

CAIO MARIANO DA SILVA FERREIRA

INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL

VOLUME III

TEORIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES

Revisão

Revisão e atualização por
Guilherme Calmon Nogueira da Gama



171. CONCEITO DE MORA. DO DEVEDOR E DO CREDOR

Uma das circunstâncias que acompanham o pagamento é o tempo. A obrigação deve executar-se oportunamente. Quando alinadimplemento não chegue às raias da inexecução cabal. Há um atraso na prestação. Esta não se impossibilitou, mas o destempo só por si traduz uma falha daquele que nisto incorreu. A *mora* é este retardamento injustificado da parte de algum dos sujeitos da relação obrigacional no tocante à prestação.

Mas não é apenas de considerar-se o tempo, senão este e também as demais circunstâncias que envolvem a *solutio*. Quando o devedor não efetua o pagamento ou o credor recusa recebê-lo no tempo, forma e lugar que a lei ou a convenção estabelecer, está em mora (Código Civil de 2002, art. 394).¹ Não quisemos oferecer uma definição de mora, pois que todas as tradicionais, formuladas pelos nossos escritores como pelos estrangeiros (Clóvis Beviláqua, Giorgi, Salvat, Demogue etc.), pecam de imperfeição, como salienta Agostinho Alvim, e nas suas águas Serpa Lopes.²

Nela pode incorrer tanto o sujeito passivo quanto o sujeito ativo da obrigação. Mas comumente se cogita da *mora do devedor* (*mora debendi* ou *solvendi*), porque com frequência maior institui-se prazo relativamente ao devedor, que tem de cumprir em tempo certo. Nem por isto, entretanto, é despida de interesse e atenção a *mora do credor* (*mora credendi* ou *accipiendi*), configurada no obstáculo oposto à *solutio* do devedor.

Uma ou outra, da parte do devedor ou do credor, importa em inexecução da obrigação. Umas vezes traduz a impossibilidade ou inutilidade da prestação, quando esta somente é útil e proveitosa em dado momento. Nesse caso, os escritores, numa pacificidade exemplar, arguem não se tratar mais de mora, senão de verdadeiro inadimplemento total da obrigação, e como tal comportar idêntico tratamento.³ Outras vezes é o retardo puro e só. Não obstante atrasada, a prestação ainda seria possível e útil, e, então, a mora se não confunde, quer na sua antologia quer nos seus efeitos, como a falta absoluta de prestação. Às vezes há coincidência. Mas não deve ser

1 Direito Anterior: art. 955 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 179 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 392 do Projeto de Código Civil de 1975.

2 Agostinho Alvim, *Da Inexecução das Obrigações*, nº 8; Serpa Lopes, *Curso*, II, nº 321.

3 Giorgi, *Obbligazioni*, II, nº 45; Eduardo Espínola, *Sistema*, II, pág. 451; Orosimbo Nona-
to, *Curso*, 2ª parte, I, pág. 287.

tida como essencial. Na contemporaneidade, especialmente diante da concepção complexa e dinâmica da relação obrigacional – que se desenvolve como um processo –, é fundamental considerar que o conceito de inadimplemento da obrigação abrange os deveres instrumentais – também denominados secundários ou laterais –, bem como direitos potestativos, ônus, expectativas jurídicas, como deveres de proteção, lealdade, de cuidado e de informação, direcionando a obrigação ao seu total e adequado cumprimento.⁴ Desse modo, também é ampliada a noção de inadimplemento.

Não é, também, toda retardação no solver ou no receber que induz mora. Algo mais é exigido na sua caracterização. Na *mora solvendi*, como na *accipiendi*, há de estar presente um fato humano, intencional ou não intencional, gerador da demora na execução. Isto exclui do conceito de mora o fato inimputável, o fato das coisas, o acontecimento atuante no sentido de obstar a prestação, o fortuito e a força maior, impedientes do cumprimento. Em princípio, o devedor há de solver no momento certo, e o credor receber oportunamente. A falta de execução na hora devida induz a mora de um ou de outro. Aquele que tem de suportar as suas consequências cumprirá provar, então, a existência do fato, acontecimento ou caso, hábil a criar a escusativa.

