

**"EFEITOS DA MORA DO CREDOR NO CÓDIGO CIVIL DE 2002:
ORIGEM, SENTIDO, ALCANCE E CONSEQUÊNCIAS DA SUJEIÇÃO DO CREDOR
A RECEBER A COISA 'PELA ESTIMAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO DEVEDOR'
(ART. 400, PARTE FINAL)", DE FRANCISCO SABADIN MEDINA**

*"EFEITOS DA MORA DO CREDOR NO CÓDIGO CIVIL DE 2002:
ORIGEM, SENTIDO, ALCANCE E CONSEQUÊNCIAS DA SUJEIÇÃO DO CREDOR
A RECEBER A COISA 'PELA ESTIMAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO DEVEDOR'
(ART. 400, PARTE FINAL)", BY FRANCISCO SABADIN MEDINA*

ANDRÉ NUNES CONTI

Doutorando e mestre (LL.M.) em Direito pela *Ludwig-Maximilians-Universität* de Munique. Advogado em São Paulo.
andre.nunes.conti@alumni.usp.br

DADOS BIBLIOGRÁFICOS: SABADIN MEDINA, Francisco. *Efeitos da mora do credor no Código Civil de 2002: origem, sentido, alcance e consequências da sujeição do credor a receber a coisa "pela estimação mais favorável ao devedor"* (art. 400, parte final). Belo Horizonte: Arraes, 2022.

INTRODUÇÃO

Nil sapientiae odiosius acumine nimio, nada é mais odioso à sabedoria do que a sutileza excessiva – é a frase que Edgar Allan Poe atribui a Sêneca e usa como epígrafe no seu conhecido conto “The Purloined Letter”, em que ridiculariza a preocupação por investigar ninharias quando a solução para um problema está à vista dos olhos e exige apenas bom senso. Nesse sentido, poderia afigurar-se à primeira vista desconcertante um trabalho que se propõe a investigar minuciosamente a parte final do art. 400 do Código Civil, cujo conteúdo parece ser tão simples: a mora do credor “sujeita-o a recebê-la [a coisa devida] pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação”. O próprio jurista que formulou esse dispositivo no Anteprojeto do Código Civil considerou desnecessário explicá-lo, observando apenas que “como todos estão de acôrdo em que o pensamento é um só, e a

CONTI, André Nunes. “Efeitos da mora do credor no Código Civil de 2002: origem, sentido, alcance e consequências da sujeição do credor a receber a coisa 'pela estimação mais favorável ao devedor' (art. 400, parte final)”, de Francisco Sabadin Medina. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 36. ano 10. p. 297-320. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2023.

dificuldade estava na fórmula, o Anteprojeto adotou a expressão ‘estimação mais favorável ao devedor’, que é imune a dúvida”¹.

Em defesa do novo estudo sobre os “*Efeitos da mora do credor no Código Civil de 2002: Origem, sentido, alcance e consequências da sujeição do credor a receber a coisa ‘pela estimação mais favorável ao devedor’* (art. 400, parte final)”, de Francisco Sabadin Medina, contudo, poderíamos invocar a advertência de um outro afamado autor de contos policiais, que, divergindo de Poe, previne contra a ingênua predisposição a passar por alto o que parece evidente: “there is nothing more deceptive than an obvious fact”².

Com efeito, basta abrir o livro do Autor (doravante: “A.”) para se convencer do excesso de otimismo com que Agostinho Alvim dispensou comentários à regra contida na parte final do art. 400. Mais sensata parece ser a observação do autor original do dispositivo correspondente no Código de 1916, que se queixava do fato de a regra por ele proposta haver sido incompreendida e distorcida por um legislador que sequer se dava conta do que estava fazendo: “Estas cousas em Direito não se opinam por palpite nem pelo que parecer á primeira vista”³.

Por detrás da “estimação mais favorável ao devedor”, pela qual o credor em mora fica sujeito a receber a prestação, esconde-se uma problemática real, a cujo respeito divergiram grandes nomes do direito brasileiro. Ela provavelmente é hoje ignorada, na prática, pela maior parte dos juristas no Brasil, do que é sintomático o fato de o A., conhecido pelo escrúpulo com que não admite lacunas em suas pesquisas, ter de admitir: “não logramos encontrar sequer uma decisão que o aplicasse” (p. 123)⁴. Considerando que as suas consequências podem ser dramáticas a depender da interpretação que se lhe dê, é de se supor que a ausência do art. 400, parte final, do Código Civil na jurisprudência se

1. ALVIM, Agostinho. Exposição de Motivos. *Revista do Instituto dos Advogados* (1972), p. 33. Cf. também: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 109 (“o interessante é que não há divergência na idéia”).
2. A frase é de Arthur Conan Doyle e aparece em *The Boscombe Valley Mystery*. Não podemos deixar de observar que, ironicamente, qualquer um que se “preocupe com ninharias” descobrirá ser a frase atribuída por Poe a Sêneca, ao que parece, de Petrarca: ela não consta em nenhuma das obras de Sêneca, mas foi *ipsis litteris* utilizada no século XIV por Francesco Petrarca no primeiro livro (“*De ingenio*”) de sua obra *De remediis utriusque fortunae*. Cf. o curioso artigo de THEODORAKIS, Stavros. The Motto in Edgar Allan Poe’s “The Purloined Letter”. *A Quarterly Journal of Short Articles, Notes and Reviews* 22, 2009. p. 25-27.
3. LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Dos efeitos das obrigações (arts. 928 a 1.078)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934. p. 166.
4. Indicações de página sem menção à obra referem-se ao objeto da resenha: SABADIN MEDINA, Francisco. *Efeitos da mora do credor no Código Civil de 2002: Origem, sentido, alcance e consequências da sujeição do credor a receber a coisa “pela estimação mais favorável ao devedor”* (art. 400, parte final). Belo Horizonte: Arraes, 2022.

deva sobretudo à falta de segurança dos advogados e juízes em aplicar um dispositivo que, no fundo, não está claro – o que justifica o novo esforço interpretativo do A. no estudo que acaba de publicar.

1. CONTEÚDO

1.1. A interpretação que o A. propõe para a parte final do art. 400 do Código Civil é a seguinte (p. 138-139):

Ao prever que o credor em mora fica sujeito a receber a coisa “pela estimação mais favorável ao devedor”, esse dispositivo estatuiria um direito potestativo do devedor de modificar a obrigação substituindo o objeto da prestação pelo seu valor em dinheiro, sem com isso impactar a eventual obrigação do credor de realizar uma contraprestação.

Os pressupostos para o surgimento desse direito seriam: (i) uma obrigação de entregar coisa (ou de fazer e depois entregar, como na empreitada) cujo valor de mercado é aferível com objetividade a qualquer tempo (como ações de companhia aberta, moeda estrangeira ou *commodities* em geral); (ii) a mora do credor; e (iii) a possibilidade do adimplemento *in natura*.

Seu exercício dar-se-ia por notificação extrajudicial, em que o devedor fixa um prazo razoável para que o credor (já constituído em mora) aceite a entrega da coisa devida, sob pena de o objeto da prestação ser substituído pelo seu valor em dinheiro. Em casos de urgência, a fixação de prazo razoável seria dispensável, podendo o direito ser exercido imediatamente com a simples notificação.

O valor da “estimação mais favorável ao devedor” seria sempre o valor mais baixo que a coisa devida houvesse assumido em qualquer momento entre o dia seguinte à constituição da mora do credor e o dia do efetivo pagamento, considerando tanto o lugar de celebração do contrato quanto o de realização ou de cumprimento da prestação (*i.e.* de realização do ato devido devedor ou de recebimento da prestação pelo devedor, que é diverso daquele em obrigações de remessa).

O sentido da regra estaria em “favorecer o devedor pela mora do credor” (p. 112). Ao ver do A., embora criticável, essa teleologia claramente decorreria *de lege lata* da referência à estimação “mais favorável” ao devedor; *de lege ferenda*, contudo, o A. entende que o dispositivo deveria ser alterado para prever que a mora do credor apenas impedisse que ele lucrasse com seu atraso, sem conferir ao devedor a possibilidade de se enriquecer.

Esse direito potestativo do devedor de substituir a prestação por seu equivalente em dinheiro na hipótese de mora do credor, que carece de paralelos em outros ordenamentos jurídicos modernos, serviria para conferir ao devedor mais um modo de se liberar da sua obrigação, um modo que fosse “adaptado, flexível e justo às necessidades da economia contemporânea de uma resposta rápida e eficiente” (p. 139), funcionando como

CONTI, André Nunes. “Efeitos da mora do credor no Código Civil de 2002: origem, sentido, alcance e consequências da sujeição do credor a receber a coisa ‘pela estimação mais favorável ao devedor’ (art. 400, parte final)”, de Francisco Sabadin Medina. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 36. ano 10. p. 297-320. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2023.

um instrumento alternativo à consignação em pagamento (arts. 334 e segs. do Código Civil) e preenchendo a lacuna que faz a falta da venda substitutiva (já não regulada no Brasil desde a revogação do art. 1.113 do CPC/73), bem como, nos contratos bilaterais em que o credor deve uma contraprestação ao devedor, como uma alternativa aos remédios de que o devedor dispõe quando inadimplida a contraprestação, como o de exigir o cumprimento ou resolver o contrato (art. 475 do Código Civil). A regra seria aplicável tanto no direito civil quanto no direito empresarial e do consumidor (p. 125).

Ao que parece, uma interpretação semelhante já fora defendida para o art. 958 do Código Civil de 1916 por Manuel Paulo Merêa (p. 83), para quem a mora do credor conferiria ao devedor a “faculdade” (isto é, o direito potestativo) “de satisfazer a prestação que lhe incumbe de acordo com a mais baixa estimação”⁵.

