona Pietro PERLINGIERI, trata-se da consequência da releitura da noção de equilíbrio negocial e dos remédios voltados a tutelá-lo tanto na fase genética quanto na fase dinâmica da relação contratual, a provocar uma ressignificação das normas que os preveem, que perdem seu estatuto de instrumentos regulares ou excepcionais, bem como passam a não admitir uma enunciação apriorística de suas hipóteses de aplicação que não leve em conta as peculiaridades de cada caso concreto e os interesses individuais em jogo (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 409 e ss.).

<sup>378</sup> Leciona Gustavo TEPEDINO: “no direito obrigacional, a regra há de ser a execução específica, relegando à posição secundária a indenização por perdas e danos” (*Autonomia privada e obrigações reais. Soluções práticas de direito*, vol. II. São Paulo: RT, 2012, pp. 60-61).

<sup>379</sup> Afirma-se que o direito civil busca “perseguir, sempre que possível, a execução específica, em favor da efetividade da relação obrigacional, em sua perspectiva dinâmica, funcionalizada aos interesses que o *vinculum iuris* pretende tutelar. Nesta direção parece superarse, pouco a pouco, a ideia da inexecutabilidade específica das obrigações de fazer e não fazer, reforçando-se (não propriamente a posição do credor mas) o interesse merecedor de tutela veiculado por tais espécies de obrigações” (BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., p. 516).

<sup>380</sup> Como afirmava, no direito italiano, Giorgio GIORGI, a “conversão” da obrigação inadimplida em perdas e danos admite-se a partir de um princípio “*ex necessitate tantum*” (*Teoria delle obbligazioni*, vol. II, cit., p. 115).

<sup>381</sup> Ilustrativamente, na doutrina civilista, costuma-se afirmar que, na execução específica, “o credor visa a obter exatamente a prestação prometida. Seu objetivo é conseguir o que é devido”, ao passo que, na execução genérica, o credor “executa bens do devedor, para obter o valor da prestação não cumprida. Procura, numa palavra, o equivalente em dinheiro” (GOMES, Orlando. *Obrigações*, cit., p. 212). A doutrina processualista objeta, porém, que, fosse essa a distinção, seria específica a execução forçada da dívida pecuniária. Afirma, assim, que “genérica é toda a forma de tutela que tenda à obtenção de dinheiro no âmbito da responsabilidade patrimonial do devedor”, ao passo que “tutela específica (categoria que abrange – mas não se limita a – execução específica) é a que visa ao exato resultado jurídico que se teria, se não houvesse a necessidade do processo, em todos aqueles casos em que esse resultado final não consista na mera satisfação de uma dívida pecuniária”, de modo que a obtenção de resultado prático equivalente também traduz tutela específica (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, pp. 229-230).

<sup>382</sup> Como esclarecem Luiz Guilherme MARINONI, Sérgio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO (*Novo curso de processo civil*, vol. II. São Paulo: RT, 2015, p. 844), “as perdas e danos, em uma perfeita dogmática, deveriam equivaler apenas ao valor do dano e não ao valor da prestação inadimplida”.

<sup>383</sup> Dispõe o CPC: “Art. 499. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”. Embora a doutrina processualista costume interpretar a disposição no sentido de que seria livre ao credor a escolha pelas perdas e danos, em se tratando de direito disponível, tal interpretação não parece se coadunar com o conceito funcionalizado de inadimplemento absoluto ora defendido. Sendo a obrigação contratual, a conversão do pedido de tutela específica em perdas e danos pelo credor somente se admite “quando o devedor não cumprir a sentença ou quando a tutela específica for faticamente impossível”, pois “a natureza da prestação contratada não pode ser modificada unilateralmente pelo credor” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, vol. II, cit., p. 845).

“equivalente”, porém, como argutamente observou Michele Giorgianni na doutrina italiana, de forma plenamente aplicável ao direito brasileiro, uma tal equivalência não se estabelece entre as perdas e danos e a obrigação originária, mas sim em relação à extensão do dano decorrente de seu descumprimento.<sup>384</sup>

Mais ainda, a lei processual civil, no intuito de conferir a máxima efetividade possível à busca pela execução específica, confere ao julgador o poder de conceder à parte o cumprimento específico ou que lhe assegure a obtenção de tutela pelo “resultado prático equivalente” (art. 497 do CPC). O art. 499 do CPC chega a dispor que “a obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”. E o art. 536 do CPC, em sede de cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigações de fazer ou não fazer, autoriza ao julgador, de ofício ou a requerimento, determinar medidas que concedam ao exequente o “resultado prático equivalente”. Ao que parece, porém, embora se aluda a uma relação de “equivalência”, inclusive na fase executiva do processo, não se está a tratar do “equivalente” aludido no direito material, nem da “execução” propriamente do contrato. A chave interpretativa da expressão parece repousar no adjetivo “prático”: o que pretendem tais disposições, na verdade, é autorizar ao julgador que, independentemente do pedido deduzido pelo interessado, adote as medidas que permitam a concretização do estado de coisas (prático, fático, concreto) por ele pretendido.<sup>385</sup> Basta pensar na execução da obrigação de fazer por terceiro às custas do devedor<sup>386</sup> e nas outras hipóteses que uma doutrina mais tradicional designava como “reparação *in natura*”,<sup>387</sup> mas que consistem, na prática, na obtenção, custeada pelo devedor, de utilidade idêntica àquela devida<sup>388</sup> (uma interpretação que, nas obrigações de dar, sem dúvida desafia a clássica distinção entre os regimes jurídicos da coisa certa e da coisa incerta, mas por vezes é admitida, nos casos em que a determinação do objeto da obrigação não determina sua infungibilidade<sup>389</sup> e a obtenção de coisa semelhante não se revela excessivamente onerosa ao devedor – por exemplo, no âmbito de relações de consumo, nos termos do art. 18, §1º, I do CDC).

<sup>384</sup> Leciona GIORGIANNI: “Repete-se com frequência que o ressarcimento do dano constitui o equivalente pecuniário da prestação que formava o conteúdo do dever inadimplido. Essa afirmação deve ser sem dúvida entendida somente no sentido de que, do ponto de vista funcional, o dever do ressarcimento do dano opera uma mudança do objeto da prestação na medida em que a soma de dinheiro coloca-se no lugar deste. Mas seria gravíssimo erro pensar que a equivalência deva entender-se no sentido de que essa soma de dinheiro corresponde à valoração pecuniária da prestação inadimplida; ela corresponde, em vez disso, à valoração pecuniária do dano que foi consequência do inadimplemento. E tanto isso é verdade que o dever do ressarcimento do dano pode coexistir com o dever primário (por exemplo, no ressarcimento do dano pela simples mora)” (*L’Obbligazione*, vol. I: La parte generale delle obbligazioni. Milano: Giuffrè, 1968, pp. 169-170. Tradução livre).

<sup>385</sup> Conforme esclarece Eduardo TALAMINI, a obtenção do resultado prático equivalente “tem em mira a obtenção do próprio bem jurídico a que tenderia o cumprimento espontâneo do dever. Presta-se a manter (ou recolocar, quando repressivamente empregada) o curso dos fatos no leito em que devem correr quando não há a transgressão do direito” (*Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, cit., p. 231).

<sup>386</sup> Essa hipótese costumava ser qualificada, pela doutrina majoritária tradicional (capitaneada por Carnelutti), como uma modalidade de “ressarcimento em forma específica”, como relata NICOLÒ, Rosario. *L’adempimento dell’obbligo altrui*. Milano: Giuffrè, 1936, p. 121. Tornou-se conhecida, porém, a posição de Emilio BETTI, segundo a qual o cumprimento por terceiro configura modalidade de execução específica, não consistindo em mera concretização da responsabilidade, mas também propriamente do débito originário do devedor (*Teoria geral das obrigações*, cit., pp. 292-298).

<sup>387</sup> Ilustrativamente, Judith MARTINS-COSTA denomina como reparação *in natura* o seguinte exemplo: “Quando o dano pode ser materialmente reparável (por exemplo, um automóvel modelo Corsa, ano 2002, cor azul, que deveria ser entregue pela concessionária ao comprador, é destruído por um acidente envolvendo o caminhão que o transportava da fábrica à sede da concessionária), a vítima pode ter o bem restituído (no exemplo, pela substituição por um outro automóvel Corsa, ano 2002, cor azul) e, assim, será efetivamente ‘colocada na situação que estaria se o dano não tivesse sido produzido’. Se o devedor não cumpre, por si só, esse dever de reparação, restituindo o bem *in natura*, os Tribunais podem determinar medidas materiais conducentes a este resultado” (*Comentários ao Novo Código Civil*, vol. V, t. II, cit., p. 94).

<sup>388</sup> Segundo Eduardo TALAMINI, a distinção entre execução específica e execução pelo resultado prático equivalente estaria justamente em que a primeira consiste na “busca do resultado final não mediante meios substitutivos da conduta do demandado, mas através da própria conduta do demandado. A ‘especificidade’, nesse caso, vai além do resultado final, abrangendo também o meio para sua consecução. Já no resultado prático equivalente o resultado final (específico) é obtido através de terceiros” (*Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, cit., p. 232).

<sup>389</sup> Sobre a sempre controvertida distinção entre infungibilidade e determinação da coisa (para fins de caracterização de coisa certa ou incerta), cf., por todos, LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 389.

Seria ilógico, nesse sentido, supor que o resultado “prático” equivalente à obtenção de uma prestação de dar coisa certa, fazer ou não fazer consista na entrega de soma em dinheiro pelo devedor.<sup>390</sup> Esse, afinal, não era o resultado “prático” legitimamente esperado pelo credor. A tese da sub-rogação do objeto original do débito pelo seu valor em dinheiro, motivada por questões procedimentais do direito romano – no qual a interdependência entre direito material e tutela processual dispensa maior desenvolvimento –, parece repercutir ainda hoje nesse desvio de perspectiva, conquanto há muito se alerte que, no modelo quirritário, havia uma diferença entre débito (primário) e obrigação (apenas esta, do ponto de vista da execução forçada, “vinculante”), na contramão do direito moderno.<sup>391</sup> A questão aparenta culminar, assim, nas críticas ainda hoje dirigidas pela doutrina aos excessos da teoria dualista da obrigação, que, ao conferir grande peso à responsabilidade,<sup>392</sup> acaba enfatizando desmesuradamente o momento patológico da relação, ao mesmo tempo em que relega a prestação, justamente o que traduz o interesse do credor, a um âmbito quase não jurídico.<sup>393</sup>

Atentando-se a essa perspectiva, parece razoável inferir que, quando a lei processual diferencia entre execução específica e resultado prático equivalente, em verdade estabelece a distinção entre o deferimento do pedido exato formulado pelo credor e a concessão, ainda que de ofício, de uma medida que, embora distinta, proporcione ao credor o mesmo resultado prático.<sup>394</sup> Em ambos os casos, há execução específica.<sup>395</sup> Nem faria sentido que coubesse ao legislador processual autorizar que o juiz concedesse, mesmo sem requerimento, a execução de uma suposta quantia em pecúnia – pretensão que, no plano material, seria estrutural e funcionalmente distinta do cumprimento do contrato (o pedido efetivamente deduzido pelo interessado).