Atendendo a que nos requisitos como nos efeitos diversificam-se a mora do devedor e a do credor, cuidaremos em seguida de uma e de outra, destacadamente. Em qualquer caso, porém, mora não haverá se o devedor tempestivamente tiver oferecido a prestação ou se o credor não a tiver recusado.

A) *Mora solvendi* ou *debendi*. Ausência de pagamento oportuno da parte do devedor. Para sua caracterização, concorrem três fatores: exigibilidade imediata da obrigação, inexecução culposa e constituição em mora.⁵

A exigibilidade imediata pressupõe ainda a liquidez e a certeza. Para que se diga em mora, é necessário, pois, e antes de tudo, que exista uma dívida, e que esta seja certa, a saber, decorra de obrigação (convencional ou não) uma prestação determinada. A certeza não acompanha apenas a obrigação pecuniária ou a de dar, mas está presente ainda na de *fazer* ou *não fazer*. Certa é a prestação caracterizada por seus elementos específicos. *Líquida* quando, além da certeza do débito, está apurado o seu montante ou individuada a prestação. Já no Direito romano vigia princípio de que não se configurava a mora nas obrigações ilíquidas – *in illiquidis non fit*

4 Judith Martins-Costa, *Comentários ao Novo Código Civil*, ob. cit., pág. 64.

5 Clóvis Beviláqua, *Obrigações*, § 36.

mora. O Código Civil de 2002, entretanto, ameniza a rigidez da parêmia, admitindo hipótese em que, não obstante a iliquidez da obrigação, a mora ocorre. Assim é que, ao tratar da liquidação das obrigações, estatuiu a fluência dos juros moratórios, nas *obrigações ilíquidas*, desde a inicial (Código Civil de 2002, art. 405).⁶ Também nas obrigações decorrentes de crime correm juros, e compostos, desde o tempo deste.⁷ Em ambas as hipóteses é manifesta a iliquidez, e, não obstante, são devidos os juros de mora, o que significa que, num e noutro, consagra o Direito positivo a incidência da mora, independentemente da liquidez da obrigação (v. nº 163, *supra*).

Fixados os pressupostos da *certeza e liquidez*, completa-se a noção do imediatismo da exigibilidade com a verificação do seu *vencimento*, uma vez que, na pendência de condição suspensiva, ou antes de termo final, não é possível a incidência de mora: a condição obsta à aquisição mesma do direito, e a aposição de um termo constitui obstáculo a que o credor o faça valer. Numa e noutra hipótese não ocorre o pagamento, e *mora non fit*.

A *culpa do devedor é outro elemento essencial*. O nosso Anteprojeto menciona a *inexecução culposa* como elemento integrante de sua etiologia (art. 189). Não há mora, se não houver fato ou omissão a ele imputável (Código Civil de 2002, art. 396).⁸ A regra não comporta dúvida, em nosso Direito, embora o contrário possa dizer-se de outros sistemas legislativos; não obstante a culpa, *a parte debitoris* é suscetível de verificação presumida (Código Civil de 2002, art. 399).⁹ De acordo com o melhor entendimento, tal presunção é *iuris tantum*, e não *iuris et de iure*.¹⁰ Embora o retardo faça presumir a conduta culposa, cabe ao devedor evidenciar que o atraso lhe foi imposto por um acontecimento, cujos efeitos não teve ele condições de evitar ou impedir. De conseguinte, envolve escusativa para o devedor e consequente ausência de mora a verificação de um acontecimento de *força maior*, ainda que transitório; a falta de cooperação; o atraso na autorização do poder público sempre que seja requisito do ato, e outros semelhantes.¹¹ Não valeria ressalvar-se, contudo, por escusativa fundada na *vis maior*

6 Ver nº 175, *infra*.

7 Código Civil de 1916, art. 1.544. Artigo sem correspondência no Código Civil de 2002.

8 Direito Anterior: art. 963 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 181 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 394 do Projeto de Código Civil de 1975.