1.2. A interpretação do A. contrasta, porém, com o sentido que a regra tinha em sua origem bem como com outras interpretações que ela recebeu ao longo do século XX.

1.2.1. Em sua origem – tanto no manual de obrigações de Lacerda de Almeida⁶ (p. 79), que a formulou pela primeira vez no Brasil, quanto no contexto do *ius commune*, de onde ele a tirou – a regra servia para fixar o valor que o credor em mora receberia caso ele já não pudesse receber a prestação, principalmente nos casos em que ela se torna impossível por perecimento da coisa. Em outras palavras, a regra trataria dos casos de substituição *necessária* da prestação por seu valor em dinheiro, não de um direito potestativo do devedor de realizar uma substituição *voluntária*.

1.2.2. Houve também quem interpretasse o art. 958 do Código Civil de 1916 no sentido de que o credor em mora estaria sujeito a uma alteração *da quantidade* do objeto da prestação devida, a ser ajustada para assegurar que ele efetivamente só recebesse no momento do pagamento uma quantidade correspondente ao menor valor que a prestação houvesse assumido desde o dia do início de sua mora⁷ (p. 94), e houve mesmo quem pensasse em uma *determinação* da prestação fixada com base em um índice flutuante (como o câmbio), julgando que a regra exigiria utilizar o menor valor que o índice tivesse assumido desde a constituição do credor em mora⁸ (p. 82).

5. MERÊA, Manuel Paulo. *Código Civil brasileiro anotado*. Lisboa: Livraria Clássica, 1917. art. 958. p. 323.

6. LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Dos efeitos das obrigações...* Op. cit., p. 165-168.

7. CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. v. XII. art. 958. n. 4. p. 333-334; CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio; AGUIAR DIAS, José de. *Doutrina e prática das obrigações ou teoria geral dos direitos de crédito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. t. I. n. 266. p. 484, especialmente nt. 331-a.

8. ESPINOLA, Eduardo. *Sistema do Direito Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944. v. II. t. I. p. 405-406, nt. 182.

CONTI, André Nunes. “Efeitos da mora do credor no Código Civil de 2002: origem, sentido, alcance e consequências da sujeição do credor a receber a coisa ‘pela estimação mais favorável ao devedor’ (art. 400, parte final)”, de Francisco Sabadin Medina. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 36. ano 10. p. 297-320. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2023.

1.2.3. A opinião majoritária, porém, é a que surgiu com o modo peculiar como Ruy Barbosa leu o dispositivo formulado no Projeto da Câmara dos Deputados para o Código de 1916 com base no manual de Lacerda de Almeida: a regra se voltaria a alterar a *contraprestação* que o credor em mora porventura devesse ao devedor, isto é, o credor estaria sujeito a receber a coisa (*in natura*, e na quantidade a princípio ajustada) por um *preço diferente* do acordado, recalculado com base no mais baixo valor que a coisa tivesse assumido no entretanto entre a constituição do credor em mora e a realização da prestação. Foi de acordo com essa interpretação que Agostinho Alvim compreendeu o art. 958 do Código de 1916 e foi com base nela que ele formulou o artigo do Anteprojeto que viria a tornar-se o art. 400 do Código Civil de 2002⁹ (p. 101).

1.3. Para sustentar que a sua interpretação deva prevalecer sobre todas essas outras, o A. realiza uma cuidadosa análise do processo histórico que levou à atual formulação do art. 400 do Código Civil.

1.3.1. Sua exposição começa por uma breve notícia da origem da regra no *ius commune*, com os comentários de Cujácio a D. 17, 1, 34, de Vinnius a D. 13, 6, 3, 2 e de Warnkönig a D. 19, 1, 3, 4, sendo notável que o A. não deixa de apresentar um breve panorama da vida e das obras de cada um desses autores, não por mera erudição, mas para destacar aspectos que se refletem no modo e nos fins com que eles interpretam as fontes e se relacionam com a tradição; aspectos, pois, que influem no modo como eles compreendem os efeitos da mora do credor (capítulo 2).

1.3.2. Em seguida, são sintetizadas as discussões que versaram sobre essa regra no contexto da Escola Histórica na Alemanha do século XIX – mas apenas na medida em que indícios concretos da sua influência sobre Lacerda de Almeida e manuais posteriores justificam sua presença em um estudo sobre a interpretação de uma norma vigente no Brasil (capítulo 3).

1.3.3. E o cerne da obra está no relato detalhado do percurso que a regra seguiu do manual de obrigações de Lacerda de Almeida aos primeiros projetos de Código Civil brasileiro, destes à concepção e elaboração do Código de 1916, deste aos projetos subsequentes desenvolvidos ao longo do século XX, até chegar ao Código de 2002 (capítulo 4): Lacerda de Almeida sugerira que se incluísse no Projeto do Código de 1916 um dispositivo que contivesse a regra pela qual a mora do credor “sujeita-o a recebê-la pela *mais baixa* estimação si houver diferença entre o valor, ao tempo do contrato, e do pagamento” (p. 69), mas Ruy Barbosa leu apenas por alto o dispositivo inserido no Projeto e já afirmou: “Pela *mais baixa* estimação’. Temos aqui um equívoco. Em vez de ‘pela *mais baixa*’, será pela *mais alta* estimação. Recebendo o objecto pela *mais baixa* estimação, não perderia com a mora o credor culpado: ganharia, e seria por ella

9. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências...* Op. cit., p. 112.

CONTI, André Nunes. “Efeitos da mora do credor no Código Civil de 2002: origem, sentido, alcance e conseqüências da sujeição do credor a receber a coisa ‘pela estimação mais favorável ao devedor’ (art. 400, parte final)”, de Francisco Sabadin Medina. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 36. ano 10. p. 297-320. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2023.

recompensado”¹⁰ (p. 71). Essa inversão – fruto de um descuido impressionante na pena de alguém envolvido na elaboração da lei – criou uma nova regra, que só poderia fazer sentido se adquirisse um conteúdo completamente diverso. Não surpreende que ela tenha passado a ser interpretada, como demonstra o A., de forma diferente por cada jurista que sobre ela se debruçou ao longo do século XX. E essa narrativa dramática dos acasos que foram transformando a regra que acabaria no art. 400 do Código Civil converge para o anticlímax em que o autor da parte de obrigações do Anteprojeto do Código de 2002, tratando do assunto em seu manual, finalmente colocou uma “pá de cal” no assunto pelas vias do “*mos brasiliensis iura legendi*” (p. 86): a citação acrítica de doutrina estrangeira que atribui a soluções arbitrárias um certo ar europeu, garantindo sua aceitação generalizada.

Essa ironia do A. quer ser levada a sério, pois revela em tom de remoque o que é, na verdade, uma das grandes preocupações da sua produção acadêmica como um todo: defender a autonomia do direito brasileiro. Voltando-se decididamente contra a flexibilidade com que os brasileiros por vezes costumamos “importar” de forma acrítica discussões relativas a outros ordenamentos jurídicos e citar autores estrangeiros com força de autoridade ao lado – ou mesmo no lugar – dos autores que estudaram especificamente o direito vigente no Brasil, o A., por um lado, desenvolve uma ampla revisão dos dados do direito estrangeiro relevantes para o seu estudo (sobretudo das raízes do direito brasileiro no *ius commune* europeu), mas, por outro, toma o cuidado de separar esse relato da análise do direito brasileiro, de submeter principalmente a própria doutrina nacional a uma revisão exauriente e de se manter nos estreitos limites do direito vigente quando tece os argumentos que fundamentam sua interpretação, como já fizera em proporções ainda maiores na sua (sem risco de exagerar: monumental) tese de doutorado¹¹, também publicada recentemente. Essa fidelidade às especificidades do direito brasileiro é louvável. Se e em que medida o *mos brasiliensis* – ou pelo menos um aspecto dele – não tem no fundo lá a sua justificação, contudo, é matéria que não cabe aqui discutir.

1.3.4. Merece destaque, por fim, o cuidado do A. em testar suas conclusões mediante a discussão detalhada de quatro casos concretos em que o art. 400 do Código Civil, a seu ver, poderia ser aplicado. Os fatos que compõem dois dos casos discutidos foram extraídos de um parecer de J. X. Carvalho de Mendonça, emitido em 8 de outubro de 1913, e de uma decisão do STF de 1973¹², ambos relativos à mora do credor, mas em nenhum

10. BARBOSA, Ruy. *Projecto de Codigo Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902. v. 1. p. 352.

11. SABADIN MEDINA, Francisco. *Compra e venda de coisa incerta no direito civil brasileiro: Uma análise do dever do vendedor no Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. t. I e II.

12. STF, RE 74.881-RJ, 2ª T., rel. Min. Barros Monteiro, j. 30.03.1973, in: JC 5, 1976, p. 84 ss.

CONTI, André Nunes. “Efeitos da mora do credor no Código Civil de 2002: origem, sentido, alcance e consequências da sujeição do credor a receber a coisa ‘pela estimação mais favorável ao devedor’ (art. 400, parte final)”, de Francisco Sabadin Medina. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 36. ano 10. p. 297-320. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2023.

dos quais se chegou a aplicar a regra do recebimento da coisa devida por sua mais alta estimacão. Os outros dois são casos fictícios. Essa elogiável instanciao da tese do A. em problemas concretos revela tanto a relevância prática quanto as possíveis inconsistências de sua interpretao peculiar, abrindo espaço para uma discussão mais franca e menos vaga de como se deve compreender o art. 400 do Código Civil. O leitor fica com a impressão de que, tivessem os envolvidos na elaborao dos dois Códigos chegado a descer a esse nível de realismo nos exemplos, boa parte da confusão que circunda a norma teria sido evitada.