Retornando-se à análise estrita de direito civil, parece possível afirmar, em termos simples, não ser razoável sustentar que a prestação do equivalente pecuniário pelo devedor possa ocorrer a título de cumprimento de um contrato que simplesmente não a previa. Como atribuir essa prestação à fonte convencional, se não pela

<sup>390</sup> Como observa, no direito italiano, Michele GIORGIANNI, há que se estabelecer uma distinção entre a excussão forçada dos bens do devedor com a execução forçada de uma obrigação, pois “o terreno em que, na fase executiva, opera a responsabilidade patrimonial é mais restrito do que aquele em que opera a execução forçada” (*L’Obbligazione*, cit., p. 166. Tradução livre). Prossegue o autor: “a responsabilidade patrimonial, concretizando-se na expropriação forçada dos bens do devedor, é idônea a realizar o interesse do credor somente quando o objeto do crédito era originariamente uma soma de dinheiro, ao passo que a execução forçada é idônea a realizar o referido interesse originário não apenas nessas hipóteses, mas também em todos os casos em que ela atua ‘de forma específica’, isto é, como execução para obter coisas ou fatos determinados” (*Ibid.*, p. 168. Tradução livre).

<sup>391</sup> A questão é analisada a fundo por Emilio BETTI, que alerta: “no Direito romano clássico, o evento pelo qual o obrigado aparece, em última análise, como responsável – ou seja, o evento por cuja não verificação ele se arrisca à execução forçada – nunca é a exata execução da prestação devida originalmente, mas o ressarcimento na medida em dinheiro dessa prestação” (*Teoria geral das obrigações*, cit., p. 319), ao passo que o direito moderno é “perfeitamente antitético” ao direito romano, exigindo que o credor postule sempre, em princípio, “o adimplemento exato da própria prestação” e que apenas excepcionalmente possa pedir de imediato “o ressarcimento do dano derivado da inadimplência, isto é, da não satisfação do interesse que a prestação não executada representava para o credor” (*Ibid.*, pp. 322-323). Sobre essa leitura da obrigação romana, que a distingue da noção de débito, atribuída a Alois Brinz, cf. também, com diversas referências, ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*, vol. II, t. I, cit., pp. 24-25, nota 43.

<sup>392</sup> Como anota Fábio Konder COMPARATO, “para Brinz, a obrigação não é absolutamente uma relação de dever, mas um estado de sujeição. O devedor não é aquele que deve alguma coisa, mas aquele que responde pessoalmente, como objeto de satisfação do credor, para o caso de não cumprimento da prestação. Esta não é, portanto, o objeto desse vínculo de responsabilidade, mas muito mais a sua razão de criação. Por conseguinte, o dever de cumprir a prestação, originando-se propriamente da moral, encontra-se fora de todo vínculo obrigacional” (*Essai d’analyse dualiste de l’obligation en droit privé*. Paris: Dalloz, 1964, pp. 10-11. Tradução livre).

<sup>393</sup> No direito italiano, por exemplo, Rosario NICOLÒ considera que o foco no momento da responsabilidade converte a obrigação em uma “entidade evanescente” (*L’adempimento dell’obbligo altrui*, cit., p. 50). Entre nós, Fernando NORONHA, apoiando-se na lição de Adolfo Di Majo, pondera: “O momento coercitivo é essencial à norma jurídica, mas estar obrigado é algo mais do que a sujeição à execução patrimonial. [...] De resto, o mais importante na obrigação não é o momento de responsabilidade, é o dever de realizar a prestação. Aquilo em que o credor está interessado, é a prestação, e não a responsabilidade patrimonial do devedor; por isso o que as medidas coercitivas visam obter em primeiro lugar é a realização dessa prestação” (*Direito das obrigações*, cit., p. 163).

<sup>394</sup> Como analisa Rodrigo da Guia SILVA, “a doutrina processualista costuma compreender a abertura do art. 497 do CPC para a tutela pelo resultado prático equivalente como uma opção legislativa pela flexibilização da exigência de congruência entre pedido e sentença, de modo a legitimar que o magistrado conceda mecanismos de tutela que não tenham sido previstos de modo expresso pela parte” (*Remédios ao inadimplemento*, cit., p. 213).

<sup>395</sup> Cite-se, ainda uma vez, Rodrigo da Guia SILVA, para quem “identifica-se a autêntica convergência entre as noções de tutela específica e tutela pelo resultado prático equivalente” (*Remédios ao inadimplemento*, cit., pp. 213-214).

admissão de uma dificilmente caracterizável vontade tácita das partes? Não por acaso, os exemplos da “execução pelo equivalente” costumam ser formulados com base em contratos de permuta, nos quais uma das prestações de dar vem a ser substituída pelo equivalente pecuniário.<sup>396</sup> Fosse o exemplo de uma compra e venda na qual o dever do vendedor foi descumprido ou impossibilitou-se culposamente, seria preciso afirmar que a troca do preço pelo seu equivalente pecuniário consistiria em autêntico “cumprimento” do contrato, em sacrifício da constatação de que nenhum contrato parece ter por função o intercâmbio puro e simples (isto é, desacompanhado de qualquer outra utilidade) entre duas prestações em dinheiro.<sup>397</sup>

Esta parece ser uma consequência inevitável de uma perspectiva funcional ou causalista sobre o contrato: a valorização do perfil dinâmico do acordo rechaça a adoção de quaisquer medidas que contrariem, na prática, a síntese de efeitos e interesses validamente pactuada. Em célebre estudo na doutrina italiana, Salvatore Pugliatti já afirmava que a causa do contrato exercia uma espécie de “força centrífuga”, intensa o suficiente para expulsar quaisquer remédios inadequados à concretização do seu programa de interesses.<sup>398</sup> O triunfo da perspectiva causalista é também, cada vez mais, o triunfo da execução específica – e, por via de consequência, da extinção contratual quando ela não se faz possível, sem que se recorram a meios voltados à preservação do vínculo contratual a todo custo.<sup>399</sup>

Semelhante tendência à resolução diante da impossibilidade da execução específica, aparentemente incompatível com a tese da “execução pelo equivalente”, talvez fosse posta em dúvida, mais uma vez, no caso das obrigações não oriundas de contratos sinalagmáticos.<sup>400</sup> Uma primeira resposta a esse argumento, porém, repousa na norma do já mencionado art. 395, parágrafo único do Código Civil, que, prevista na teoria geral das obrigações para qualquer modalidade de débito não pecuniário, prevê apenas a alternativa entre a execução específica e a “rejeição” da prestação pelo credor (bem compreendida, em perspectiva contemporânea, como uma resolução modulada por critérios objetivos e funcionais). Assim também a norma do art. 236 do Código Civil, igualmente aplicável a obrigações de fontes diversas, reproduz a mesma alternativa lógica entre execução do contrato (ainda que mediante revisão) e resolução.<sup>401</sup>

<sup>396</sup> Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, por exemplo, propõe o exemplo de uma permuta entre um automóvel pertencente à parte “A” e uma camioneta pertencente à parte “B”, sendo que esta última vem a ser destruída em incêndio antes da data aprazada para entrega. Se o incêndio for imputável ao devedor, diz o autor, “o credor pode dar execução ao contrato, mantendo a sua prestação (transferência do automóvel a “B”), e exigir de “B” o equivalente da camioneta destruída, mais perdas e danos (art. 234, 2ª parte)” (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., pp. 103-104).

<sup>397</sup> Ilustrativamente, o mútuo oneroso, embora pareça ostentar essa configuração, tem na verdade como aspecto integrante de sua causa o lapso temporal determinado ou suficiente à utilidade do empréstimo de consumo, não se confundindo, assim, com uma relação de alienação, isto é, com a simples transferência definitiva de numerário à outra parte (BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPELINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, cit., p. 247).

<sup>398</sup> Em feliz representação, Salvatore PUGLIATTI afirma que a causa costuma representar, no momento fisiológico da relação, uma “força centrípeta”, vale dizer, um núcleo que tende a atrair para si todos os elementos que compõem o negócio jurídico – aí incluídos não apenas os elementos essenciais, como também aspectos acessórios quanto ao tipo, mas relevantes para as partes. “A causa é um elemento – permita-se a imagem – que normalmente, permanecendo oculta e em quietude, exprime uma considerável força coesiva e atrativa sobre os elementos constituintes da estrutura do negócio, e ainda uma força centrípeta sobre determinações acessórias do conteúdo deste”. No entanto, “quando, em virtude de forças externas, [a causa] é obrigada a abandonar o seu normal estado de quietude e se manifestar, tem a força de destruir o inteiro complexo contratual ou, desenvolvendo em força centrífuga a primitiva força centrípeta, de excluir, ao menos, do conteúdo do negócio aqueles efeitos que são incompatíveis com ela” (Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico. *Diritto civile: metodo-teoria-pratica*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 114. Tradução livre).

<sup>399</sup> A essa tendência de se preservar a relação contratual à revelia do seu perfil funcional já denominou, em outra sede, uma espécie de “obstinação terapêutica” do contrato (SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual, cit., item 5). Na ocasião, avaliou-se a respeito da chamada “execução pelo equivalente”: “Parece difícil, nesse cenário, denominar de “execução” do contrato um procedimento tão interventivo sobre a síntese de interesses nele insculpida” (Ibid., p. 46).

<sup>400</sup> Nessa direção, cf. a defesa da tese da “execução pelo equivalente” desenvolvida por OLIVEIRA, Rafael Mansur de. *Execução pelo equivalente pecuniário*, cit., item 2.2, que sustenta que os credores fora do âmbito de contratos sinalagmáticos estariam totalmente desprotegidos contra o inadimplemento, nos casos em que deste não decorra dano, caso não lhes seja assegurado esse remédio.

<sup>401</sup> Nesse sentido, por exemplo, cf. BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Código Civil comentado*, cit., p. 183.

Não se ignora que, em matéria de perda e deterioração da *res debita*, o legislador brasileiro, desde a codificação anterior, parece ter sido influenciado pela ideia de perpetuação da obrigação,<sup>402</sup> apenas cogitando da resolução nos casos não imputáveis ao devedor – uma questão que, curiosamente, é pouco destacada pela doutrina recente, a qual geralmente só se refere à *perpetuatio obligationis* para tratar da responsabilidade agravada do devedor em mora (art. 399 do Código Civil).<sup>403</sup> Se a perpetuação da obrigação (e a tese da sua “transformação”), porém, já parecia inadequada ao tempo da codificação justinianeia,<sup>404</sup> sua preservação nos ordenamentos que, como o brasileiro, reconhecem a cláusula resolutiva tácita nos contratos aparenta ser de todo artificial, verdadeira antinomia no sistema. E, se tantas hipóteses análogas de vicissitudes imputáveis ao devedor reconhecem que a extinção do contrato é o remédio adequado diante da impossibilidade do cumprimento específico, não se vislumbra razão lógica ou valorativa para admitir que, em qualquer hipótese, a obrigação seja preservada para fins de um cumprimento “alternativo”, na forma do chamado “equivalente”.