9 Direito Anterior: art. 957 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 184 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 397 do Projeto de Código Civil de 1975.

10 Agostinho Alvim, *Inexecução das Obrigações*, nº 13; Serpa Lopes, *Curso*, II, nº 322.

11 Larenz, *Obligaciones*, I, § 22.

(força maior), a simples dificuldade subjetiva e relativa,¹² pois não merece proteção aquele que não sabe medir as suas forças ou conservar os meios de cumprir o obrigado.¹³ A doutrina mais recente propõe a substituição da culpa pela noção da imputabilidade no campo do inadimplemento. Judith Martins-Costa observa que, no contexto da “imputabilidade”, há dupla forma de imputação: a) a imputação subjetiva que pressupõe a prática de ato culposo como ensejador da responsabilidade pelo não cumprimento da obrigação; b) imputação objetiva, que não exige culpa, e sim decorre da inobservância de normas que atribuem à pessoa a assunção de um risco ou um dever de segurança (ou de garantia), ou ainda de responsabilização pela confiança despertada na outra parte.¹⁴

Constituído o devedor em mora (v. n° 173, *infra*), e positivada ela, duas são as ordens de seus *efeitos*: a responsabilidade pelas perdas e danos e a perpetuação da obrigação.¹⁵

Responde, na verdade, o devedor pelos prejuízos a que der causa o retardamento da execução (Código Civil de 2002, art. 395);¹⁶ obrigado fica a indenizar o credor pelo dano que o atraso lhe causar, seja mediante o pagamento dos juros moratórios legais ou convencionais, seja ressarcindo o que o retardo tiver gerado. A indenização moratória não é substitutiva da prestação devida, vale dizer que pode ser reclamada juntamente com ela, se ainda for proveitosa ao credor. Mas, se se tornar inútil ao credor em razão da mora do devedor, tem ele o direito de exigir a satisfação das perdas e danos completa, mediante a conversão da *res debita* no seu equivalente pecuniário. É o caso em que o atraso no cumprimento equivale a descumprimento total, equiparando-se a prestação retardada à falta absoluta de prestação. O mesmo direito à recusa da prestação tardia assiste ao credor, quando é vinculada a um contrato, cuja resolução seja condicionada ao pagamento *oportuno tempore*. Não satisfeito na época determinada, enseja ao credor o rompimento da avença. Há de se considerar que a noção de inutilidade da prestação, constante do parágrafo único do art. 395 do Código Civil de 2002, se relaciona ao credor específico nas circunstâncias que envolviam concretamente a sua pessoa.

12 Orosimbo Nonato, *ob. cit.*, pág. 303.

13 Giorgi, *ob. cit.*, II, n° 13.

14 Judith Martins-Costa, *ob. cit.*, pág. 465.

15 Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, § 131; Larenz, *loc. cit.*

16 Direito Anterior: art. 956 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 183 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 393 do Projeto de Código Civil de 1975.