2. MÉRITO

No que se refere ao mérito da interpretao propugnada pelo A., no entanto,  preciso considerar o seguinte.

2.1. Não cabe aqui reincidir nos motivos de queixa de Lacerda de Almeida e “opinar por palpite” a respeito de qual  a interpretao correta do art. 400 do Código Civil, sem entrar em uma discussão que se proponha o nível de profundidade com que o A. tratou do tema. Cabe, porém, avaliar de modo geral a razoabilidade da interpretao do A., confrontando-a com as demais interpretaes possíveis com base nos critérios que sempre devem pautar a interpretao da lei.

O ponto mais forte da investigao do A. está no argumento histórico, que explora em detalhes o contexto em que o legislador atuou e os indícios concretos da intenco das pessoas envolvidas na elaborao da lei. Essa espécie de argumento tem uma força excepcional na interpretao de textos legais por ser a que mais diretamente se reveste de legitimao democrática: trata-se de identificar concretamente o que decidiu o legislador histórico enquanto assembleia representante do povo.

Como se sabe, porém, o sentido da lei não se reduz  intenco de algumas pessoas que a escreveram: essa intenco no mais das vezes não  clara; se  clara, não  única; se  única, pode envolver confusões, mal-entendidos ou descuido (de que o art. 400  um exemplo paradigmático). O “legislador”  uma construo que deve ser feita sob o princípio do Estado de Direito, a primeira de cujas exigências  a proibico de arbitrariedade ou, positivamente formulada, a exigência de racionalidade. Sem jamais desprezar o contexto e os dados concretos de elaborao da lei, deve o intérprete ir muito além deles.  preciso partir do texto que se tornou lei no seu sentido geral (e não necessariamente no sentido idiossincrático com que alguém o formulou, pois o ato de promulgao se dirige ao povo e se imputa ao Estado), para levar em conta sobretudo suas interaes sistemáticas com outras regras e assegurar a consistência valorativa do sistema, postulada pela exigência de racionalidade e necessária  isonomia, bem como o substrato racional objetivo da norma a ser interpretada, sua *ratio*, que se depreende dos valores que ela tende a realizar e das finalidades práticas que ela pode perseguir ao ser aplicada ainda hoje.

CONTI, André Nunes. “Efeitos da mora do credor no Código Civil de 2002: origem, sentido, alcance e consequências da sujeio do credor a receber a coisa ‘pela estimacão mais favorável ao devedor’ (art. 400, parte final)”, de Francisco Sabadin Medina. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 36. ano 10. p. 297-320. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2023.

Conforme já dito, o trabalho do A. deixa assustadoramente claro como a parte final do art. 400 do Código Civil é fruto de uma concatenação de acasos, isto é, de incompreensões sobre incompreensões, a começar pela formulação original de Lacerda de Almeida, que foi incompreendida por Ruy Barbosa, que foi incompreendido pelo Senado, que aprovou uma norma cuja ambiguidade não foi de todo percebida por Agostinho Alvim, que formulou o atual art. 400 retirando do art. 958 do Código de 1916 a única palavra que sustentava sua interpretação peculiar, trazendo assim ainda maior ambiguidade à regra. Aqui se revela com toda a sua crueza a necessidade de que o intérprete “encontre”, por conta própria, pautado por outros critérios que o argumento histórico, pelo menos alguma interpretação que se afigure razoável e dê sentido à norma. Cumpre, pois, aquilatar a interpretação do A. e as interpretações alternativas em vista da literalidade, do contexto sistemático e da teleologia do dispositivo de lei em questão, para ver qual delas é a que se afigura mais razoável.

2.2. Começemos por algumas considerações relativas à *literalidade* da parte final do art. 400 do Código Civil.

2.2.1. Em primeiro lugar, a lei sujeita o credor em mora a “recebê-la” [a coisa] pela estimação mais favorável ao devedor. Em termos de clareza, essa formulação deixa a desejar, pois em sentido estrito é a própria *coisa* o que a lei manda receber, não um *valor* em seu lugar. Isso implicaria que, se a coisa ainda é recebida e há uma alteração de valor, essa alteração de valor só poderia recair sobre a contraprestação, mediante um ajuste no preço, no sentido da opinião majoritária. De fato, foi justamente em razão do modo como Ruy Barbosa – que bem se pode considerar como um standard de português correto – compreendeu essa formulação que surgiu a opinião hoje majoritária (p. 71).

No entanto, não há dúvidas de que Lacerda de Almeida formulou a regra (tal qual incorporada por Bevilacqua no Projeto de Código) de modo idiossincrático, querendo dizer que o valor é recebido *no lugar da coisa* (p. 79). Se essa formulação idiossincrática fosse rigorosamente incompatível com as regras do português, a interpretação que aplica a regra para alterar a prestação, sujeitando o credor a receber um valor no lugar da coisa, seria *contra legem*, e só poderia ser aceita caso se demonstrasse serem implausíveis todas as interpretações compatíveis com a literalidade. Mas a formulação, conquanto criticável, ainda cabe na norma padrão do português. É dizer: há lugar para atribuir ao legislador uma interpretação *secundum legem* pela qual a parte final do art. 400 leva a uma alteração da própria prestação devida ao credor em mora, não da contraprestação por este porventura devida ao devedor¹³.

13. Aliás, embora não haja indícios de que Lacerda de Almeida tenha pensado nisso, é interessante levar em conta que a literalidade da formulação que manda “receber a coisa pela estimação” pode significar, mesmo em sentido técnico, a recepção do valor no lugar da coisa especialmente quando se pressupõe a *ficção* de que a coisa ainda existe e é entregue, quando na realidade apenas

CONTI, André Nunes. “Efeitos da mora do credor no Código Civil de 2002: origem, sentido, alcance e consequências da sujeição do credor a receber a coisa ‘pela estimação mais favorável ao devedor’ (art. 400, parte final)”, de Francisco Sabadin Medina. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 36. ano 10. p. 297-320. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2023.

2.2.2. Em segundo lugar, entre as razões utilizadas pelo A. na defesa de sua interpretação, há dois argumentos pautados na literalidade do art. 400 que, a nosso ver, não se mostram de todo convincentes.

O primeiro consiste em afirmar que a palavra “estimação”, pela tradição com que a literatura jurídica utiliza sua raiz latina em sentido técnico (*aestimatio*), significaria necessariamente a atribuição de um valor à própria coisa devida, jamais podendo abranger o reajuste no preço. O A. parece assumir com base nisso que, ao tratar da “estimação” da coisa, o legislador necessariamente deveria estar estatuidando uma regra que define o objeto da prestação, sem nada dispor a respeito da contraprestação (p. 81). No entanto, embora a expressão “estimação” de fato sempre suponha a atribuição de um valor à própria coisa, ela também é usada (pelo menos pela doutrina) em sentido técnico para se referir a um ajuste do preço, isto é, da contraprestação, como na ação “estimatória” do art. 442 do Código Civil (que altera a contraprestação com base no valor que se estima para a prestação). O uso dessa palavra não é indício útil para decidir entre as interpretações que supõem uma alteração da prestação ou da contraprestação por força do art. 400 do Código Civil.

O segundo argumento literal do A. consiste em supor que a palavra “sujeita” implicaria necessariamente que a norma concede ao devedor um direito potestativo (p. 116). Essa inferência parte da ideia de que à posição jurídica de direito potestativo (ou

seu valor em dinheiro o é. Esse era precisamente o sentido da ficção da *perpetuatio obligationis* no direito romano, pela qual o devedor ainda respondia se a coisa certa devida se perdia por sua culpa (*per debitorem stetit quo minus daret*), sendo tratado como se ainda estivesse obrigado a entregar a coisa existente, pois se fingia que a coisa ainda existia no momento da *litis contestatio* (o que era pressuposto pela fórmula utilizada em casos de obrigação de dar coisa certa), embora ela já não mais existisse e, portanto, a obrigação em princípio devesse estar extinta (cf.: KASER, Max. *Das römische Privatrecht*. München: C.H.Beck, 1971. v. 1. § 119. p. 514). Esse paralelo serve para aproximar da literalidade do art. 400 a interpretação que lê em “recebê-la pela estimação” a hipótese em que a coisa *já não pode* mais ser entregue *in natura*, por ter perecido (substituição necessária), e não a hipótese em que o devedor simplesmente deseja não entregá-la (substituição voluntária). É de se notar que o A. dá pouco relevo a essa distinção entre os casos de substituição *necessária* e *voluntária* da coisa por seu valor, quando é justamente nela, a nosso ver, que reside a principal questão. O A. afirma: “No texto, Vinnius diferencia entre o cálculo do valor da coisa (*aestimatio*) pedido *jure actionis* e *officio judicis*, afirmando que a pergunta central do capítulo somente se apresenta no segundo caso. Para os fins do presente texto, esses detalhes podem ser deixados de lado” (p. 28, nt. 107). Pelo contrário: quando Vinnius fala apenas das situações de *aestimatio officio judicis*, isto é, de situações em que o juiz *precisa* fazer a estimação, ele traça justamente a diferença que interessa entre o direito potestativo propugnado pelo A. (*aestimatio jure actionis*) e a regra de responsabilidade secundária correspondente à origem da regra no *ius commune* e no manual de obrigações de Lacerda de Almeida (*aestimatio officio judicis*). Como se verá, há fortes razões para assumir que o art. 400, parte final, do Código Civil trata apenas na substituição necessária, e não voluntária do objeto da prestação.