Mesmo no caso de obrigações oriundas de contratos unilaterais ou de negócios unilaterais, a perspectiva causalista antes enunciada parece rejeitar qualquer tipo de solução que, afirmando consistir em execução do débito, contrarie a função negocial. De todo modo, os exemplos de obrigações nesses casos são tão particulares que a eventual construção de soluções específicas para eles não parece ser capaz de refutar as considerações anteriores. Pense-se na obrigação do doador, que, de acordo com o art. 552 do Código Civil, não se responsabiliza ordinariamente nem pela evicção, nem pelos vícios redibitórios, nem mesmo por juros moratórios – justamente a contraparte histórica, nas obrigações pecuniárias, da figura das perdas e danos, nas quais o “equivalente” costumava estar inserido –, além de responder unicamente por dolo; é evidente que a sua situação jurídica é absolutamente *sui generis*. Assim também a obrigação do herdeiro de cumprir o legado de coisa certa: o art. 1.923 atribui, desde a abertura da sucessão, a titularidade sobre a coisa legada ao legatário, cabendo aos herdeiros apenas imiti-lo na posse; nada mais natural que essa obrigação receba um tratamento mais próximo ao da obrigação de restituir, de modo que o art. 1.936, coerentemente, determina que os riscos da coisa correm por conta do legatário. No que tange às obrigações de fonte legal, retornar-se-á a elas no item a seguir.

## 7. Uma proposta hermenêutica: o “equivalente” e a fonte restitutória

A investigação acima desenvolvida leva a crer que, à luz do direito civil contemporâneo, particularmente nos desenvolvimentos que conferiu ao conceito de responsabilidade civil e de inadimplemento contratual, a figura do “equivalente” não parece se enquadrar adequadamente nem como parcela integrante das perdas e danos, nem como modalidade “alternativa” de execução do contrato. Ainda que se concorde com todas as premissas até aqui apresentadas, porém, chega-se à evidente necessidade de explicar qual seria o sentido da expressão “equivalente” adotada pelo Código Civil. Afinal, seu uso pelo legislador em mais de uma ocasião não permite ao intérprete que a repute simplesmente como não escrita. Há que se encontrar uma aplicação útil e sistematicamente adequada para ela.

<sup>402</sup> É esta a interpretação, por exemplo, de MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Responsabilidade contratual, cit., p. 413.

<sup>403</sup> A título ilustrativo, a expressão só é mencionada na obra de PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. II, cit., pp. 294, 295, 298, 339) a respeito da mora do devedor, mas não no tratamento particularizado da impossibilidade culposa.

<sup>404</sup> Como avalia Reinhard ZIMMERMANN, “a *perpetuatio obligationis* perdera sua função, mas foi, não obstante, ainda assim incorporada ao *Corpus Iuris Civilis*, e, logo, sem nenhuma surpresa, intrigou as gerações subsequentes de juristas” (*The Law of Obligations*, cit., pp. 807-808. Tradução livre). No mesmo sentido, MOTA PINTO: “a ficção da *perpetuatio* parece ter-se tornado desnecessária ainda no tempo de Justiniano, pelo alargamento das possíveis bases para a responsabilidade”, sobretudo com a “admissão de uma pretensão do credor à execução *in natura* da prestação” (*Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. II, cit., pp. 1494-1495).

Uma solução possível para o impasse parece ser oferecida pela terceira e última das fontes gerais de obrigações, conforme a classificação mencionada na introdução deste estudo: a fonte restitutória,<sup>405</sup> isto é, o conjunto das obrigações funcionalmente voltadas a desfazerem o enriquecimento injusto.<sup>406</sup> Como se sabe, de princípio geral do direito sob o Código Civil de 1916, o enriquecimento sem causa foi erigido a cláusula geral no art. 884 da codificação atual, servindo de base para uma miríade de hipóteses fáticas ensejadoras do dever de restituir, que convivem lado a lado com previsões normativas específicas desse dever em diversas matérias<sup>407</sup> – da mesma forma como as cláusulas gerais deflagradoras da responsabilidade civil (*caput* e parágrafo único do art. 927 do Código Civil) convivem com inúmeras previsões particulares do dever de indenizar pelo legislador, por vezes com a adição ou subtração de requisitos para a sua configuração em casos específicos.<sup>408</sup>

Como poderia o “equivalente” ser vinculado à fonte restitutória? Um caminho possível parece ser o de se reconhecer que a imensa maioria das obrigações não pecuniárias, em particular as de dar coisa certa, decorrem de contratos e que a resolução destes, diante do inadimplemento absoluto ou de vicissitudes análogas, determinará, via de regra, a restituição de eventual contraprestação que o credor lesado houvesse pagado ao devedor. Ora, ainda que ostentem valores pecuniários distintos, a prestação descumprida e a contraprestação a ser restituída, unidas por um liame sinalagmático, traduzem uma “equivalência”: no equilíbrio de interesses informado pela função negocial, uma é a razão de ser da outra.<sup>409</sup> Eis o “equivalente” a ser eventualmente restituído ao credor pelo devedor inadimplente:<sup>410</sup> a contrapartida da prestação faltosa, que, no concreto equilíbrio de interesses do contrato, desempenhava papel de igual “valor”.<sup>411</sup>

Evidentemente, muitos serão os casos em que não haverá contraprestação a restituir ao credor lesado. Pode ocorrer que este ainda não houvesse pagado o que devia ao seu devedor; pode, ainda, ocorrer que a obrigação não fosse oriunda de um contrato sinalagmático, ou sequer fosse oriunda de um contrato. Pode até mesmo ocorrer que, no caso concreto, o delicado equilíbrio dos interesses em jogo determine ao julgador que module as consequências da resolução, obstando a restituição da integralidade ou de parte das contraprestações pagas pelo credor que requer a resolução.<sup>412</sup> Da mesma forma como se considera majoritariamente que o dever de pagar perdas e danos pelo inadimplemento, embora previsto expressamente por lei, apenas se verifica

<sup>405</sup> Definida por Fernando NORONHA como a categoria de obrigações que se contrapõem “à responsabilidade civil, na medida em que esta tem por função reparar danos, isto é, reduções ou diminuições registradas no patrimônio, ao passo que o enriquecimento sem causa tem por finalidade remover de um patrimônio os acréscimos patrimoniais indevidos – indevidos porque, segundo a ordenação jurídica de bens, deveriam ter acontecido noutra patrimônio (ao qual estavam juridicamente reservados)” (*Direito das obrigações*, cit., p. 443). Ainda sobre a possibilidade de se enquadrar o enriquecimento sem causa como fonte de obrigações, particularmente a “obrigação de restituir aquilo que foi indevidamente objeto de locupletamento”, cf. KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEPEDINO, Gustavo. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 369.

<sup>406</sup> Sobre a noção contemporânea de enriquecimento sem causa como “enriquecimento injusto”, isto é, como produto de um juízo de merecimento de tutela, cf. SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*, cit., *passim* e, particularmente, item 2.3.2.

<sup>407</sup> Sobre esse modelo, pautado pela coexistência de uma cláusula geral com previsões específicas do dever de restituir, remeta-se, ainda uma vez, ao estudo de SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*, cit., pp. 30 e ss.

<sup>408</sup> Cf. SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Prazo prescricional da pretensão restitutória no direito brasileiro: o exemplo da restituição decorrente da resolução do contrato de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 30, n. 134, mar.-abr./2021, item 1.

<sup>409</sup> Sobre o conceito de sinalagma ora adotado, cf. a lição de BODIN DE MORAES, Maria Celina. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro. *Revista Forense*, vol. 309. Rio de Janeiro: Forense, mar./1990, segundo a qual “o nexo de sinalagmaticidade, isto é, o particular coligamento jurídico entre os efeitos do contrato, indica o nexo funcional existente entre os recíprocos interesses dos contraentes” (p. 41). Mais recentemente, cf. SILVA, Rodrigo da Guia. A renovada bilateralidade contratual: por uma releitura do sinalagma no paradigma da heterointegração dos contratos. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, vol. 25, n. 2, 2019, p. 14, segundo o qual “restará configurado o sinalagma sempre que houver prestações (ou polos prestacionais) igualmente relevantes para a promoção do resultado útil do contrato”.

<sup>410</sup> Conforme sustentado previamente em SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual, cit., p. 47.

<sup>411</sup> Vale registrar que o uso do termo “equivalente” como sinônimo de correspondente nos contratos sinalagmáticos é conhecido na doutrina em língua portuguesa. Cf. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, vol. I. Coimbra: Almedina, 2018, p. 404.

<sup>412</sup> Sobre essa restrição do efeito restitutório, cf., por todos, SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*, cit., pp. 301 e ss.

diante da configuração de efetivo dano passível de ressarcimento,<sup>413</sup> também a restituição do “equivalente” (isto é, de eventual contraprestação paga) só se aplica uma vez reunidos os requisitos configuradores do dever de restituir. Parece conveniente, nesse diapasão, evitar a terminologia, que se tem popularizado ultimamente, que alude a um “efeito indenizatório” e a um “efeito restitutivo” da resolução.<sup>414</sup> Em rigor, eventuais deveres de indenizar e de restituir dependem de requisitos distintos e decorrem de fatos plenamente autônomos à resolução do contrato; esta afigura-se, quando muito, a oportunidade para que eles ocorram.<sup>415</sup> Perfeitamente possível, assim, que a resolução se dê sem que a acompanhem os fatos “dano injusto” e “enriquecimento injusto” que originam as respectivas situações jurídicas subjetivas indenizatória e restitutória.<sup>416</sup>

Uma possível vantagem da interpretação ora proposta reside em não se acrescentar nenhuma consequência nova que já não seja amplamente reconhecida no regime jurídico do inadimplemento e das *fattispecie* a ele análogas. Não parece, com efeito, haver divergência significativa na doutrina quanto ao dever, em regra, do devedor inadimplente de restituir ao credor, em caso de resolução, o que recebeu a título de contraprestação.<sup>417</sup> Esse dever não precisa ser especificamente previsto em lei, decorrendo da própria natureza da resolução e, antes de tudo, da vedação ao enriquecimento injusto (art. 885 do Código Civil); mas o reconhecimento de previsões específicas do dever de restituir em nada parece prejudicar o entendimento atual.<sup>418</sup> E não é incomum que a jurisprudência interprete a alusão legal ao “equivalente” no sentido ora defendido.<sup>419</sup>

Outra vantagem parece estar na preservação da coerência sistemática no uso do próprio termo “equivalente” pela lei. De fato, ao tratar das consequências da invalidação dos negócios jurídicos, o art. 182 do Código Civil determina que, “anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restitui-las, serão indenizadas com o *equivalente*”. Se a hipótese difere drasticamente das vicissitudes supervenientes que podem conduzir à resolução no que diz respeito às suas causas, sua lógica é muito próxima quanto à consequência: o desfazimento de efeitos práticos produzidos pelo negócio.<sup>420</sup> Não havendo mais título justificativo das prestações feitas pelas partes, seja por força de vício originário, seja pela ocorrência de circunstância superveniente autorizadora da resolução da avença, a manutenção do que cada parte auferiu em cumprimento do negócio ensejaria, em regra, enriquecimento injusto, pelo que,

<sup>413</sup> Sobre a imprescindibilidade do dano para a configuração do dever de indenizar, cf. as considerações e referências reunidas, na doutrina recente, por RODRIGUES, Cássio Monteiro. *Reparação de danos e função preventiva da responsabilidade civil: parâmetros para o ressarcimento de despesas preventivas ao dano*. *Civilistica.com*, v. 9, n. 1, 2020, item 1.

<sup>414</sup> Cf., ilustrativamente, AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Resolução dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 266.

<sup>415</sup> Crítica subscrita por SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*, cit., pp. 299 e ss.

<sup>416</sup> Sobre a noção de situação jurídica subjetiva como efeito de um fato jurídico específico, cf. as considerações e referências reunidas em SOUZA, Eduardo Nunes de. *Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos*. *Civilistica.com*, a. 4, n. 1, 2015.