Outro efeito da *mora debendi* é a denominada *perpetuatio obligationis*, em virtude de que responde o devedor moroso pela impossibilidade da prestação (Código Civil de 1916, art. 957/Código Civil de 2002, art. 399), ainda que tal impossibilidade decorra de caso fortuito ou de força maior. São requisitos deste agravamento da responsabilidade do devedor: estar ele em mora e ocorrer a impossibilidade na pendência desta. O devedor não se escusa sob alegação de ausência de culpa no perecimento do objeto, porque a sua condição de devedor se torna agravada precisamente em razão de não ter prestado em tempo oportuno. A *perpetuação da obrigação* não deve ter, contudo, caráter absoluto. Casos haverá em que o dano sempre sobreviria à coisa, e, então, escusa-se o devedor moroso, comprovando, além da falta de culpa específica na danificação, a circunstância de que o evento dar-se-ia ainda que a obrigação tivesse sido oportunamente desempenhada. Exemplo clássico é o da coisa fixa no solo e destruída pelo raio, na pendência da *mora solvendi*: ainda que o devedor houvesse cumprido a tempo, perderia o credor a coisa, pela força do fogo do céu. Neste mesmo exemplo, pelo fortuito, entretanto, responde o devedor, se a coisa era destinada à alienação, e o retardamento na entrega impediu o credor de realizá-la. É que o *interitus* não a atingiria a tempo de frustrar a alienação, se, com a *traditio oportuna*, houvesse o credor convertido o objeto no seu valor pecuniário, em desenlace das negociações já entabuladas. Ressalva-se, também, a obrigação de gênero, pois que, sendo certo que *genus nunquam perit*, a perda de uma coisa não individuada não impossibilita a execução mediante a entrega de outra do mesmo gênero.¹⁷

B) *Mora accipiendi* ou *credendi*. Não encontra uniformidade de tratamento legislativo. Enquanto no sistema francês a mora do credor se confunde com a consignação em pagamento, no germânico recebe tratamento específico. A esta segunda linha pertence o Direito brasileiro, que, disciplinando o instituto, mais próximo situa-se na tradição romana. Costumando-se, como princípio básico, argumentar que o credor não tem o dever de receber em tempo certo. Mas não se pode recusar ao devedor a faculdade de liberar-se do vínculo obrigacional, em vez de manter-se jungido ao credor indefinidamente. Quando existe, pelas circunstâncias da hipótese, uma obrigação para o credor, quanto ao recebimento *opportuno tempore*, está em mora quando atrasa o recebimento do devido. Nos demais casos, em-

¹⁷ De Page, *Traité*, III, 2ª parte, nº 83.

bora falte ao credor a obrigação de receber,¹⁸ corre-lhe entretanto um dever negativo, de se não opor a que o devedor se desvencilhe da obrigação. Aí é que encontra paralelo a *mora credendi* com a *mora debendi*. O embaraço que o credor opõe à *solutio* da outra parte compara-se ao retardamento do devedor, e a mora de um equipara-se à do outro. A *recusa* do credor é requisito conceitual dela. O retardamento injustificado no recebimento equivale à recusa, não podendo o devedor que quer solver o débito suportar-lhe as consequências. E se, em princípio, cabe ao devedor constituir o credor em mora, não é contudo um direito personalíssimo, pois compete também a qualquer terceiro que tenha a faculdade de efetuar pagamento válido.¹⁹ Na visão moderna da relação obrigacional como relação complexa e dinâmica, também há situação subjetiva de dever relativamente ao credor.

São extremos da mora *creditoris* o vencimento da obrigação e a constituição em mora. Enquanto não há dívida vencida e exigível, não há falar em direito do devedor de libertar-se dela, uma vez que, se não pode ainda ser molestado pelo credor, nem está exposto a qualquer risco, não há direito de forrar-se a estes efeitos. Ainda quando se trate de termo instituído a benefício do devedor, a antecipação do pagamento não pode ser imposta ao credor, com a consequente constituição em mora, pois que por direito somente no momento em que a obrigação está vencida é que se reputará aparelhado para o recebimento. O segundo requisito é a constituição em mora, desenvolvida no n° 173, *infra*.

Um ponto existe, que é o centro de competição dos juristas. Enquanto uns mantêm posição extremada, entendendo que não há *mora accipiendi* na falta de *culpa do credor*,²⁰ outros vão ao campo oposto, e sustentam que ela se caracteriza ainda quando o retardo ocorra por motivo de força maior. Não nos parece que qualquer dos extremos se justifique. Em princípio, sustentamos que o devedor há de ter a faculdade de desobrigar-se no tempo, no lugar e pelo modo devido, e não pode sofrer as consequências da omissão do credor, quando a *solutio* depende da cooperação deste. Oferecida a prestação oportunamente, incidirá então o credor na mora, se falta a sua participação no ato, e isto independentemente de evidenciar o devedor se concorreu a culpa da outra parte. É por isto que alguns escritores susten-