CONTI, André Nunes. “Efeitos da mora do credor no Código Civil de 2002: origem, sentido, alcance e consequências da sujeição do credor a receber a coisa ‘pela estimação mais favorável ao devedor’ (art. 400, parte final)”, de Francisco Sabadin Medina. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 36. ano 10. p. 297-320. São Paulo: ED. RT, jul./set. 2023.

competência) corresponde em lógica deôntica, como polo oposto, a posição de “sujeição”. No entanto, para além do fato de que o legislador do Código Civil está longe de utilizar de modo preciso e consistente os termos técnicos que designam essas categorias abstratas da teoria do direito, também é bom português (mesmo jurídico) afirmar que alguém está “sujeito” a uma consequência que a lei lhe impõe de modo inexorável. O uso do verbo “sujeitar”, pois, é um dado inútil para decidir entre as interpretações que supõem uma substituição necessária ou voluntária do objeto da prestação por seu valor.

2.2.3. Em terceiro lugar, e em sentido inverso, um dado literal importante que o A. aparentemente deixa de levar em conta em sua interpretação é o fato de que a lei fala apenas em uma oscilação do valor da coisa no *tempo*, isto é, entre um “dia” e outro. Do simples fato de que pode haver na prática também uma variação quanto aos diversos *lugares* pertinentes ao contrato (o lugar da celebração, da realização da prestação pelo devedor e do recebimento pelo credor) e de que essa variação foi levada em conta pelos juristas que formularam uma regra semelhante no *ius commune*, não se infere, de modo nenhum, que o legislador brasileiro também a tenha considerado relevante. Assumir a relevância de uma variação do valor da coisa de lugar para lugar carece absolutamente de qualquer apoio concreto na literalidade da lei e, pois, só pode ser assumida como fruto de uma eventual *integração* da lei (por uma extensão teleológica *praeter legem*), caso haja motivos suficientes para tanto, incumbindo o ônus argumentativo a quem deseja ir além da letra da lei – no caso, ao A. Contudo, não foram apresentadas pelo A. razões convincentes nesse sentido. Ele se limita a afirmar:

“[c]omo ignorar essa diferença [de valor entre os diversos lugares pertinentes ao contrato] iria contra a própria *mens legis* do art. 400, parte final de conceder ao devedor a estimacão que lhe for mais favorável, a nosso ver o local deve ser necessariamente levado em conta como uma variável” (p. 119).

Com todo respeito, essa é uma clara petição de princípio. A pergunta é justamente se a *mens legis* é ou não a de conceder a estimacão mais favorável *quanto ao lugar*, além de quando ao tempo. À falta de razões suficientes, não parece razoável nem possível assumir que a variação de valor de um lugar para outro seja relevante. Mais adiante trataremos de qual parece ser o único lugar relevante para aferir a variação no tempo que importa para o art. 400 do Código Civil.

2.3. Para além da mera literalidade, no entanto, são sobretudo as considerações de ordem *sistemática* as que permitem aferir a razoabilidade das diversas interpretações já propostas para o art. 400 do Código Civil.

2.3.1. Em primeiro lugar, devem-se levar em conta, ao interpretar o art. 400, as *regras que explicitamente já tratam de variações no valor da prestação e de uma eventual contraprestação*. Uma análise cuidadosa dessas regras demonstra ser a única interpretação possível a que assume uma alteração do objeto da prestação (recebendo o credor

CONTI, André Nunes. “Efeitos da mora do credor no Código Civil de 2002: origem, sentido, alcance e consequências da sujeição do credor a receber a coisa ‘pela estimacão mais favorável ao devedor’ (art. 400, parte final)”, de Francisco Sabadin Medina. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 36. ano 10. p. 297-320. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2023.

dinheiro no lugar da coisa), isto é, ela confirma a avaliação do A. no sentido de que a opinião majoritária (que assume um reajuste da contraprestação) não é sustentável.

Isso, porém, não simplesmente pelo fato de o art. 400 figurar na parte geral das obrigações, o que levaria a pensar ser ele aplicável mesmo a relações obrigacionais situadas fora do contexto de um contrato bilateral, isto é, sem que haja uma contraprestação associada à obrigação em relação à qual o credor incorre em mora. Com efeito, o Código Civil já inaugura a parte geral das obrigações com uma inconsistência dessa espécie nos arts. 234, 235 e 237, que, devendo em tese aplicar-se a todas as obrigações de dar coisa certa (mesmo fora do contexto de contratos bilaterais), regulam na verdade expressamente o que acontece com o “preço” da coisa devida, supondo haver uma contraprestação a ser regulada juntamente com a prestação.

O fator decisivo está, antes, no fato de que a contraprestação eventualmente devida pelo credor no âmbito de um contrato bilateral já é disciplinada pelas regras referentes à *mora solvendi* em que incorre o credor se ele deixa de realizar a contraprestação. Isso porque, estando o credor em mora de receber a prestação, ele não pode opor ao credor a exceção do contrato não cumprido do art. 476 do Código Civil¹⁴. Assim, quando o credor incorre em mora de receber a prestação, o devedor, enquanto credor da contraprestação, pode imediatamente exigir a contraprestação (caso esta não esteja sujeita a condição ou a prazo), constituindo-o em *mora solvendi* se ele não a realizar. Por exemplo, se o vendedor oferece a coisa ao comprador e este não a aceita, o vendedor pode (exceto nas vendas a crédito, em que a contraprestação está sujeita a prazo) imediatamente constituir em *mora solvendi* o comprador quanto a sua obrigação de pagar o preço, para além de constituí-lo em *mora accipiendi* quanto ao seu direito de aceitar a coisa.

Em outras palavras, é preciso diferenciar claramente o atraso em que uma das partes incorre ao deixar de aceitar a prestação que lhe é devida (*mora accipiendi*, regulada

-
14. Cf.: “Após a mora, não pode o credor recusar-se a contraprestar, com a alegação de ter exceção *non adimpleti contractus*, ou *non rite adimpleti contractus*, ou outra. Se, conforme o contrato, a contraprestação é exigível quando o devedor faça a prestação, e o credor incorre em *mora creditoris*, pode o devedor exigir a contraprestação. Porque a mora do credor não pode prejudicar o devedor” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2012. t. 23. § 2.815. p. 312). Com efeito, a inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido pelo credor em mora: (i) é implicada *a fortiori* pelo fato de que ela já não se aplica para impedir a cobrança da contraprestação quando a prestação está inexigível por estar sujeita a condição ou prazo (por exemplo, como dispõe o art. 491 do Código Civil para a venda a crédito), pois, se o credor que não podia exigir a prestação precisa contraprestar, o credor que podia exigí-la e não exige o precisa por ainda maior razão; e (ii) pela teleologia do art. 476 do Código Civil, que impede uma parte de exigir a contraprestação antes de “cumprida a sua obrigação” principalmente como forma de permitir que a outra parte a pressione a cumprir a prestação devida, e o devedor que constitui o credor em mora já fez tudo o que estava a seu alcance para realizar sua prestação, já não havendo sentido em conceder ao credor um instrumento para pressioná-lo a tanto.

CONTI, André Nunes. “Efeitos da mora do credor no Código Civil de 2002: origem, sentido, alcance e consequências da sujeição do credor a receber a coisa ‘pela estimação mais favorável ao devedor’ (art. 400, parte final)”, de Francisco Sabadin Medina. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 36. ano 10. p. 297-320. São Paulo: ED. RT, jul./set. 2023.

pelo art. 400 do Código Civil) do atraso em que a mesma parte incorre ao deixar também de realizar a *contraprestação* que, por sua vez, ela deve (*mora solvendi*, regulada pelos arts. 395 e segs. do Código Civil). No caso do comprador que incorre em mora de receber a coisa que o vendedor lhe oferece, tudo o que diz respeito ao que deve ocorrer com o preço (a *contraprestação*) já é regulado pelas regras da *mora solvendi* aplicadas à sua obrigação de *contraprestar*, não precisando ser reguladas pelas regras da *mora accipiendi* relativas ao seu direito de obter a *prestação*. O fato de o art. 476 do Código Civil ser inoponível pelo credor em mora faz com que o interesse do devedor na *contraprestação* (devida pelo credor) seja independente da *mora accipiendi* em que este incorre e, pois, não seja objeto do art. 400 do Código Civil. Este dispositivo, portanto, não pode ser interpretado no sentido de prever, em sua parte final, uma variação da *contraprestação*.

E isso é confirmado por uma análise das regras que concretamente tratam do que ocorre quando há variação no valor da coisa devida seja na *prestação*, seja na *contraprestação*.

A variação no valor decorrente de uma *alteração da substância da prestação* é regulada pelos arts. 235 e 237 do Código Civil. O art. 235 determina que, deteriorada a coisa certa ainda que sem culpa do devedor, o credor pode abater do preço o valor correspondente à deterioração; simetricamente, o art. 237 estatui que, aumentada ou melhorada a coisa certa, o devedor pode exigir aumento do preço. É dizer: independentemente da conduta do credor (inclusive, independentemente de um atraso dele), alterações da substância já provocam, em qualquer caso, por força de lei, uma mudança na *contraprestação*. Assim, não faria sentido ler no art. 400, parte final, do Código Civil, uma regra que manda levar em conta essa variação da substância no caso de mora do credor: por essa leitura, a regra seria inócua, pois essa variação já deve ser levada em conta de todo modo.