<sup>417</sup> Ilustrativamente: “Os efeitos da resolução são, no caso, *ex tunc*. [...] Deverão, em consequência, realizar as restituições recomendáveis, para restaurar-se o equilíbrio afetado pelo inadimplemento, restabelecendo-se, em termos, o prístino estado” (BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 252).

<sup>418</sup> Sobre o ponto, cf. SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*, cit., pp. 138 e ss.

<sup>419</sup> Ilustrativamente, em hipótese de compra, no atacado, de grandes quantidades de sabão e detergente, tendo ocorrido a ruptura do estoque do fornecedor e o conseqüente inadimplemento da obrigação, já se decidiu que o “equivalente” a que alude o art. 234 do Código Civil correspondia à “devolução da quantia paga”, que não prejudicava o direito à indenização das perdas e danos (TJRJ, Ap. Civ. 0007852-29.2017.8.19.0211, 17ª C.C., Rel. Des. Marcia Ferreira Alvarenga, julg. 4.10.2020). No mesmo sentido, em uma compra de mobiliário que foi parcialmente cancelada, de forma unilateral, pelo fornecedor, também sob alegação de falta de estoque, julgou-se que a “devolução do valor equivalente do produto” consistiria no “estorno do valor da compra” (TJRJ, Ap. Civ. 0003963-71.2020.8.19.0208, 11ª C.C., Rel. Des. Fernando Cerqueira Chagas, julg. 15.6.2021). Vale, ainda, destacar uma hipótese de compra e venda imobiliária em que, tendo ocorrido o inadimplemento por parte da vendedora, reconheceu-se que o adquirente fazia jus à restituição dos valores pagos a título de “equivalente”, mas se arbitraram as perdas e danos de forma bastante particular (a saber, no montante da valorização que o imóvel sofrera, mas apenas na proporção do percentual do preço que já havia sido quitado ao tempo do inadimplemento) (TJSP, Ap. Civ. 1022366-56.2013.8.26.0100, 1ª C.D.Priv., Rel. Des. Francisco Loureiro, julg. 5.2.2018).

<sup>420</sup> Sobre o ponto, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. *De volta à causa contratual*, cit., item 3, onde se comparam as consequências práticas da declaração de nulidade do contrato com as vicissitudes supervenientes que podem advir à relação contratual.

ordinariamente, impõe-se sua restituição para um efetivo retorno *in statu quo ante*.<sup>421</sup> Como se sustentou em outra sede, a despeito do uso do termo “indenizadas”, a interpretação mais razoável para a norma do art. 182 é a de que ela impõe a *restituição* do que cada parte recebeu em cumprimento do negócio.<sup>422</sup>

A interpretação ora proposta parece aplicável a todas as ocorrências do termo “equivalente” analisadas neste estudo. Nas obrigações de dar coisa certa, se a coisa devida se perder por culpa do devedor, responde ele pelo “equivalente”, mais perdas e danos (art. 234 do Código Civil): isto é, como a relação será resolvida, além de precisar restituir a contraprestação que eventualmente tenha recebido (o que também ocorre na impossibilidade fortuita, já que a restituição do enriquecimento injusto independe de culpa do enriquecido), também arcará com eventuais perdas e danos (se, evidentemente, reste comprovado dano efetivo ao credor – consequência que apenas se aplica havendo culpa, já que a responsabilidade contratual é, em regra, subjetiva).<sup>423</sup>

Se a coisa devida se deteriora por culpa do devedor (art. 236 do Código Civil), prefere-se, em princípio, que o negócio seja cumprido, tanto quanto possível, tal qual foi concebido, assegurando-se ao credor que, ao aceitar a coisa no estado em que se encontra, poderá pleitear a revisão da avença para obter o abatimento proporcional do preço. Ainda quando o credor fica com a coisa deteriorada, houve, afinal, inadimplemento<sup>424</sup> – e a revisão se presta, nesse sentido, a remediá-lo.<sup>425</sup> Se, porém, a deterioração for tal que comprometa gravemente o equilíbrio contratual,<sup>426</sup> de modo a configurar efetivo inadimplemento absoluto por parte do devedor, admite-se que o credor pleiteie a resolução<sup>427</sup> do contrato, hipótese em que poderá exigir, via de regra, a restituição integral da contraprestação paga (o “equivalente”).

Na obrigação de restituir (art. 239 do Código Civil), se a coisa se perder por culpa do devedor, deverá ele arcar com valor da coisa perante o proprietário (em geral, o credor da obrigação); mas assim o fará a título de perdas e danos, bem como ficará obrigado a indenizar outros eventuais prejuízos.<sup>428</sup> O pagamento de contraprestação pelo credor (a ser restituída pelo devedor sob a alcunha de “equivalente”), por sua vez, é mais raro nesses casos pois, em geral, na obrigação de restituir, a coisa se encontra em poder do devedor no interesse deste. Mas basta pensar, por exemplo, em um depósito oneroso para concluir que pode ter havido contraprestação – a ser restituída, ainda que parcialmente, com a perda culposa da coisa depositada.

<sup>421</sup> Sobre o dever de restituir deflagrado tanto pela invalidade do negócio jurídico quanto pela resolução contratual, cf., na doutrina recente, o estudo aprofundado de SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*, cit., item 2.3.1.

<sup>422</sup> Cf., sobre o ponto, com a indicação da controvérsia doutrinária em torno do tema, cf. SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., pp. 262 e 345-346.

<sup>423</sup> Como representantes dessa interpretação na doutrina atual, cf., entre outros: NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*, cit., p. 88: “A rigor, no conceito de perdas e danos já estão inseridos todos os prejuízos, inclusive, claro, a devolução do que o credor tiver previamente desembolsado pela coisa, que a norma [do art. 234 do Código Civil] chama de ‘equivalente’. Caso, contudo, o credor ainda não tiver pago pela coisa, mas esta se perder, o devedor não deverá responder com o ‘equivalente’ em dinheiro, pois, se assim fosse, o credor iria desfrutar de vantagem econômica com a perda da coisa, o que não se admite”; e, ainda, BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Código Civil comentado*, cit., p. 182: “Não se deve concluir que o bem seja de propriedade do devedor até o momento da entrega. [...] Dessa forma, a conclusão extraída do [art. 234 do Código Civil] é que o legislador impõe ao proprietário – credor ou devedor – o prejuízo decorrente da perda do bem (‘a coisa perece para o dono’), se não houver culpa do devedor. E, se ele for culpado, a segunda parte do dispositivo o obriga a indenizar o credor. Nessa hipótese, se o proprietário do bem for o credor – em um contrato de comodato, por exemplo –, poderá postular indenização do devedor e entre as perdas e danos estará o valor do próprio bem que pereceu”.

<sup>424</sup> Afirmando expressamente BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., p. 504.

<sup>425</sup> Sobre a revisão contratual como um remédio possível para o inadimplemento relativo, cf. a tese de SILVA, Rodrigo da Guia. *Remédios ao inadimplemento*, cit., item 3.2.

<sup>426</sup> Uma exigência que já tem sido reconhecida na doutrina brasileira – cf., por todos, a lição de Caio Mário da Silva PEREIRA: “Acrescenta a doutrina que há de ser ponderável a deterioração, pois não seria curial pudesse enjeitá-la o credor por uma danificação de pouca monta” (*Instituições de direito civil*, vol. II, cit., p. 52).

<sup>427</sup> Fala-se mesmo em “desistência” do negócio pelo credor (BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Código Civil comentado*, cit., p. 183).

<sup>428</sup> Nesse sentido, entre outros: BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Código Civil comentado*, cit., p. 185.

O caso das obrigações alternativas é muito mais complexo, porque, nestas, o legislador se refere ao “valor da prestação” de forma explícita, claramente inspirado pela doutrina tradicional do “equivalente”. Lamentar a escolha redacional, neste ponto, é de pouca valia. Parece possível, porém, propor uma interpretação coerente também para essas normas. Se nenhuma das prestações puder ser cumprida por culpa do devedor e não competisse ao credor a escolha (art. 254 do Código Civil), isso significa que, impossibilitada a primeira prestação, a obrigação automaticamente se concentrou na segunda.<sup>429</sup> Impossibilitada, porém, também esta última prestação, ocorrerá exatamente o mesmo que nas obrigações de dar coisa certa: ao devedor caberá restituir o que eventualmente tenha recebido ao credor. Razoável, nesse sentido, interpretar que a alusão, pela lei, ao “valor da que por último se impossibilitou” significa que, qualquer que tenha sido a contraprestação alvitada pelas partes, com a concentração automática das prestações alternativas ela passou a traduzir a contrapartida da última prestação que restara (já que a obrigação passa a ser tratada como simples).

Se a escolha cabia ao credor e uma das prestações se impossibilitou por culpa do devedor (art. 255 do Código Civil, primeira parte), poderá o credor exigir a prestação subsistente (isto é, admitir que a obrigação se concentre nesta última – prerrogativa que lhe assiste – e exigir seu cumprimento específico) ou cobrar o valor da prestação impossibilitada (vale dizer, pleitear a resolução do contrato<sup>430</sup> e receber a restituição de eventual contraprestação paga, que simbolizava, em rigor, o “valor” avençado pelas partes para qualquer das duas prestações – inclusive a que se impossibilitou). A admissão apriorística do remédio resolutorio, neste caso, parece decorrer de uma presunção, pela lei, de que a supressão culposa da prerrogativa de escolha por parte do credor desequilibra irremediavelmente o programa contratual;<sup>431</sup> sendo, porém, possível preservar o equilíbrio contratual com a prestação que subsiste, admite-se que o credor a aceite, assim como, *mutatis mutandis*, admite-se ao credor da obrigação de dar coisa certa que aceite a coisa deteriorada no estado em que estiver (em ambos os casos, com a reparação de eventuais danos que a culpa do devedor lhe tenha acarretado).

Por outro lado, cabendo a escolha ao credor e impossibilitadas ambas as prestações por culpa do devedor (art. 255 do Código Civil, *in fine*), dispõe a lei que o credor poderá reclamar o valor “de qualquer das duas”. A *mens legislatoris* é clara: parte-se do “equivalente” como substituto da obrigação, supondo que um remédio ao desequilíbrio decorrente do inadimplemento pudesse ser usado como modo de punição à culpa do devedor.<sup>432</sup> Sob o paradigma ora proposto, porém, a interpretação possível aparenta ser a de que a contraprestação eventualmente paga pelo credor, a ser restituída pelo devedor em decorrência da resolução, efetivamente representava a contrapartida de qualquer das duas prestações. Impossibilitadas ambas, como não cabia ao devedor a escolha, perde sentido afirmar que este teria promovido com seus próprios atos uma suposta concentração na última que se impossibilitou. Contenta-se a norma em dispor que a contraprestação eventualmente paga correspondia a alguma das prestações (qualquer uma delas) e deve ser restituída.

<sup>429</sup> Como registra Caio Mário da Silva PEREIRA: “Razão de pura lógica. Se todas pudessem, menos uma, e a escolha cabe ao devedor, é como se esta operasse a concentração nela” (*Instituições de direito civil*, vol. II, cit., p. 111).

<sup>430</sup> A qualificação dessa hipótese como resolução da relação por iniciativa do credor é de raríssima ocorrência na doutrina, convencida que está da possibilidade de cumprimento da obrigação alternativa, seja pela prestação subsistente *in natura*, seja pelo “equivalente” da que se impossibilitou (ilustrativamente, cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. II, cit., p. 27). A esta tese, porém, aplicam-se as críticas já desenvolvidas em relação à tese da chamada “execução pelo equivalente”, em particular sua incompatibilidade com a causa do contrato.