18 Trabucchi, *Istituzioni*, n° 237.

19 M. I. Carvalho de Mendonça, *Doutrina e Prática das Obrigações*, I, n° 264.

20 Windscheid, *Pandette*, IV, § 345, pág. 336.

tam não se cogitar de culpa na *mora accipiendi*.²¹ Mas, de outro lado, será escusado o procedimento do credor ou a sua omissão, se tiver justificado de ser o retardamento decorrente de força superior à sua vontade,²³ ou de a prestação não corresponder exatamente ao conteúdo da obrigação.²⁴

Os efeitos da *mora accipiendi*, em linhas gerais, resumem-se em dois: isenção de responsabilidade do devedor e liberação dos juros, e da pena convencional. Incurrendo em mora, o credor subtrai o devedor isento de dolo da responsabilidade pela conservação da coisa, cujos riscos assume.²⁵ Em simetria com a *mora debendi*, que implica o agravamento da situação do devedor, a *mora credendi* reduz a oneração da prestação. Assim é que, perecendo ou deteriorando-se o objeto, o credor em mora sofre-lhe a perda ou tem de recebê-lo no estado em que se encontra, sem a faculdade de eximir-se da prestação que lhe caiba, e sem o direito a qualquer abatimento ou indenização. E, ao revés, se o devedor tiver feito despesas para conservação da coisa, deve o credor ressarcí-las. Mais: se ocorrer acréscimo de ônus, ainda que indiretamente, na pendência de *mora credendi*, por ele responde o credor. E se o valor da coisa oscilar entre o tempo do contrato e o do pagamento, o credor terá de recebê-la pela sua mais alta estimação (Código Civil de 2002, art. 400).²⁶ O nosso Anteprojeto, diferindo da orientação do Código de 1916, minudenciava todos esses efeitos da *mora credendi* (art. 195).

Não se pode admitir a existência de *mora accipiendi* sem oferta da *res debita* ao credor, pois que seu procedimento não é injurídico, senão quando embaraça a *solutio* do devedor. Mas não basta o oferecimento simples ou verbal, pois é mister que ocorra oferta efetiva, de forma a positivar a atitude ostensiva do devedor no sentido do pagamento, e a recusa do credor,²⁷ salvo se houver precedido a declaração formal de que não aceita o pagamento.²⁸

-
- 21 Clóvis Beviláqua, *Obrigações*, § 36; Karl Larenz, *Obligaciones*, I, § 24; Agostinho Alvim, *Da Inexecução das Obrigações*, n° 23.
- 22 Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, II, § 131.
- 23 Serpa Lopes, *Curso*, II, n° 323.
- 24 Espínola, *Sistema*, II, pág. 488; Orosimbo Nonato, ob. cit., pág. 341.
- 25 Clóvis Beviláqua, loc. cit.; Larenz, ob. cit., § 24.
- 26 Direito Anterior: art. 958 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 185 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 398 do Projeto de Código Civil de 1975.
- 27 Trabucchi, ob. cit., n° 237; Carvalho de Mendonça, ob. cit., I, n° 264.
- 28 Larenz, loc. cit.

Em qualquer dos casos – *mora debendi e mora credendi* – a determinação da natureza quesível ou portátil da dívida tem grande importância, como elemento informativo da conduta do devedor ou do credor. Se a dívida é quesível, cabe ao credor; se é portátil, tem o devedor o dever de levar a prestação ao credor.