Já a variação no valor decorrente, não de uma alteração da substância, mas de uma *flutuação do valor de mercado* da substância da *prestação*, é, via de regra, irrelevante no sistema do direito civil vigente. A menos que as partes hajam estipulado o contrário (por exemplo, pela fixação de um método concreto de avaliação de um bem) ou que usos e costumes concretos apontem em sentido diferente, o objeto da obrigação de dar é *a coisa*, não *seu valor*. Se o atraso do devedor leva o credor a receber uma coisa com valor inferior ao que ela tinha antes do atraso, o credor precisa demonstrar prejuízo concreto para obter a diferença, por exemplo demonstrando a frustração de uma intenção concreta de alienar. Do mesmo modo, se o atraso do credor o leva a receber uma coisa com valor superior ao que ela teria sem o atraso, só há verdadeiro enriquecimento do credor se se puder assumir que ele a teria alienado no entretanto, realizando efetivamente o valor que ela obteve no passado. Isso porque, caso não se comprove que teria havido uma alienação, o credor acabaria, no fim das contas, por ter a própria coisa no momento posterior justamente com o mesmo valor que ela por fim assumiu, sendo, pois, de todo irrelevantes as flutuações passadas que, em qualquer caso, acabariam por ser dissipadas

CONTI, André Nunes. "Efeitos da mora do credor no Código Civil de 2002: origem, sentido, alcance e consequências da sujeição do credor a receber a coisa 'pela estimação mais favorável ao devedor' (art. 400, parte final)", de Francisco Sabadin Medina. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 36. ano 10. p. 297-320. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2023.

pelo tempo sem ter provocado nem perdas nem benefícios para o credor. Além disso, que o objeto da obrigação é, via de regra, a coisa, não seu valor, é confirmado pelo fato de que o mero erro sobre o valor da coisa (não quanto à sua substância) não configura erro substancial para fins do art. 139 do Código Civil.

E para além dos casos em que se comprova que o credor teria realizado o valor da coisa alienando-a, as únicas hipóteses em que a flutuação do valor de mercado da prestação é relevante para aferir um prejuízo ou enriquecimento são aquelas em que o credor acaba por receber dinheiro no lugar da coisa, e é preciso determinar uma data-base para avaliar a coisa e calcular quanto dinheiro ele recebe. Esse era o caso, no direito romano clássico, sempre que o credor precisasse cobrar a prestação judicialmente, pois, no processo formulário romano, a condenação sempre era fixada em dinheiro, de modo que, caso o devedor se resistisse até o fim a entregar a coisa, a execução só traria ao credor uma soma em dinheiro, levantando-se sempre a questão de saber qual era a data relevante para o cálculo desse valor. A data variava a depender da espécie de ação proposta, se de direito estrito (data da *litis contestatio*) ou de boa-fé (data da *res iudicata*), e podia ser deslocada para a data de constituição em mora do credor, caso nela o valor tivesse sido menor que o posterior (p. 25) – sendo justamente desse problema de fixação da data-base de avaliação para fins de liquidação da *condemnatio* que tratava o fragmento D. 17, 1, 37, que está na origem da regra do art. 400, parte final, do Código Civil¹⁵. Hoje, havendo ordinariamente lugar para a execução específica, a única hipótese em que o credor acabará por ter de receber dinheiro no lugar da coisa é a de que a entrega da coisa já não se afigure possível (principalmente por perecimento da coisa, mas também por alienação a terceiros ou outros percalços). Nesses casos de impossibilidade da prestação de dar, ainda hoje é preciso definir a data-base para a avaliação de quanto o credor deve receber no lugar da coisa. Aqui sim há espaço para interpretar o art. 400, parte final, do Código Civil como uma regra que trata justamente desse problema. Antes de testar em que medida ela se adequa a esse fim, porém, cumpre observar o seguinte.

Além da variação no valor de mercado da prestação, a passagem do tempo pode trazer consigo uma *variação no valor da contraprestação*. E é no contexto dessa variação do valor da contraprestação que se deve tratar do risco de inflação para o devedor (credor da contraprestação), e não no contexto da variação do valor da prestação. De fato, conquanto a inflação seja caracterizada por um aumento relativo do valor dos bens em relação a certa moeda, que é a contraface da diminuição relativa do poder de compra dessa moeda em relação a esses bens, a única exposição do devedor de um bem à

15. Embora o A. apresente argumentos (p. 46, nt. 218) para sustentar que mesmo sob a vigência do princípio “*omnis condemnatio pecuniaria*” a regra só se aplicava aos casos de impossibilidade, de modo que tal particularidade do direito romano, pelo menos no *ius commune*, não seria um fator relevante para explicar a aplicabilidade da regra.

CONTI, André Nunes. “Efeitos da mora do credor no Código Civil de 2002: origem, sentido, alcance e consequências da sujeição do credor a receber a coisa ‘pela estimação mais favorável ao devedor’ (art. 400, parte final)”, de Francisco Sabadin Medina. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 36. ano 10. p. 297-320. São Paulo: ED. RT, jul./set. 2023.

inflação reside no risco do que pode ocorrer com a *contraprestação* que lhe é devida. A variação do valor do bem que será entregue ao credor como *prestação* interessa apenas ao credor¹⁶. E o destino da contraprestação, com o correspondente risco de inflação, não deve ser influenciado pelo comportamento do credor em relação à prestação, mas apenas por seu comportamento (enquanto devedor) em relação à contraprestação. Já há regras que tratam de forma adequada do risco de variação do valor da contraprestação em dinheiro: até a data em que a contraprestação se torna exigível, apenas desproporções “manifestas” imprevisíveis (casos excepcionais) entre o valor nominal e o valor real da dívida em dinheiro devem ser corrigidas por um aumento do valor nominal da dívida pelo juiz a pedido do credor (art. 317 do Código Civil); quando a contraprestação se torna exigível e a parte que a devia prestar não presta, incorrendo em mora, a parte que a receberia já está protegida contra inflação pela atualização monetária pelos índices oficiais (art. 395 do Código Civil). Se o credor incorre em mora de receber a prestação, essa mora não impede que o devedor exija a contraprestação (o art. 476 do Código Civil não se aplica, como se viu) e constitua em *mora solvendi* o credor quanto à contraprestação, protegendo-se da inflação a partir desse momento. Não há espaço, pois, para ir além e proteger o devedor contra a inflação também por meio de um ajuste da contraprestação fundado na variação do valor do objeto da prestação (interpretação com que parte da doutrina lê o art. 400, parte final, do Código Civil¹⁷). Além de desnecessário, tendo em vista que já se aplica o art. 395 do Código Civil, isso contraria o princípio de que o objeto da obrigação é a coisa, não seu valor, pois implica uma espécie de ajuste do preço em razão de uma mera oscilação do valor de mercado da coisa que, no fim das contas, o credor em todo caso viria a deter com o valor que ela por fim assumiu ao tempo do efetivo pagamento.

Por fim, quanto às regras relativas à oscilação do valor da prestação, cumpre observar que é insustentável a interpretação já proposta para o art. 958 do Código Civil de 1916, correspondente ao art. 400, parte final, do Código Civil, no sentido de que a sujeição à estimação mais favorável ao devedor (à época, à “mais alta” estimação) serviria para determinar a prestação que, no contrato, fora deixada indeterminada, fixada apenas

16. Como se verá mais adiante, o fato de o devedor ainda precisar eventualmente providenciar o bem devido, comprando-o, não muda o fato de que a mora do credor não implica sua exposição à inflação pela mudança de valor da prestação, pois o credor só se constitui em mora quando o devedor oferece a prestação, e para isso ele precisa já ter providenciado o bem, não mais estando exposto ao risco de ter de comprar o bem no futuro por um preço mais elevado.

17. Nesse sentido: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. t. II. art. 400. p. 305 (“Esta é uma consequência importante, tendo em vista, notadamente, o fenômeno inflacionário. Pode ser que a prestação ajustada para o dia X montasse a 10 mil reais. Não a tendo recebido o credor, a moeda desvalorizou, ou a coisa perdeu valor. Não é obrigado o devedor a pagar pelo preço do dia em que o credor finalmente recebe, mas pelo que lhe é mais favorável”).

com base em um índice (caso paradigma: negócio de câmbio, em que, por exemplo, alguém promete pagar em reais o valor correspondente a 100 £ em certa data), exigindo levar em conta o mais baixo valor (contrariando a literalidade do art. 958 do Código de 1916, que falava no “mais alto”) assumido pelo índice desde a data da constituição do credor em mora até a do efetivo pagamento. Essa interpretação é insustentável porque os negócios com prestação determinável com base no valor que vier a assumir em certa data um índice cuja oscilação não se pode prever são negócios aleatórios (art. 459 do Código Civil, pelo menos por analogia), cujo objeto é precisamente o risco determinado pelas partes de acordo com os parâmetros que elas escolheram (valor de certo índice em certo dia). Alterar a data de fixação do índice para determinar a prestação, nesses casos, seria ainda mais grave do que tratar o objeto da prestação como sendo o valor da coisa devida (como todas as outras interpretações que ajustam a quantidade da prestação com base no valor que a quantidade prometida veio a assumir depois do atraso), pois implicaria, ainda por cima, uma alteração *ex lege* não apenas da quantidade, mas do próprio objeto do contrato – o risco do valor do mesmo índice em outra data é outro, e não foi sobre esse outro risco que as partes celebraram o contrato. Essa seria uma medida drástica, radicalmente violadora da autonomia privada e contrastante com o sistema geral do direito das obrigações brasileiro. Não há razões para assumi-la como a interpretação correta ao art. 400, parte final, do Código Civil.