<sup>431</sup> Esse desequilíbrio parece ser a preocupação central da doutrina, particularmente nos casos em que, suprimida a prerrogativa de escolha do credor, a prestação impossibilitada se provasse mais valiosa do que a subsistente (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XI, cit., p. 131).

<sup>432</sup> Sobre essa perspectiva punitiva, por muito tempo presente na doutrina a respeito da responsabilidade do devedor pelo inadimplemento, particularmente entre os adeptos da corrente dualista da obrigação, cf., em comentário ao direito francês, COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, cit., pp. 100 e ss.

A conhecida regra em matéria de solidariedade passiva (art. 279 do Código Civil), por seu turno, parece explicar-se com esforço hermenêutico muito menor. Impossibilitada a prestação por culpa de um dos devedores, apenas este deve arcar com eventuais perdas e danos que o credor venha a comprovar, pois o dever de indenizar depende, em regra, da culpa na responsabilidade contratual. Pelo “equivalente”, isto é, pela restituição de eventual contraprestação, porém, respondem todos os coobrigados.<sup>433</sup> Afinal, ainda que apenas um dos devedores tenha recebido a contraprestação, na relação externa perante o credor tudo funciona como se todos a houvessem recebido, e, na relação interna entre devedores, teriam os demais direito a exigir do *accipiens* sua quota-parte.<sup>434</sup> Assim, resolvido o contrato por culpa de um dos devedores, o enriquecimento injusto seria de todos eles caso o credor não receba de volta a contraprestação eventualmente paga. O fato de a configuração do enriquecimento injusto independer de culpa<sup>435</sup> favorece sobremaneira essa interpretação.

Vale registrar, ainda, que as normas dos arts. 418 e 420 do Código Civil, em matéria de arras, ao usarem o termo “equivalente”, são pacificamente interpretadas como aludindo ao valor das próprias arras, que deve ser devolvido em dobro por quem as recebeu caso tenha dado causa ao inadimplemento absoluto e à consequente resolução do contrato.<sup>436</sup> Como os demais casos coloquialmente designados como “devolução em dobro”, a “dobro” tem natureza de pena civil, agregando-se ao dever de restituição simples que decorreria da vedação ao enriquecimento sem causa.<sup>437</sup> Idêntico comentário se aplica à expressão “equivalente” utilizada pelo art. 940 em matéria de cobrança indevida.<sup>438</sup> Tais questões, porém, ultrapassam o escopo deste estudo.

Impende, por fim, analisar a norma do já mencionado art. 947 do Código Civil, segundo a qual, “se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”. Parece evidente que o legislador partiu, mais uma vez, do paradigma criticado no presente estudo. Talvez se trate, aliás, da prova mais eloquente de que o codificador pretendia considerar o chamado “equivalente” como a parcela indenizatória mínima em que se transformaria uma obrigação inadimplida, perpetuando-se esta em vez de resolver-se. Clóvis Beviláqua explicava singelamente a disposição correspondente do Código Civil de 1916, sem indicar correspondências na legislação estrangeira ou mesmo nos projetos brasileiros de codificação anteriores ao seu, reproduzindo ainda uma vez a máxima de que a moeda é a “medida geral” das obrigações e, impossibilitadas estas, devem elas se converterem na sua estimação em pecúnia.<sup>439</sup> Ainda hoje há quem afirme que o art. 947 do Código Civil teria sido “redigido manifestamente pensando-se apenas nas obrigações negociais”.<sup>440</sup> O dispositivo correspondente no Código Civil de 1916 (art. 1.534), porém, que se encontrava previsto sob o título referente à liquidação das obrigações em geral, foi transferido, na lei atual,

<sup>433</sup> Nesse sentido, afirma José Roberto de CASTRO NEVES: “Todos os codevedores respondem, independentemente de quem tiver sido o culpado, pelo equivalente, isto é, pela restituição, em dinheiro, do que se recebeu pela prestação. As perdas e danos, porém, são suportadas apenas pelo culpado, diz o artigo 279 do Código Civil” (*Direito das obrigações*, cit., p. 147).

<sup>434</sup> “Nas relações internas vigora o princípio da comunidade de interesses. [...] O vínculo da solidariedade, excluindo a solução *pro rata*, conserva estes efeitos apenas externamente, ou seja, nas relações do devedor para com os credores. [...] A prestação, paga por inteiro pelo devedor comum, deve ser partilhada, entre todos os credores, por aquele que a tiver recebido, criada desta sorte a responsabilidade do credor acipiente pelas quotas-partes dos demais [...], pois que a solução assim dada é de lédima equidade e obstaculiza o enriquecimento indevido do credor acipiente” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. II, cit., p. 91).

<sup>435</sup> Sobre a ausência do requisito culposo na configuração do enriquecimento sem causa, cf. SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*, cit., pp. 141 e ss.

<sup>436</sup> Ilustrativamente: BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, cit., pp. 768 e ss.

<sup>437</sup> Sobre o ponto, com ampla bibliografia, cf. SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Considerações sobre a autonomia funcional da responsabilidade civil no direito brasileiro, cit., item 4.

<sup>438</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Considerações sobre a autonomia funcional, cit., pp. 219-221.

<sup>439</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. II, cit., pp. 682-683.

<sup>440</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 173, que, porém, aduz que a norma deve aplicar-se a deveres de outras fontes.

para o capítulo atinente às indenizações. A mudança, possivelmente inspirada pela tradicional concepção de que a obrigação primária “se converte” em perdas e danos, talvez tenha inadvertidamente sinalizado uma alternativa mais adequada para a interpretação da norma, já sustentada no regime anterior: a de que a aludida obrigação a ser cumprida “em espécie” sempre tenha sido, em alguma medida, indenizatória.<sup>441</sup> O dispositivo, com efeito, parece prever a admissibilidade da chamada “reparação *in natura*”.<sup>442</sup>

A expressão é utilizada para designar pelo menos dois grupos de situações, ambas aparentemente reconduzíveis à norma do art. 947 do Código Civil. Como já mencionado, uma corrente mais tradicional no Brasil<sup>443</sup> e no exterior<sup>444</sup> costuma usá-la para designar casos que, em rigor, traduzem mais propriamente uma forma de execução específica às custas do devedor: por exemplo, o devedor de um automóvel de determinado ano e modelo que tenha dado causa à sua destruição pode, a título de execução específica, ser condenado a custear a aquisição de um veículo com idênticas características,<sup>445</sup> com o registro das ressalvas conceituais já feitas no item anterior. Um indício dessa possível interpretação se extrai do uso pelo art. 947 do termo “espécie” – substantivo que, se no passado era associado às coisas certas,<sup>446</sup> na tradição normativa brasileira tem sido utilizado para a definição das coisas infungíveis (art. 85 do Código Civil), remetendo, assim, à possibilidade de substituição do objeto das relações. Se o devedor não cumprir pessoalmente a obrigação na *espécie* devida (a sinalizar que o objeto da prestação não é infungível), admite-se que seja instado a custear sua obtenção junto a terceiros. Da mesma forma, aliás, é que se admite que o *facere* devido seja cumprido por terceiro, às custas do devedor.<sup>447</sup> Sequer seria necessária uma disposição normativa específica nesse sentido.

Mas a regra também parece fazer sentido em casos que, no estrito rigor técnico,<sup>448</sup> adequam-se ainda mais à designação de indenizações *in natura*, a saber, as hipóteses em que o dever de indenizar é estipulado judicialmente na forma de uma obrigação de dar coisa certa ou fazer, por exemplo (pense-se em refazer o que se destruiu ilícitamente, eliminar o que foi ilícitamente feito, reparar a coisa danificada<sup>449</sup> ou, sendo o dano não patrimonial, na retratação pública ou outra medida que ofereça conforto à vítima<sup>450</sup>) que se mostre adequada ao desfazimento ou à mitigação das consequências práticas do dano.<sup>451</sup> Na hipótese de, por qualquer motivo, provar-se impossível o cumprimento do dever específico estipulado, é evidente que não se pode admitir que

<sup>441</sup> Clóvis do Couto e SILVA, por exemplo, afirmava que “o Código Civil brasileiro [de 1916] adotou o princípio da reparação *in natura* no art. 1.534” (O conceito de dano no direito brasileiro e comparado, cit., p. 334, nota 2).

<sup>442</sup> Este parece ser o entendimento de Silvio de Salvo VENOSA, que, ao comentar o dispositivo, afirma: “sempre que impossível ou insuficiente a reparação em espécie, recorre-se à indenização em pecúnia” (*Código Civil interpretado*, cit., p. 1000).

<sup>443</sup> Fernando NORONHA, por exemplo, denomina reparação *in natura* a possibilidade de dar ao credor o que é devido, seja pela execução direta, seja pela imposição de medidas coercitivas, embora afirme que o art. 947 do Código Civil não trataria dessa reparação (*Direito das obrigações*, cit., p. 173).

<sup>444</sup> Por exemplo, sobre as obrigações de fazer fungíveis, cf. NICOLÒ, Rosario. *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 121.

<sup>445</sup> O exemplo é formulado por MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. V, t. II, cit., p. 94.

<sup>446</sup> Tradicionalmente, era habitual considerar-se que a coisa certa nas obrigações de dar relacionava-se com “a *species* dos romanos, a prestação individualmente determinada, um indivíduo insuscetível de se confundir com outro qualquer” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, vol. II, cit., p. 58).

<sup>447</sup> Remeta-se, ainda uma vez, a NICOLÒ, Rosario. *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 121.

<sup>448</sup> Tecnicamente, muitos autores entendem que, quando se trata de responsabilidade civil, “tem-se como certo que a reparação natural é impossível quando o fato danoso importar a destruição do objeto” (DIAS, Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 833). Portanto, no exemplo da nota anterior, a oferta de automóvel idêntico ao que era devido é possível a título de cumprimento específico da obrigação; fosse o caso de o credor do automóvel já ser seu proprietário e o bem ser destruído (o que ensejaria efetiva responsabilidade civil), a reparação haveria de ser, nesse caso, pecuniária.

<sup>449</sup> Exemplos de TRIMARCHI, Pietro. *La responsabilità civile*, cit., p. 557.

<sup>450</sup> Sobre o ponto, cf. FAJNGOLD, Leonardo. A reparação não pecuniária do dano moral coletivo e a tutela coletiva das vítimas de dano moral individual. *Civilistica.com*, a. 11, n. 3, 2022, item 2.2, que defende expressamente ser o art. 947 do Código Civil a base legal da reparação *in natura*.