Ligada, pois, à *mora accipiendi* é a matéria da *consignação em pagamento*, meio técnico de que se vale o devedor para liberar-se da obrigação *nolente creditore*, impondo a *solutio* ao credor, de forma que prevaleça a palavra jurisdicional como quitação do obrigado. O Direito francês chega mesmo a não disciplinar a mora do credor, reportando-se à consignação em pagamento.²⁹ Mas a escola alemã, a que o nosso direito se filia, guarda a tradição romana e dela cogita em especial. Na verdade a mora do credor há que produzir efeitos benéficos ao devedor que quer cumprir o que lhe cabe.³⁰ No n° 158, *supra*, tratamos em especial do pagamento por consignação.

172. PURGAÇÃO E CESSAÇÃO DA MORA

Responde o credor, ou o devedor, em mora, pelos respectivos efeitos, suportando conseqüentemente os rigores da *perpetuatio obligationis*, de que o Direito romano não admitia a princípio qualquer atenuação. No período clássico, Celso aceitou, sob a inspiração da equidade, que aquele que estivesse em mora pudesse restabelecer a obrigação e dar-lhe cumprimento, emendando a falta cometida – *emendatio vel purgatio morae*. O Direito moderno, herdando daquele a recuperação da obrigação, disciplina a *purgação da mora*. Assim procede o brasileiro.

Cumpra, porém, salientar que nem sempre é possível fazê-lo. É inadmissível quando o atraso se confunde com a inexecução cabal, como na hipótese de tornar-se a prestação inútil ao credor. É inaceitável, também, quando a consequência, legal ou convencional, do retardamento for a resolução. Em tais casos a mora é insuscetível de emenda, e produz seus efeitos irretratavelmente. Quando a prestação é ainda aproveitável, ou não conjugada com a rescisão do negócio jurídico, tanto a *mora accipiendi* quanto

29 De Page, *Traité*, III, 2ª parte, n° 87; Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité Élémentaire*, vol. II, n° 1.555.

30 M. I. Carvalho de Mendonça, ob. cit., n° 255; Saleilles, *Obligations*, n° 38.

a *mora solvendi* se purgam (Código Civil de 2002, art. 401),³¹ mediante produzidas até então. E, para saber quando o retardamento envolve, em regra, a rescisão, deve-se atentar para a distinção entre o *termo essencial* e o *termo não essencial*, formulada no n° 156, *supra*.

Para emendar a *mora solvendi*, o devedor oferecerá a prestação, mais juros moratórios, e o dano emergente para o credor, acrescida daquilo que ele razoavelmente deveria ganhar, se a *solutio* fosse oportuna. Muito se discute se a *purgatio morae* requer ou dispensa o assentimento do credor. E, se de um lado há os que defendem a dispensa,³² de outro há os que entendem que não existe regra absoluta, por não ser lícita após a *litiscontestatio*.³³ Parece-nos, a nós, que o problema não pode ser posto em termos abstratos, porém, examinado à vista da natureza do prazo concedido: se se tratar de *termo essencial*, não vale a *emendatio morae* sem o acordo do credor; se for, ao revés, *não essencial*, é aceita independentemente daquela anuência. E cumpre recordar, ainda, que não poderá ocorrer a purgação da mora na *pendência da lide*, salvo disposição expressa, como a facultada pela legislação do inquilinato, nas ações de despejo por falta de pagamento.

Se for do credor a *mora*, oferecer-se-á ele a receber a coisa no estado em que se encontrar, com todas as consequências dela.

Fator importante é a verificação da circunstância temporal em qualquer dos casos, pois que, uma vez *consumada*, e como tal se entende a impossibilidade de reparação do dano, não cabe mais purgação, sofrendo o devedor ou o credor os respectivos efeitos.³⁴ O Anteprojeto (art. 196) e o Projeto (art. 187) aceitavam a *emendatio morae* somente no caso de ser ainda útil a prestação.

Ao desaparecer a mora, geralmente não se apagam os seus efeitos pretéritos, ou já produzidos, a não ser que se relevem voluntariamente,³⁵ mas isto já diz respeito à cessação, em seguida cogitada.

Considere-se ainda purgada a mora, por parte do credor ou do devedor, quando aquele que se julgar por ela prejudicado *renunciar* aos direitos que

31 Direito Anterior: art. 959 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 187 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 399 do Projeto de Código Civil de 1975.