Com essas considerações relativas às regras que disciplinam a variação do valor da prestação e da contraprestação, portanto, já se puderam excluir tanto as interpretações do art. 400 do Código Civil que assumem uma alteração da quantidade da prestação ou da data-base para aplicação do índice que a determina, quanto as interpretações (corrente majoritária) que assumem um ajuste da contraprestação baseado na variação do valor da prestação. Restam como as únicas plausíveis, pois, as duas interpretações que assumem uma alteração da prestação consistente na substituição da coisa devida por seu valor em dinheiro – a que assume a substituição necessária, de um lado, e a que assume a substituição voluntária, de outro, essa segunda sustentada pelo A.

2.3.2. Assim sendo, como segunda ponderação de ordem sistemática, para decidir qual das duas interpretações que restaram se afigura mais razoável, deve-se ter em conta qual é a relação do art. 400, parte final, do Código Civil com algumas *regras que tratam das possibilidades de liberação do devedor da sua obrigação e da responsabilidade secundária do devedor e do credor durante a mora do segundo*.

No que diz respeito às possibilidades de liberação do devedor de sua obrigação, tem-se que o meio ordinário pelo qual o devedor se libera sem que o credor aceite o pagamento é a consignação em pagamento, disciplinada nos arts. 334 e segs. do Código Civil. A previsão dessa necessidade de que o devedor deposite em juízo o objeto da prestação manifesta uma opção do legislador no sentido de proteger o interesse do credor em receber especificamente a coisa devida mesmo estando ele em mora (art. 335, I, 2ª alt., do

CONTI, André Nunes. “Efeitos da mora do credor no Código Civil de 2002: origem, sentido, alcance e consequências da sujeição do credor a receber a coisa ‘pela estimação mais favorável ao devedor’ (art. 400, parte final)”, de Francisco Sabadin Medina. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 36. ano 10. p. 297-320. São Paulo: ED. RT, jul./set. 2023.

Código Civil). É dizer, a mora do credor não lhe priva da tutela do seu interesse em receber a coisa devida, de modo que o devedor não pode simplesmente deixar o objeto da prestação onde bem entender, apenas avisando o credor. Essa necessidade de depositar a coisa em juízo, no entanto, pode mostrar-se por vezes desproporcionalmente onerosa ao devedor (dados o tempo e os esforços que exige, inclusive no que se refere à necessidade de adiantar as custas processuais, nos termos do art. 82, *caput*, do CPC), impraticável (dada a natureza da coisa a ser depositada) ou mesmo absurda (dada a desproporção entre os custos do depósito e o valor da coisa), o que em princípio leva a pensar na razoabilidade de se admitir um meio alternativo para que o devedor se libere da sua obrigação quando o credor não aceita o pagamento.

O meio alternativo já conhecido no direito brasileiro é a venda substitutiva, pela qual o devedor pode alienar o objeto da prestação devida e se liberar entregando ao credor o saldo obtido com a venda. Essa figura estava prevista como alienação judicial em leilão a ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, no art. 1.113 do CPC/73, para os casos de bens que “forem de fácil deterioração, estiverem avariados ou exigirem grandes despesas para a sua guarda”, mas ela não era apta a solucionar todas as situações de ônus desproporcional ao devedor, pois ainda exigia o dispêndio do tempo e dos recursos necessários à via judicial. Hoje, não há lei expressa disciplinando qualquer forma de venda substitutiva (a alienação judicial do art. 730 do CPC já não cuida das mesmas hipóteses que estavam no art. 1.113 do CPC/73), e isso leva o A. a sustentar que nenhuma forma de venda substitutiva pode ser admitida *de lege lata* no Brasil. Ele se volta especialmente contra a opinião de que a figura poderia ser construída *praeter legem*, pois ela implica prejuízo aos interesses do credor: “a falta de vedação legal (art. 5º, II, CF) somente pode ser utilizada como argumento, quando a conduta envolvida não prejudicar a esfera jurídica de outra pessoa” (p. 102, nt. 316). A nosso ver, esse limite à liberdade geral de atuação dos cidadãos não se erige em um princípio metodológico que impeça a construção de direitos e deveres *praeter legem* – não fora de algumas poucas áreas restritas como o direito penal.

Ao contrário do que sustenta o A. (p. 102, nt. 316), quer-nos parecer que a venda substitutiva (mesmo extrajudicial) é admissível como construção *praeter legem* no direito vigente, e pode ser corretamente situada, entre outros, também no contexto da mitigação dos próprios danos pelo devedor em caso de mora do credor¹⁸. O dever de boa-fé que pesa sobre o devedor (art. 422 do Código Civil) lhe impõe um “dever” de mitigar os próprios danos ou, em outras palavras, concede ao credor uma exceção de dolo presente se o devedor pede o ressarcimento de danos muito elevados que poderia ter evitado. Entre os danos pelos quais o devedor pode exigir ressarcimento estão as despesas

18. No mesmo sentido: DIAS, Daniel. *Mitigação de danos na responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 2020. p. 293.

CONTI, André Nunes. “Efeitos da mora do credor no Código Civil de 2002: origem, sentido, alcance e consequências da sujeição do credor a receber a coisa ‘pela estimação mais favorável ao devedor’ (art. 400, parte final)”, de Francisco Sabadin Medina. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 36. ano 10. p. 297-320. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2023.

de conservação da coisa (art. 400, segunda parte, do Código Civil) e outros danos dela decorrentes, e especialmente em casos de desproporção entre o custo de conservação e o valor da coisa devida, a boa-fé pode exigir do devedor que mitigue, ele mesmo, seus danos de modo a não precisar depois pedir do credor um ressarcimento de despesas desproporcional ao valor da coisa conservada. Essa mitigação pode se dar, a depender do caso, justamente pela alienação da coisa e posterior entrega do saldo ao credor. Aliás, em casos extremos, é possível que até mesmo o *vinum effundere* (derramar o vinho, simplesmente abandonar a coisa) funcione como uma forma de mitigar os próprios danos em favor do credor que os terá de ressarcir, caso a venda por algum motivo não se afigure praticável e o ressarcimento dos danos decorrentes da conservação da coisa pelo devedor ainda se mostrem mais prejudiciais ao credor que a perda da própria coisa. O fato de os pressupostos e os detalhes do procedimento de alienação (ou abandono) não estarem regulados na lei (como estava a alienação judicial no CPC/73) não impede que se admita a sua possibilidade, mas apenas abre espaço para que a boa-fé do devedor seja controlada *a posteriori* pelo juiz, devendo ele atuar, por sua conta e risco, sujeitando-se à discricionariedade judicial, sem a segurança de uma previsão legal concreta.

E a admissão dessa possibilidade é confirmada pelo art. 400, primeira parte, do Código Civil, que alivia o devedor da responsabilidade por culpa simples (isto é, do seu dever de diligência na conservação da coisa) a partir do momento em que o credor incorre em mora. O credor não pode, com seu atraso, impor ao devedor uma prolongação do seu dever normal de diligência na conservação da coisa, de modo que, configurada a *mora accipiendi*, o devedor responde, em caso de perda ou deterioração da coisa, apenas por dolo ou culpa grave (esta última não prevista expressamente na lei, mas implicada pelo dever residual de boa-fé que permanece para o devedor mesmo após a mora do credor: ele segue obrigado a adotar os cuidados mínimos cuja omissão seria desproporcional em relação ao valor da coisa a ser conservada, respondendo caso os omita¹⁹). Isso quer dizer que, caso o devedor aliene a coisa devida para evitar ter de conservá-la, ele responde por ter inviabilizado com dolo (*i.e.* voluntariamente) a sua entrega *in natura*. Pode-se pensar que essa responsabilidade se daria, em princípio, pelo valor da coisa no momento em que a prestação foi inviabilizada, isto é, no momento em que ela foi vendida a um terceiro – e esse valor, a menos que a venda tenha sido realizada em circunstâncias que contrariam a boa-fé, corresponde precisamente ao preço da venda. É dizer, a responsabilidade pelo valor de mercado da coisa no momento da venda já impõe ao devedor que quer se valer da venda substitutiva o ônus de atuar de tal forma que sua boa-fé possa ser constatada *a posteriori*: para limitar sua responsabilidade ao preço obtido com

19. Em que pese à opinião contrária do autor do art. 400 no Anteprojeto do Código de 2002: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências...* Op. cit., p. 105 (que, aliás, contraditoriamente exclui a responsabilidade por culpa grave, mas entende “que o devedor continua obrigado aos cuidados indispensáveis que a conservação da coisa exija”).

a venda (sem abranger outras perdas e danos do credor), incumbe-lhe o ônus de provar que a alienação se deu por exigência da boa-fé (dados os custos de conservação da coisa, os esforços empregados em avaliá-la e achar um bom comprador de modo a aliená-la pelo seu real valor etc., pesando, na dúvida, em seu desfavor a falta de previsão de requisitos estritos na lei, como a avaliação por um perito e a alienação em leilão), e incumbe, então, ao credor, demonstrada a boa-fé do devedor, a prova de que o preço de alienação não correspondia ao valor da coisa (isto é, ao valor pelo qual ela poderia ter sido razoavelmente alienada).

A pergunta, no entanto, é se o devedor, em caso de deterioração ou perecimento por dolo ou culpa grave, responde pelo valor que a coisa tinha no momento em que ela se deteriorou ou pereceu, *ou se é justamente nessas hipóteses de responsabilidade do devedor pelo valor (integral ou parcial) da coisa deteriorada ou perecida que se aplica a previsão do art. 400, parte final, do Código Civil, para determinar que, tendo o valor da coisa variado entre o dia em que o credor incorreu em mora até o dia em que a deterioração ou perecimento ocorreu, a responsabilidade se dá pela avaliação mais favorável ao devedor, isto é, pelo menor valor que a coisa assumiu no entretempo*. Caso se aplique o art. 400, parte final, do Código Civil dessa forma, o resultado é que, tendo a coisa se valorizado após a mora do credor, este recebe apenas o valor menor que ela ainda tinha no momento em que ele deveria ter aceitado o pagamento, retirando-lhe a chance de perceber a valorização que se frustrou pelo seu próprio atraso às custas de uma prolongação do dever do devedor de se abster de abandonar a coisa e de ser gravemente negligente em sua conservação.