<sup>451</sup> Conforme lecionavam, no direito francês, os MAZEAUD, a reparação *in natura* faz desaparecer o dano, devolve as coisas ao estado original (*Leçons de droit civil*, t. II, 1<sup>er</sup> vol., cit., p. 716).

a vítima permaneça irressarcida.<sup>452</sup> E, como a forma básica de reparação do dano é a prestação pecuniária, nada impede que a indenização, inicialmente fixada *in natura*, passe a ser fixada numa soma em dinheiro.<sup>453</sup>

Note-se que essa possibilidade, há pouco refutada quanto às obrigações de fonte convencional, faz sentido no âmbito da responsabilidade civil por força do próprio perfil funcional desta fonte obrigacional.<sup>454</sup> A reparação do dano injusto é compatível com a prestação pecuniária ainda quando se tenha considerado, *ab initio*, que uma compensação de natureza diversa pudesse atender mais especificamente às necessidades da vítima.<sup>455</sup> Se a doutrina assim reconhece, isso se deve, por um lado, à definição eminentemente patrimonial dos danos materiais e, por outro, ao reconhecimento da impossibilidade fática de se desfazerem, na prática, os danos morais (pelo que se construiu historicamente a possibilidade de sua compensação em dinheiro, na falta de alternativa melhor).<sup>456</sup> O dever de indenizar é o mesmo, não se “transforma”; mas a concretização da função reparatória pode dar-se *in natura* ou *in pecunia*, conforme as circunstâncias do caso permitirem: ambas são *equivalentes*, no sentido de que cumprem o perfil funcional da obrigação reparatória.<sup>457</sup> Por seu turno, em um contrato que não importe *ab initio* uma prestação em dinheiro pelo devedor, a imposição a este de um dever pecuniário jamais logrará concretizar a função negocial; a causa (ou, caso se prefira, o conceito mais específico de sinalagma) não se traduz, afinal, no mero resultado de uma operação contábil.

Na mesma toada, aliás, uma obrigação *in natura* de restituir também pode vir a converter-se em obrigação de restituir pecuniária, no que já se denominou *restituição do equivalente*.<sup>458</sup> Nos termos do próprio art. 884 do Código Civil, diante do enriquecimento sem causa, a restituição *in natura* é sempre preferível – pense-se no pagamento indevido de coisa certa a quem não era credor: o *accipiens* deve, preferencialmente, restituir a própria coisa que foi objeto do pagamento. Como o enriquecimento, porém, também é um conceito que parte de critérios eminentemente patrimoniais, caso não subsista a coisa que deveria ser restituída, admite

<sup>452</sup> “Não obstante seu caráter subsidiário, a indenização em dinheiro é a mais frequente, dadas as dificuldades opostas, na prática, à reparação natural pelas circunstâncias e, notadamente, em face do dano, pela impossibilidade de restabelecer a rigor a situação anterior ao evento danoso” (DIAS, Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., pp. 833-834).

<sup>453</sup> Parece ser este o entendimento, na doutrina atual, de FARIAS, Cristiano Chaves de et al. *Novo tratado de responsabilidade civil*, cit., p. 314: “a indenização em dinheiro é meramente subsidiária e sub-rogatória em nosso sistema jurídico. Busca-se [preferencialmente] a recomposição do bem danificado ou a restituição de bem semelhante ao subtraído ou destruído. [...] Vale dizer, a execução específica, direta, da reparação, promoverá maior satisfação do credor do que a tradicional conversão da entrega do objeto em obrigação de dar quantia certa. Se o bem é fungível – bem móvel substituível por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade, a teor do disposto no art. 85 do Código Civil –, o ofensor pode, entregando bem equivalente, livrar-se da indenização. Nesse sentido, disciplina o art. 947 do Código Civil [...]. Assim, o ressarcimento pecuniário será a opção substitutiva do julgador tão somente nos casos em que a reparação *in natura* se mostrar inviável no contexto”. Cf. ainda FICHTNER, Regis. O princípio do equivalente no Código Civil de 2002. In: BARBOZA, Heloisa Helena (Coord.). *20 Anos do Código Civil: perspectivas presentes e futuras*. Rio de Janeiro: Processo, 2022, p. 143.

<sup>454</sup> No direito italiano, afirma-se que a “reintegração em forma específica”, por oposição ao ressarcimento pecuniário, restringe-se a um “remédio ao dano derivado de um fato que seja fonte de responsabilidade, e não deve ser entendida como um remédio universal contra qualquer transgressão: concessão esta que, na sua generalidade, dá lugar a perigosas confusões acerca de remédios específicos (reivindicação, restituição, ação negatória, inibitória, anulação, nulidade, ineficácia) previstos pela lei a propósito de específicas transgressões e direitos” (TRIMARCHI, Pietro. *La responsabilità civile*, cit., p. 557. Tradução livre). Parcialmente no sentido ora sustentado, constata-se que a doutrina processualista parece admitir com maior facilidade a conversão de uma obrigação indenizatória *in natura* em obrigação *in pecunia* do que a suposta conversão de uma obrigação originalmente contratual (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, vol. II, cit., p. 844).

<sup>455</sup> Sustenta-se mesmo que se trata da forma preferencial de reparação, sempre que materialmente possível e não excessivamente onerosa ao devedor. Cf. SILVA, Clóvis do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado, cit.; DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., pp. 833 e ss.; e, na doutrina recente, FAJNGOLD, Leonardo. A reparação não pecuniária do dano moral coletivo e a tutela coletiva das vítimas de dano moral individual, cit., item 2, com o enfrentamento dos argumentos contrários.

<sup>456</sup> Segundo Maria Celina BODIN DE MORAES, o papel da compensação por danos morais é o de abrandar os efeitos que o dano causou na sua esfera existencial: “Diz-se compensação, pois o dano moral não é propriamente indenizável; ‘indenizar’ é palavra que provém do latim, ‘*in dene*’, que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas consequências – o que, evidentemente, não é possível no caso de uma lesão de ordem extrapatrimonial” (*Danos à pessoa humana*, cit., p. 145).

<sup>457</sup> Esta é, em última análise, a posição defendida no já citado estudo de GIORGIANNI, Michele. *L’Obbligazione*, cit., pp. 169 e ss.

<sup>458</sup> Sobre as duas figuras e a primazia da restituição *in natura* do enriquecimento sobre a sua restituição pelo “equivalente”, no direito brasileiro e alhures, cf. as considerações de SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*, cit., pp. 146 e ss.

a lei que a injustiça do enriquecimento seja remediada pela restituição do seu valor em dinheiro (não porque a primeira obrigação de restituir “se converta” na segunda, mas porque a segunda é um remédio capaz de promover a mesma finalidade restitutória que a primeira). Essa “restituição do equivalente”, como se nota, apesar da coincidência terminológica, em nada se confunde com a chamada “execução pelo equivalente”.<sup>459</sup>

É a este campo semântico atribuível ao art. 947 do Código Civil (dever de indenizar ou restituir implementável *in natura* ou *in pecunia*) que parecem pertencer diversas outras normas do Código Civil que se referem ao termo “equivalente”. O art. 952 do Código Civil, por exemplo, trata de usurpação ou esbulho de uma coisa, que obviamente deveria ser restituída ao seu proprietário; destruída a coisa, parece evidente que se deve “reembolsar o seu equivalente ao prejudicado” (isto é, indenizar o dono pelo dano patrimonial).<sup>460</sup> O art. 1.392 prevê, no seu §1º, que, findo o usufruto, se houvesse entre os acessórios e acrescidos da coisa usufruída bens consumíveis, o usufrutuário deve restituir ao nu-proprietário as que ainda houver e, das outras, o “equivalente” em gênero, qualidade e quantidade ou seu valor em dinheiro (isto é, deverá arcar com a restituição *in natura* ou *in pecunia*). E assim por diante.

Sem dúvida, poder-se-ia objetar que a interpretação ora atribuída ao termo “equivalente” esvaziaria um dos atributos mais tradicionais da situação jurídica obrigacional, a saber, a sua patrimonialidade. De fato, para a doutrina clássica, toda obrigação deveria ter por objeto uma prestação estimável *in pecunia*, pois, de outro modo, não seria possível sua conversão no “equivalente” (ou, em outra formulação, em “perdas e danos”) na hipótese de descumprimento.<sup>461</sup> Contra essa alegação, porém, já se denunciou que o argumento enfatiza excessivamente o momento patológico da relação, confundindo o conteúdo propriamente dito da obrigação com as possíveis consequências da violação.<sup>462</sup> Ainda que se possa, a partir de critérios histórica e socialmente situados, afirmar que a obrigação será patrimonial,<sup>463</sup> essa característica não pode ser vinculada às consequências de seu descumprimento, mesmo porque não apenas o descumprimento de uma obrigação pode não gerar qualquer dever de indenizar como, igualmente, pode ensejar danos de natureza não patrimonial.<sup>464</sup> Não é difícil constatar como essa conclusão foi por muito tempo prejudicada, na doutrina tradicional, pela longa concepção da “conversão” da obrigação descumprida.

<sup>459</sup> “A restituição do equivalente pecuniário não se confunde com a denominada execução pelo equivalente pecuniário, embora ambas (caso admitida a compatibilidade da última com o direito brasileiro) consistam em manifestação do que se poderia referir por tutela pelo equivalente pecuniário, em oposição à tutela específica” (SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*, cit., pp. 147-148).

<sup>460</sup> No mesmo sentido, cf. FARIAS, Cristiano Chaves de et al. *Novo tratado de responsabilidade civil*, cit., p. 314.

<sup>461</sup> O entendimento já podia ser encontrado em POTHIER, para quem o devedor de uma obrigação “pode deixar de executá-la impunemente, se eu não tenho nenhum interesse apreciável de que ele faça ou deixe de fazer o que ele prometeu; pois não há perdas e danos que possam resultar da inexecução de sua promessa, nada mais sendo as perdas e danos do que a estimação do interesse que tem o credor sobre a execução da obrigação” (*Traité des obligations*, t. 1º, cit., p. 120. Tradução livre). Na doutrina brasileira, afirma Caio Mário da Silva PEREIRA: “ainda no caso de se não fixar um valor para o objeto, a lei o admite implícito, tanto que converte em equivalente pecuniário aquele a que o devedor culposamente falta, ainda que não tenham as partes cogitado do seu caráter econômico originário, e isto tanto nas obrigações de dar como nas de fazer, demonstrando que a patrimonialidade do objeto é insita em toda obrigação” (*Instituições de direito civil*, vol. II, cit., p. 22).

<sup>462</sup> Como já se registrou em doutrina, o argumento em prol da patrimonialidade da obrigação, “ancorado numa perspectiva que exaspera o momento patológico da relação jurídica, mostra-se censurável na medida em que confunde o conteúdo da prestação e os efeitos do descumprimento, isto é, os meios de tutela de que dispõe o credor para remediar a lesão a seu crédito, em particular “ao procurar identificar a natureza da prestação a partir da natureza do dano decorrente do descumprimento, associando, desse modo, dois temas manifestamente autônomos” (KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais, cit., p. 15).

<sup>463</sup> No direito italiano, afirma Pietro PERLINGIERI: “O conceito de patrimonialidade tem, portanto, natureza objetiva e é determinado no âmbito de um contexto jurídico-social. Uma prestação é patrimonial quando a consciência comum de uma dada coletividade, em um dado momento histórico e em um dado território, reconhece nela tal natureza” (*Manuale di diritto civile*. 7. ed. Napoli: ESI, 2014, p. 287). Na doutrina brasileira, Fernando NORONHA vai além ao afirmar: “Se um interesse for socialmente sentido como digno de tutela, não é o fato de as obrigações normalmente dizerem respeito a necessidades econômicas que impedirá a aplicação das respectivas normas para atender a necessidades afetivas e outros, mesmo quando não exista uma contraprestação, nem se tenha fixado uma cláusula penal” (*Direito das obrigações*, cit., p. 65).

<sup>464</sup> Assim destacam KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais, cit., p. 15.