O A., na companhia de Windscheid²⁰, afasta de plano a possibilidade de que o devedor que destrói a coisa devida com dolo seja beneficiado por essa regra da estimação mais favorável a ele, com base no argumento de que isso implicaria tratá-lo de modo mais favorável que um terceiro (não ligado ao credor por qualquer laço especial) que dolosamente destruisse a coisa devida. Esse favorecimento do devedor doloso seria inadmissível, pois ninguém poderia retirar vantagem do seu próprio dolo, e não haveria qualquer razão para fazer a diferenciação (pp. 44 ss.). A seu ver, quando o devedor destrói a coisa devida com dolo,

“[...] a indenização é calculada pelas regras gerais do art. 403, porque, a se entender de maneira diversa, o devedor de uma relação jurídica obrigacional seria tratado, do ponto de vista axiológico, melhor do que um terceiro que, por qualquer motivo, destruisse dolosamente o objeto da prestação. Em última instância, o mero fato de o credor estar em mora não lhe confere o direito de se liberar fulminando a própria coisa que deveria ser entregue” (p. 114).

20. WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 5. ed. Stuttgart: Ebner & Seubert, 1879. v. II. § 346. p. 315. nt. 2.

CONTI, André Nunes. “Efeitos da mora do credor no Código Civil de 2002: origem, sentido, alcance e consequências da sujeição do credor a receber a coisa ‘pela estimação mais favorável ao devedor’ (art. 400, parte final)”, de Francisco Sabadin Medina. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 36. ano 10. p. 297-320. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2023.

Essa argumentação não se afigura convincente. A situação de um terceiro que nada tem a ver com a coisa, que não precisa conservá-la nem sofrerá qualquer desvantagem em razão da necessidade de manter a disponibilidade de entregá-la no futuro ao credor ou de arcar com os ônus de uma ação consignatória, não é equiparável à situação do devedor, sobre quem pesam todas essas desvantagens. Se um terceiro simplesmente destrói a coisa devida ao credor (com dolo específico de frustrar o seu direito creditório, que é a única hipótese em que ele responde perante o próprio credor, para além do dono da coisa), nada justifica que ele responda por um valor diverso daquele que ela tinha quando foi destruída. Já se o devedor destrói a coisa depois de oferecê-la ao credor que *voluntariamente* (art. 394 do Código Civil) a rejeita²¹, há motivos para impedir que o credor tire vantagem do seu atraso voluntário que prolongou as desvantagens que pesam sobre o devedor obrigado a conservar ou depositar a coisa. Esse benefício ao devedor em atenção às desvantagens imprevistas que tipicamente pesam sobre ele durante a mora do credor é uma finalidade absolutamente compreensível e razoável; pode-se negar que ela seja necessária e que ela vigeria mesmo à falta de lei, mas não se pode negar que ela é uma boa (e provavelmente a melhor) razão que pode justificar a regra da parte final do art. 400 do Código Civil e a correspondente diferenciação entre o devedor e o terceiro que age com dolo: a destruição pelo devedor que quer se livrar de desvantagens decorrentes do atraso voluntário do credor é menos grave, em face do credor, que a destruição pelo terceiro que não quer se livrar de nada.

A interpretação do A., aliás, leva no fundo a um resultado muito semelhante ao da que concede ao devedor que destrói com dolo a coisa devida o benefício da estimação mais favorável. Com efeito, o exercício do direito potestativo de substituir propugnado pelo A. leva, na prática, à perda da possibilidade do credor de obter a coisa em razão de uma decisão do devedor (exatamente como na destruição dolosa, ou venda a terceiros). A diferença está em que o direito potestativo de substituir coloca o devedor em uma situação ainda *mais favorável* que a venda substitutiva, pois ele ganha a possibilidade de resgatar a coisa por seu valor sem precisar efetivamente vendê-la (limitando assim o valor obtido ao que terceiros efetivamente fossem pagar por ela) ou destruí-la (se livrando dos ônus de conservação que justificavam o benefício da estimação mais favorável). Essa, aliás, é precisamente a situação que a lei considera preocupante quando proíbe o pacto comissório nos direitos reais de garantia: sempre é mais difícil saber se o interesse de uma pessoa em certo bem verdadeiramente corresponde ao valor atribuído a esse bem quando ele não é efetivamente alienado (ou, no caso da mora do credor, quando não se

21. Pois a mora do credor só se configura quando o seu atraso lhe é imputável como fato voluntário, o que se depreende do verbo “querer” no art. 394 do Código Civil, e se confirma pela evolução da norma (muito menos conturbada que a do art. 400), como o A. demonstra de modo convincente (p. 102, especialmente nt. 395).

prefere destruí-lo a conservá-lo). E não se diga que esse favorecimento adicional ao devedor (em si preocupante e injustificado) seria compensado pelos requisitos estritos com que o A. *constrói*, sem base direta na lei, o direito potestativo por ele propugnado, isto é, a exigência de notificação extrajudicial premonitória com fixação de prazo razoável e a exigência de que o valor do bem seja aferível de forma objetiva. Esses requisitos são fixados como uma mera concretização (possível, mas não necessária) das exigências do dever de boa-fé do devedor, e as mesmas exigências já governam em todo caso sua responsabilidade em caso de deterioração ou perecimento da coisa com dolo, inclusive no que se refere à possibilidade de se valer do benefício da estimação mais favorável, de modo que também para a definição dessa responsabilidade poderiam ser aplicados requisitos semelhantes aos estipulados pelo A.

Entre a interpretação que vê no art. 400, parte final, do Código Civil uma regra de avaliação da coisa devida em casos de substituição necessária (por impossibilidade da prestação) e a que nele vê uma regra de avaliação para substituição voluntária (por exercício de um direito potestativo do devedor), portanto, há boas razões de ordem sistemática que falam em favor da primeira. Ela simplesmente limita a responsabilidade do devedor que opta por abandonar ou vender a coisa devida (livrando-se das desvantagens associadas à sua conservação ou depósito) ao valor que a coisa assumiu no momento em que o credor podia recebê-la e a rejeitou, impedindo que este lucre com seu atraso às custas do devedor – isso caso a responsabilidade do devedor não seja de todo excluída pelo fato de a destruição ou venda ocorrer por exigência do seu dever de mitigar os próprios danos, hipótese em que ele apenas responderá até a medida do preço que efetivamente houver obtido com a venda. Caso esse preço supere o valor da coisa no momento em que o credor foi constituído em mora, o limite da estimação mais favorável também serve para impedir que o credor, com seu atraso, se beneficie do fato de que o devedor foi diligente e conseguiu vender a coisa valorizada. Já a interpretação que conclui pelo direito potestativo de substituir a prestação pelo menor valor que a coisa assumiu desde a mora do credor coloca o devedor em uma posição injustificadamente vantajosa (beneficiando-o com a oscilação do valor mesmo quando ele não tem um interesse concreto em se livrar dos ônus de conservação da coisa, isto é, mesmo quando não a destrói nem vende) e mais propícia a chicanas (pelas mesmas razões que justificam a proibição do pacto comissório). Assim, indo além da marca e se encaixando de forma menos harmônica no sistema, essa interpretação do A., que já se afasta da literalidade com uma construção mais livre, deve ser preterida em favor da interpretação que assume a regra de avaliação para casos de substituição necessária, isto é, de responsabilidade do devedor por dolo e culpa grave na deterioração ou perecimento da coisa.

Por fim, a interpretação que admite a substituição da prestação *in natura* por seu valor apenas no caso de impossibilidade, aplicando o art. 400 do Código Civil apenas em casos de substituição necessária, não voluntária, coaduna-se perfeitamente com o que prevê o art. 947 do Código Civil: “Se o devedor *não puder* cumprir a prestação na espécie

CONTI, André Nunes. “Efeitos da mora do credor no Código Civil de 2002: origem, sentido, alcance e consequências da sujeição do credor a receber a coisa ‘pela estimação mais favorável ao devedor’ (art. 400, parte final)”, de Francisco Sabadin Medina. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 36. ano 10. p. 297-320. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2023.

ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”. Esse dispositivo, embora previsto em meio a normas que se referem sobretudo à responsabilidade civil extracontratual, aplica-se à responsabilidade contratual, como demonstra o fato de ele dispor sobre o que ocorre quando a “prestação” não pode ser cumprida. Ele apenas prevê positivamente, a rigor, que a substituição da prestação por seu valor em dinheiro *ocorre* quando a prestação *in natura* se torna impossível. A inferência negativa *a contrario* de que ela *não ocorre* senão quando a prestação se torna impossível só pode – como aliás qualquer argumento *a contrario* – ser construída *praeter legem* como integração da lei. Ora, tudo o que até aqui se disse confirma essa inferência e, assim, harmoniza o art. 400 com o art. 947, restringindo as hipóteses em que o credor já *não pode* exigir a prestação *in natura* apenas aos casos em que esta se torna impossível. Isso obviamente não exclui que haja outras hipóteses em que o credor, conquanto *possa* exigir a prestação *in natura*, não *precisa* fazê-lo, como quando ela se lhe torna inútil em razão da mora do devedor, segundo o art. 395, parágrafo único, do Código Civil.

2.4. E essa conclusão se confirma em definitivo diante das considerações *teleológicas* que já se refletem no que se disse supra, mas que podem ser agora explicitadas com mais clareza.

A *ratio* subjacente à primeira e à segunda partes do art. 400 do Código Civil está em impedir que o atraso voluntário do credor prejudique o devedor: este é aliviado do seu dever de diligência na conservação da coisa (restando apenas o dever residual de diligência mínima por exigência da boa-fé) e tem assegurado o ressarcimento de despesas e outros danos decorrentes do atraso. A mesma *ratio*, de forma suplementar, inspira a parte final do dispositivo: o credor não pode lucrar com seu atraso voluntário *às custas do devedor*. E a ênfase está nas “custas do devedor”, que harmonizam essa teleologia com o restante do art. 400 e vão além da razão genérica prevista no fragmento que dera origem à regra (D. 17, 1, 37: “[...] *neutri eorum frustratio sua prodesse debet*”). Ora, a diferença de valor só poderá ser relevante para as “custas do devedor” quando a substituição da coisa por seu valor em dinheiro é necessária, isto é, quando o devedor se vê exposto a uma variação de valor não planejada simplesmente por se livrar das desvantagens (ônus de conservação) que decorreram do atraso voluntário do credor, seja mediante a venda, seja mediante a destruição ou o abandono da coisa.

O que de modo nenhum se pode ver no art. 400, parte final, do Código Civil é a finalidade de punir o credor por seu atraso voluntário (já que ele *nunca* tem o dever de aceitar a prestação²²), e muito menos a de conferir ao devedor um prêmio, um benefício aleatório, em virtude desse atraso. Esse favorecimento gratuito do devedor, por si só (e não quando mera consequência reflexa da privação de um benefício do credor às

22. Muito embora tenha o dever de *cooperar* com o devedor segundo a boa-fé, cf. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil...* Op. cit., v. V, t. II, art. 400, p. 301.

CONTI, André Nunes. “Efeitos da mora do credor no Código Civil de 2002: origem, sentido, alcance e consequências da sujeição do credor a receber a coisa ‘pela estimação mais favorável ao devedor’ (art. 400, parte final)”, de Francisco Sabadin Medina. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 36. ano 10. p. 297-320. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2023.

custas dele) carece de qualquer razão plausível. O fato de a lei falar na estimação “mais favorável” ao devedor não implica que a sua finalidade seja a de favorecê-lo pura e simplesmente; essas palavras podem muito bem ser compreendidas no sentido de que, quando o devedor for responder, ele responderá de forma mais leve, pelo valor mais “favorável” a ele, apenas de modo a evitar que o credor se beneficie às suas custas com o próprio atraso voluntário (sendo que qualquer “enriquecimento” em seu favor será mero efeito colateral, não especificamente intencionado pela teleologia da regra). Ora, o direito potestativo propugnado pelo A. levaria, na prática, justamente a essa concessão de um prêmio aleatório injustificado ao devedor: se o valor da coisa devida subir após o início da mora do credor, o devedor ganha um direito de resgatá-la pelo preço anterior e obter o valor real maior. Aplicar essa regra no mercado financeiro, onde o A. quer ver o principal âmbito em que ela seria relevante, implicaria a consequência gravíssima de conceder em termos práticos ao devedor, por força de lei, uma verdadeira opção de compra dos *commodities* ou títulos devidos ao credor. Na prática, o mercado de futuros está longe de trabalhar com essa premissa de uma opção legal do devedor decorrente da simples mora do credor; em termos jurídicos, a literalidade, a sistemática e sobretudo a história do art. 400, parte final, do Código Civil estão longe de fundamentar uma conclusão radical como essa.

3.5. Pelo menos em vista dessas considerações gerais, portanto, a interpretação mais razoável para o art. 400, parte final, do Código Civil parece ser a que vê nele uma regra de definição da data-base para avaliação da coisa que, já não podendo ser entregue, será *necessariamente* substituída por seu valor em dinheiro como objeto da prestação. Ela determina que, caso o devedor venha a responder pela deterioração ou perecimento da coisa após a mora do credor, sua responsabilidade apenas recairá sobre o valor que a coisa ainda tinha no momento em que o credor fora constituído em mora, caso este seja superior ao valor que ela veio a obter quando deteriorada ou destruída. O sentido dessa regra está em evitar que o credor obtenha um benefício do seu atraso voluntário às custas do devedor, isto é, evitar que ele receba um valor superior ao que a coisa tinha no momento em que ele a deveria ter recebido mas deixou que ela permanecesse sob os (custosos) cuidados do devedor. Ela se aplica mesmo na hipótese de responsabilidade do devedor por dolo, exceto se, além do simples dolo (voluntariedade em relação ao comportamento que inviabilizou a prestação *in natura*) puder ser identificada a intenção puramente emulativa de prejudicar o credor sem evitar qualquer desvantagem para o devedor.

A diferença de valor que pode ser relevante para a regra é apenas a que se refere à flutuação do valor de mercado da coisa, não (ao contrário do que estava previsto nos fragmentos que trataram do tema no Digesto) as diferenças por alteração da substância, como deteriorações, melhoramentos ou aumentos, pois os arts. 235 e 237 do Código Civil já dispõem que essas diferenças devem ser levadas em conta em qualquer caso para fins de reajustar a contraprestação. As coisas que podem sofrer flutuação em seu

CONTI, André Nunes. “Efeitos da mora do credor no Código Civil de 2002: origem, sentido, alcance e consequências da sujeição do credor a receber a coisa ‘pela estimação mais favorável ao devedor’ (art. 400, parte final)”, de Francisco Sabadin Medina. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 36. ano 10. p. 297-320. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2023.

valor de mercado são principalmente as coisas fungíveis para as quais há mercado líquido (como *commodities*), mas também coisas infungíveis ou de modo geral coisas sem mercado líquido podem ter uma variação em seu valor concretamente aferida caso se possa comprovar o interesse real de terceiros não relacionados a nenhuma das partes em adquiri-las em certas datas por preços diferentes, ou caso se possa comprovar o valor assumido por coisas muito semelhantes em uma e outra data. É preciso muito cuidado, no entanto, para identificar exatamente qual é o objeto da obrigação do devedor, de modo a evitar que se tratem como fungíveis e equivalentes a bens negociados no mercado certas coisas infungíveis cuja precificação se dá apenas de forma individualizada. Nesse sentido, não temos como concordar com a solução que o A. dá a um dos seus casos práticos, no sentido de admitir, na compra e venda de participações societárias de controle (de companhia aberta), que o “valor de mercado” da prestação devida pelo vendedor seja calculado com base na cotação em bolsa das ações em si consideradas, sem levar em conta o preço concreto ajustado para o negócio que incluía o prêmio do controle (pp. 133 ss.). O objeto da alienação, nesse caso, é o controle (ou mesmo a empresa), não as ações cotadas em bolsa, de modo que o valor a ser aferido é o do controle, não o de certo número de ações.

Por fim, cabe observar que o art. 400 do Código Civil trata da hipótese de o valor “oscilar” entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação, sendo relevantes para determinar qual é a estimativa pela qual se deve avaliar a coisa por cujo perecimento ou deterioração o devedor responde quaisquer datas *entre* a da constituição em mora do credor (dia estabelecido para o pagamento, ou dia em que o devedor purga sua mora nos termos do art. 400, I, do Código Civil) e a da configuração da impossibilidade da prestação (por perecimento da coisa ou venda a terceiros). Sem a regra do art. 400, o devedor responderia pelo valor correspondente ao momento de configuração da impossibilidade. Visando essa regra a evitar que o credor lucre com seu atraso (que se renova a cada dia) às custas do devedor, ela exige que se leve em conta o menor valor que a coisa veio a assumir em qualquer dia a partir do início do atraso do credor (pois, a partir de então, qualquer desvalorização ainda corre por sua conta). Apenas a partir da data em que o valor atingiu seu ponto mínimo, a regra serve para impedir que o credor lucre com a parte do seu atraso que se verificou desde então. E o único lugar relevante para a aferição do valor da coisa é o lugar do pagamento, que é o único lugar onde o devedor deveria estar pronto para realizar a prestação e, pois, o único lugar em que o credor deve poder esperar que o valor da coisa oscile durante seu atraso.

Como se disse, no entanto, essas observações críticas pretendem apenas fazer eco à intenção do A. no sentido de “provocar o debate” (p. 8), partindo do forte abalo que uma investigação como a sua provoca na letargia com que por vezes se assume ser óbvia a interpretação de dispositivos, no fundo, bastante problemáticos. A nosso ver, o mérito desse novo trabalho publicado pelo A. está, principalmente, para além da provocativa

CONTI, André Nunes. “Efeitos da mora do credor no Código Civil de 2002: origem, sentido, alcance e consequências da sujeição do credor a receber a coisa ‘pela estimativa mais favorável ao devedor’ (art. 400, parte final)”, de Francisco Sabadin Medina. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 36. ano 10. p. 297-320. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2023.

proposta original de reconhecimento do instituto da substituição voluntária da coisa devida por sua estimação em dinheiro em caso de mora do credor, em servir como um verdadeiro paradigma de como levar a sério a análise histórica de um dispositivo de lei vigente no Brasil – notavelmente, não para cristalizar posicionamentos ultrapassados, mas para fundamentar interpretações originais. É plenamente justificada a esperança do A. de que seu livro ofereça “substrato para reflexão tanto sobre o tema específico de um dos efeitos da mora do credor no CC/2002 quanto sobre a maneira de analisar o Direito Brasileiro” (p. 7).