Na mesma direção, seria possível afirmar que restaria comprometido o próprio princípio da responsabilidade patrimonial, segundo o qual pelo inadimplemento respondem todos os bens do devedor (art. 391 do Código Civil) ou, mais especificamente, a afirmação, há muito conhecida, de que o patrimônio do devedor consistiria na garantia geral dos credores. Como se sabe, na experiência romana, foi com a superação da responsabilidade pessoal do devedor, após a *Lex Poetelia Papiria*, e a garantia de que apenas seus bens poderiam responder por seus débitos, que se abriu caminho para a máxima *omnis condemnatio pecuniaria* – logo, para o que se tornaria, séculos mais tarde, o “equivalente”. Se a obrigação descumprida não se converte automaticamente em seu valor em dinheiro, seria falso afirmar que o patrimônio é a garantia dos credores? A resposta é negativa porque, conforme a doutrina há muito alerta, a responsabilidade patrimonial não significa que os bens do devedor respondam pelo *adimplemento* da obrigação,<sup>465</sup> mas apenas que respondem pelas possíveis consequências do *inadimplemento*, com destaque particular para a responsabilidade por perdas e danos, a grande consequência prevista pelo art. 389 do Código Civil para o descumprimento culposo.<sup>466</sup>

Em outros termos, embora garantia geral para os credores, o patrimônio do devedor não se volta a assegurar a satisfação do débito na forma de um substituto pecuniário.<sup>467</sup> Em vez disso, responde de muitas formas pelo inadimplemento: pelas *astreintes* impostas como medida coercitiva voltada a estimular o cumprimento; pelo custo da execução específica da obrigação por terceiros; por eventual indenização ou restituição que venham a ser fixadas *in pecunia* como decorrências do inadimplemento; e assim por diante. Como já reconheceu a doutrina mais atenta ao perfil funcional das fontes obrigacionais, é a essas cobranças que se refere a noção de responsabilidade patrimonial<sup>468</sup> (e, caso se adote a corrente dualista da obrigação, a própria figura da *Haftung*, dita elemento essencial do vínculo obrigacional).<sup>469</sup> Embora comumente estudados em apartado os dois sentidos de “responsabilidade”, a responsabilidade por perdas e danos, em conjunto com as medidas coercitivas e demais consequências da inexecução, nada mais são que um “estágio preparatório”<sup>470</sup> da responsabilidade contratual – isto é, esta se volta a implementar aquela responsabilidade e aquelas outras consequências, e não mais, via de regra,<sup>471</sup> ao adimplemento da obrigação originária.

<sup>465</sup> A conclusão é alcançada até mesmo no direito italiano, muito embora, ao contrário da lei brasileira, o art. 2.740 do *Codice* preveja expressamente que os bens do devedor respondem pelo “adimplemento” da obrigação. Como pondera Michele GIORGIANNI, essa previsão “não pode certamente interpretar-se no sentido de que, segundo o legislador, o devedor estaria adstrito ao adimplemento das suas obrigações por meio do seu patrimônio, e que assim os bens do devedor constituiriam o instrumento de atuação do dever que lhe incumbe” (*L’Obbligazione*, cit., p. 163. Tradução livre).

<sup>466</sup> Confira-se a continuação do pensamento de GIORGIANNI, que, partindo da previsão do art. 1.218 do *Codice* (que prevê a responsabilidade do devedor inadimplente por perdas e danos, à semelhança do art. 389 do Código Civil brasileiro), parece aplicável ao direito pátrio: “o legislador [...] quer significar simplesmente que o patrimônio do devedor garante o adimplemento”, de modo que “as consequências do inadimplemento do devedor destinam-se a recair [...] sobre o seu patrimônio” (*L’Obbligazione*, cit., p. 163. Tradução livre).

<sup>467</sup> Como leciona BETTI, se bem que sem excluir o chamado “equivalente”, “é arbitrário restringir (como Brinz) o conceito de responsabilidade unicamente à responsabilidade que tem por função assegurar ao credor uma satisfação ‘objetivamente diferente’ da prestação devida” (*Teoria geral das obrigações*, cit., p. 295).

<sup>468</sup> No direito italiano, afirma-o GIORGIANNI: “A responsabilidade patrimonial designa, de fato, como vimos, o fenômeno pelo qual as consequências do inadimplemento do devedor repercutem sobre o patrimônio deste último” (*L’Obbligazione*, cit., p. 164. Tradução livre). No mesmo sentido, no direito brasileiro, cf. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 152.

<sup>469</sup> Nesse sentido, considerando como responsabilidade (*Haftung*) todas as formas de constrição do patrimônio do devedor inadimplente e não propriamente as perdas e danos (embora afirmando, na direção oposta do que ora se sustenta, que seria possível denominar esse processo como “responsabilidade civil” e de que não se trataria de questão meramente processual), inclusive mecanismos tão indiretos quanto a compensação ou o direito de retenção, cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d’analyse dualiste de l’obligation en droit privé*, cit., pp. 115 e ss. Particularmente sobre *astreintes* como uma dessas formas de constrição, cf. *Ibid*, pp. 98-99.

<sup>470</sup> A expressão é utilizada por Michele GIORGIANNI (*L’Obbligazione*, cit., p. 164). O autor ressalta que a responsabilidade patrimonial resulta, em última análise, na atribuição ao credor de uma soma em dinheiro resultante da expropriação forçada de seus bens; assim, “a responsabilidade pessoal [por perdas e danos], concretizando-se no nascimento de um dever de ressarcimento do dano e, portanto, em uma prestação que tem por objeto uma soma de dinheiro [...] revela-se idônea a preparar a expropriação forçada dos bens do devedor”.

<sup>471</sup> Diz-se “via de regra” porque há obrigações originárias que, fugindo à regra geral, efetivamente permitem seu adimplemento específico em se conferindo ao credor o poder de executar bens do patrimônio do devedor – trata-se, evidentemente, das obrigações pecuniárias (GIORGIANNI, Michele. *L’Obbligazione*, cit., p. 168).

Não se sustenta, em suma, um sistema deficitário de tutela aos direitos de crédito, mas sim um sistema especificamente adequado a estes, em que a proteção do titular se dá prioritariamente pela via da execução específica, com todos os mecanismos processuais voltados a assegurá-la. Impossibilitada esta, sendo a obrigação contratual, não há mais programa negocial viável a tutelar. Assegura-se, porém, ao credor a possibilidade de liberar-se de eventual contraprestação, ou obter a restituição do que eventualmente pagou em cumprimento ao acordo, por meio da resolução. Estão em discussão, afinal, remédios para a tutela do interesse do credor e não para uma suposta punição do devedor. Este, de todo modo, será responsável pelos danos que efetivamente causar (e que quase invariavelmente ocorrerão) por ocasião do inadimplemento – incluídos aqui eventual dano moral decorrente do incumprimento e, segundo alguns autores,<sup>472</sup> até mesmo danos materiais associados ao chamado “interesse positivo” (devidamente divorciado da ideia da sub-rogação).<sup>473</sup>

Chegar-se-á, ao que parece, no plano teórico, ao mesmo conjunto de remédios já consagrado pela práxis em matéria de inadimplemento obrigacional. Mas não parece legítimo afirmar que toda obrigação teria seu cumprimento assegurado, se não de forma específica, ao menos na forma genérica do seu valor em dinheiro. Não porque o direito de crédito seja tutelado menos intensamente no direito brasileiro, nem porque o patrimônio tenha deixado de exercer sua função de garantia geral aos credores – mas talvez porque seja chegada a hora de se reconhecer que, ao menos quanto às obrigações não pecuniárias oriundas de relações negociais, a prestação do seu valor em dinheiro não cumpre, realisticamente, a função que justifica sua tutela jurídica.<sup>474</sup>

## 8. Considerações finais

Como se antecipou ao começo da presente investigação, a adesão a qualquer explicação minimamente abrangente da natureza e da função do chamado “equivalente” no direito obrigacional implica a adesão a incontáveis outras premissas teóricas, muitas vezes relativas a matérias que, ordinariamente, se supõem totalmente alheias ao tema. Talvez por esse motivo o prognóstico para a figura não seja particularmente animador: não parece provável que a doutrina se pacifique em torno de suas muitas implicações. Trata-se, em última análise, de um reflexo da ingente tarefa assumida pelo civilista, sobretudo na *civil law*: a de converter em uma exposição linear, logicamente ordenada, uma matéria que não tem começo ou fim, e cujas partes se retroalimentam nas mais diversas (e insuspeitas) imbricações.

Da investigação acima empreendida infere-se que o “equivalente” parece ter ingressado no direito brasileiro por influência do direito francês, onde foi vinculado a uma natureza de perdas e danos aparentemente incompatível com a compreensão contemporânea de responsabilidade civil, particularmente no que tange ao perfil funcional dessa fonte de obrigações. Mais recentemente, os estudos sobre o tema passaram a sofrer uma clara influência germanista (notadamente a partir da literatura portuguesa), associando o “equivalente” a uma suposta modalidade de cumprimento das obrigações contratuais – a qual, porém, parece fundar-se em um sistema normativo profundamente distinto do brasileiro e que não se coaduna com uma perspectiva

<sup>472</sup> Como já mencionado, esse é o posicionamento, na doutrina portuguesa, de MENEZES CORDEIRO (*Tratado de direito civil português*, vol. II, t. IV, cit., pp. 162-163). Na doutrina brasileira, cf. SILVA, Rodrigo da Guia. Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo: influxos da distinção no âmbito da resolução do contrato por inadimplemento. *Revista IBERC*, v. 3, n. 1, p. 1-37, jan.-abr./2020.

<sup>473</sup> Essa parece ser a posição de Adriano DE CUPIS, quando afirma que, “resolvendo-se o contrato, desaparecem as obrigações de ambas as partes; e, assim, o interesse a ser considerado se reduz ao ‘plus’ [no original, *al più*] de valor da prestação não conseguida em face daquela não mais devida: em outras palavras, a esfera do interesse lesado se reduz em face da liberação do vínculo obrigatório” (*Il danno*, cit., p. 177). Apoiando-se nas obras de Carnelutti e de Coviello, o autor não reconhecia a possibilidade de se cobrar perdas e danos em lugar da prestação na hipótese de o credor não pretender a resolução; nesse caso, entende caberem apenas perdas e danos pela mora.

<sup>474</sup> Remete-se, uma última vez, à lição de GIORGIANNI, Michele. *L’Obbligazione*, cit., *passim* e particularmente pp. 166-167.

genuinamente atenta à causa do contrato. O caminho hermenêutico possível ora proposto foi, assim, o de se vincularem as referências normativas ao “equivalente” a um efeito que já é amplamente admitido no sistema pátrio diante do inadimplemento obrigacional: a restituição de eventual contraprestação que já houvesse sido paga pela prestação descumprida, em deferência à cláusula geral de vedação ao enriquecimento injusto.

As categorias, alerta Pietro Perlingieri, “devem contribuir para o conhecimento, e não representar rígidos paradigmas nos quais a realidade é deformada, a ponto de parecer substancialmente diversa”.<sup>475</sup> Eis o grande risco de se naturalizarem figuras jurídicas como as do “equivalente”, que, por sua perpetuação histórica, findam por aparentarem traduzir aspectos ontológicos ou imutáveis do sistema, mesmo quando as razões que conduziram à sua adoção se encontram há muito superadas e esquecidas. Há que se abandonar o olhar da habitualidade sobre essas figuras, para, observando-as à distância, tais como se encontram inseridas no sistema, enxergá-las pelo que necessariamente devem ser: instrumentos úteis e funcionais, voltados à solução de problemas concretos e contemporâneos, de forma coerente com a lógica e a axiologia do ordenamento atual, vivo e dinâmico, em permanente mutação.

## Referências bibliográficas

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 19. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2019.
- ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 88. São Paulo: USP, jan./1993.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de segunda ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. *Civilistica.com*, a. 2, n. 3, 2013.
- BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- BDINE JR., Hamid Charaf. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*. 7. ed. Barueri: Manole, 2013.
- BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005 [1953].
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. II. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- BIANCA, Massimo. *Diritto civile*, vol. V. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2012.
- BOBBIO, Norberto. O bom legislador. Trad. Eduardo Nunes de Souza. *Civilistica.com*, a. 10, n. 3, 2021.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, vol. 9, n. 29, 2006.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro. *Revista Forense*, vol. 309. Rio de Janeiro: Forense, mar./1990.
- BRINZ, Alois. *Lehrbuch der Pandekten*, vol. 2, t. 1. 2. ed. Erlangen: Andreas Deimert, 1879.
- BUSNELLI, Francesco. *La lesione del credito da parte di terzi*. Milano: Giuffrè, 1964.
- CARBONNIER, Jean. *Droit civil*, vol. II. Paris: PUF: 2004 [1955].
- COLOMBI, Henry. O *commodum* de representação: um princípio contratual “obviamente equitativo”? *Civilistica.com*, a. 11, n. 2, 2022.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*. Paris: Dalloz, 1964.

<sup>475</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 139.

- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*, vol. II, t. IV. Coimbra: Almedina, 2010.
- CORREIA, Alexandre Augusto de Castro. As obrigações solidárias em direito romano. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, vol. 55. São Paulo: USP, 1960.
- DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de direito civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.
- DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1946.
- DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*, vol. II, t. VI. Paris: Arthur Rousseau, 1932.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Atual. Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, t. 1<sup>er</sup>. Nouvelle édition. Paris: Le Clerc, 1777 [1689].
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*, vol. II, t. I. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1912.
- FAJNGOLD, Leonardo. A reparação não pecuniária do dano moral coletivo e a tutela coletiva das vítimas de dano moral individual. *Civilistica.com*, a. 11, n. 3, 2022.
- FARIAS, Cristiano Chaves de et al. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- FICHTNER, Regis. O princípio do equivalente no Código Civil de 2002. In: BARBOZA, Heloisa Helena (Coord.). *20 Anos do Código Civil: perspectivas presentes e futuras*. Rio de Janeiro: Processo, 2022.
- FISCHER, Hans Albrecht. *Los daños civiles y su reparación*. Trad. Roces Suárez. Santiago: Olejnik, 2018.
- FRANZONI, Massimo. *Il danno risarcibile*. In: FRANZONI, Massimo. *Trattato della responsabilità civile*, vol. II. Milano: Giuffrè, 2010.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil: esboço*, vol. I. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952 [1860].
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil: esboço*, vol. II. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952 [1860].
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Cíveis*, vol. I. Brasília: Senado Federal, 2003 [fac-símile da 3. ed. 1876].
- FULGÊNCIO, Tito. *Do direito das obrigações: das modalidades das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958 [1928].
- GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro: função e estrutura*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013.
- GARDNER, Daniel; MOORE, Benoît. La responsabilité contractuelle dans la tourmente. *Les Cahiers de Droit*, vol. 48, n. 4, 2007.
- GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. II. 4. ed. Firenze: Fratelli Cammelli, 1895.
- GIORGIANNI, Michele. *L'Obbligazione*, vol. I: La parte generale delle obbligazioni. Milano: Giuffrè, 1968.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. Atual. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: FRANCESCO, José Roberto Pacheco di (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Sílvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- JOURDAIN, Patrice. Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle. *Les métamorphoses de la responsabilité*. Paris: PUF, 1997.
- KONDER, Carlos Nelson. A “relativização da relatividade”: aspectos da mitigação da fronteira entre partes e terceiros nos contratos. *Scientia Iuris*, vol. 23, n. 1, mar./2019.
- KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEPEDINO, Gustavo. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica.com*, a. 1, n. 2, 2012.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Santiago: Olejnik, 2020 [1956].
- LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilité civile*. 2. e 3. ed. Paris: Dalloz, 1976 e 1982.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, vol. II. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.
- MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Responsabilidade contratual: efeitos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, vol. II. São Paulo: RT, 2015.
- 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*, vol. 13, 1997.
- MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. V, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. *Revista dos Tribunais*, vol. 979. São Paulo: RT, mai./2017.
- MARTY, Gabriel; RAYNAUD, Pierre. *Droit civil*, t. II, 1<sup>er</sup> vol. Paris: Sirey, 1962.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et*

*contractuelle*, t. 1<sup>er</sup> et 2<sup>nd</sup>. Paris: Montchrestien, 1970.

MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Henri et al. *Leçons de droit civil*, t. II, 1<sup>er</sup> vol. Paris: Montchrestien, 1985.

MOMMSEN, Friedrich. *Beiträge zum Obligationsrecht*. Braunschweig: Schwetschke, 1855.

NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

NICOLÒ, Rosario. *L'adempimento dell'obbligo altrui*. Milano: Giuffrè, 1936

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 93. São Paulo: RT, mai.-jun./2014.

OLIVEIRA, Rafael Mansur de. *Execução pelo equivalente pecuniário: natureza e regime jurídico*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. II. 25. ed. Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. III. 12. ed. Atual. Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 11. ed. Atual. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: GEN, 2016.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 7. ed. Napoli: ESI, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *Civilistica.com*, a. 8, n. 1, 2019.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PICASSO, Sebastián; SAÉNZ, Luis R. J. In: CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián; HERRERA, Marisa (Dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, vol. IV. Buenos Aires: Infojus, 2015.

PINTO, Paulo da Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*. Coimbra: Almedina, 2020.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, t. II. 9. ed. Paris: LGDJ, 1923 [1900].

POTHIER, Robert Joseph. Œuvres complètes de Pothier. Nouvelle édition. *Traité des obligations*, t. 1<sup>er</sup> et 2<sup>nd</sup>. Paris: Thomine et Fortique, 1821 [1761].

PUGLIATTI, Salvatore. Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico. *Diritto civile: metodo-teoria-pratica*. Milano: Giuffrè, 1951.

REGIS, Erick. *Execução pelo equivalente em dinheiro diante do inadimplemento absoluto da prestação*. Rio de Janeiro: Processo, 2023.

RÉMY, Philippe. La 'responsabilité contractuelle': histoire d'un faux concept. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, vol. 96, n. 2, 1997.

RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1964.

RODOTÀ, Stefano. Modelli e funzioni della responsabilità civile. *Rivista Critica di Diritto Privato*, vol. 3. Napoli: Jovene, 1984.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no Direito Civil brasileiro do século XX. *O Direito*, vol. 147, 2015.

RODRIGUES, Antônio Coelho. *Projeto do Código Civil brasileiro precedido de um projeto de lei complementar*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893.

RODRIGUES, Cássio Monteiro. Reparação de danos e função preventiva da responsabilidade civil: parâmetros para o ressarcimento de despesas preventivas ao dano. *Civilistica.com*, v. 9, n. 1, 2020.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2003.

RUGGIERO, Roberto De. *Instituições de direito civil*, vol. II. 2. ed. Trad. Paolo Capitanio [da 6. ed. italiana]. Campinas: Bookseller, 2005.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XIV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Le droit des obligations*, t. II. Trad. Gérardin et Jozon. Paris: Auguste Durand, 1863 [1853].

SILVA, Clóvis do Couto e. O conceito de dano no direito civil e comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 2. São Paulo: RT, 2015 [1991].

SILVA, Clóvis Verissimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006 [1964].

SILVA, Rodrigo da Guia. A renovada bilateralidade contratual: por uma releitura do sinalagma no paradigma da heterointegração dos contratos. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, vol. 25, n. 2, 2019.

SILVA, Rodrigo da Guia. Danos por privação do uso: estudos de responsabilidade civil à luz do paradigma do dano injusto. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 107. São Paulo: RT, set.-out./2016.

SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

SILVA, Rodrigo da Guia. Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo: influxos da distinção no âmbito da resolução do contrato por inadimplemento. *Revista IBERC*, v. 3, n. 1, p. 1-37, jan.-abr./2020.

- SILVA, Rodrigo da Guia. *Remédios ao inadimplemento contratual: uma releitura em perspectiva civil-constitucional*. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2022.
- SIRENA, Pietro. O conceito de dano na disciplina italiana e francesa da responsabilidade civil. *Revista da Ajuris*, vol. 47, n. 149, dez./2020.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 8, n. 2, 2019.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Em defesa do nexos causal: culpa, imputação e causalidade na responsabilidade civil brasileira. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil*. São Paulo: Almedina, 2018.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./2014.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Problemas atuais de prescrição extintiva no direito civil: das vicissitudes do prazo ao merecimento de tutela. *Civilistica.com*, a. 10, n. 3, 2021.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. *Civilistica.com*, a. 4, n. 1, 2015.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017.
- SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Considerações sobre a autonomia funcional da responsabilidade civil no direito brasileiro. *Revista da AGU*, vol. 21, n. 3. Brasília: jul.-set./2022.
- SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Prazo prescricional da pretensão restitutória no direito brasileiro: o exemplo da restituição decorrente da resolução do contrato de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 30, n. 134. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar.-abr./2021.
- STEINER, Renata. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- TEPEDINO, Gustavo. A assunção de débito cumulativa como instrumento de reforço do vínculo obrigacional. *Soluções práticas de direito*, vol. II. São Paulo: RT, 2012.
- TEPEDINO, Gustavo. Autonomia privada e obrigações reais. *Soluções práticas de direito*, vol. II. São Paulo: RT, 2012.
- TEPEDINO, Gustavo. Inadimplemento contratual e tutela específica das obrigações. *Soluções práticas de direito*, vol. II. São Paulo: RT, 2012.
- TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do direito civil*, vol. 1. Rio de Janeiro: GEN, 2020.
- TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil*, vol. 4. Rio de Janeiro: GEN, 2020.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde. Âmbito de incidência da cláusula resolutiva expressa: para além dos contratos bilaterais. *Revista de Direito Privado*, vol. 66. São Paulo: RT, jan.-mar./2016.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 18. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez./2018.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 11. Belo Horizonte: Fórum, jan.-mar./2017.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações*, vol. I. Rio de Janeiro: Processo, 2020.
- TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto privato*. XLVII ed. Padova: CEDAM, 2015.
- TRIMARCHI, Pietro. *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*. Milano: Giuffrè, 2017.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, vol. I. Coimbra: Almedina, 2018.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, vol. II. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. In: GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil*. 3<sup>ème</sup> ed. Paris: LGDJ, 2007.
- WALD, Arnoldo. A obra de Teixeira de Freitas e o direito latino-americano. *Revista de Informação Legislativa*, a. 41, n. 163, jul.-set./2004.
- WALD, Arnoldo. *Direito civil*, vol. 2. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle Pandette*, vol. II. Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: UTET, 1925.
- ZIMMERMANN, Reinhard. Contract Law Reform: The German Experience. In: VOGENAUER, Stefan; WEATHERILL, Stephen (Ed.). *The Harmonisation of European Contract Law: Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*. Portland: Hart, 2006.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Cape Town: Juta & Co., 1990.

### Como citar:

SOUZA, Eduardo Nunes de. O equivalente no direito das obrigações: uma proposta hermenêutica. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 12, n. 1, 2023. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-equivalente/>>. Data de acesso.