32 Clóvis Beviláqua, Comentário ao art. 959.

33 Agostinho Alvim, ob. cit., n° 127.

34 Giorgi, *Obbligazioni*, II, n° 81; Serpa Lopes, *Curso*, II, n° 334.

35 Von Tuhr, *Obligaciones*, II, pág. 119.

da mesma lhe possam advir. Ocorre nesta hipótese o que mais precisamente pode designar-se como *cessação* da mora, porque não há propriamente a emenda ou purgação dela, mas ao revés a sua terminação, sem que produza seus naturais efeitos. Quando é *expressa* a renúncia, não há propriamente questão ou dúvida, uma vez que na sua palavra mesma vem traduzida a intenção do agente, contrária ao propósito de utilizar-se dela ou de seus efeitos. Problema haverá na *renúncia tácita, presumida ou implícita*, que, por se não positivar em uma declaração formal, haver-se-á de inferir das circunstâncias de cada caso, quando o prejudicado pela mora age como se a outra parte não tivesse incorrido em falta. Inexistindo critério rijo de aplicação, a renúncia presumida ocorre quando se configura incompatibilidade entre a conduta daquele a quem a mora aproveitaria e a utilização de seus efeitos, induzindo-se inequivocamente de seu comportamento.

173. CONSTITUIÇÃO EM MORA

Fator da maior importância é a *constituição* em mora, tanto para o credor como para o devedor. É elementar na caracterização do atraso.

Conforme seja proveniente da própria obrigação (*pleno iure*), ou ao revés de uma provocação da parte a quem interessa, diz-se que a mora pode ser *ex re* ou *ex persona*.³⁶

Dá-se a mora *ex persona*, na falta de termo certo para a obrigação. O devedor não está sujeito a um prazo assinado no título, o credor não tem um momento predefinido para receber. Não se poderá falar, então, em mora automaticamente constituída. Ela começará da interpelação que o interessado promover, e seus efeitos produzir-se-ão *ex nunc*, isto é, a contar do dia da intimação (Código Civil de 2002, art. 397, parágrafo único).³⁷

A mora *ex re* vem do próprio mandamento da lei, independentemente de provocação da parte a quem interesse, nos casos especialmente previstos, e que passaremos em revista.

Nas *obrigações negativas*, o devedor é constituído em mora desde o dia em que executar o ato de que se devia abster (Código Civil de 2002, art.

36 Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, II, § 131.

37 Direito Anterior: art. 960, 2ª parte, do Código Civil de 1916. Projetos: art. 180 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 395, parágrafo único, do Projeto de Código Civil de 1975.

390).³⁸ É claro que, sendo objeto da obrigação uma omissão do devedor, o cometimento da ação proibida já implica a sua infração, que sujeita o devedor às respectivas consequências independentemente de qualquer ato do credor para constituí-lo em mora. Nas dogmáticas estrangeiras, não falta mesmo quem sustente que não se trata de mora, caracterizada neste caso da obrigação de *não fazer*, porém deve-se, desde logo, traduzir a conduta do *reus debendi* como inexecução pura e simples,³⁹ ou mesmo quem justifique o princípio apontando a inutilidade da constituição em mora, pois que a infração da obrigação de não fazer por si mesma consuma o irreparável.⁴⁰

Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora desde que o cometeu (Código Civil de 2002, art. 398),⁴¹ como nos casos de delito contra a propriedade, em que o agente é obrigado desde logo à restituição da coisa subtraída ou apropriada (*fur semper moram facere videtur*).⁴² Pelo mesmo fundamento da antijuridicidade do procedimento, causador do dever de reparar, o qual corre desde o dia em que o agente violou o direito, ou causou prejuízo a outrem, qualquer que seja o bem jurídico ofendido, opera-se a constituição automática em mora, independentemente de intimação ao ofensor, a contar de quando foi praticado o ato ilícito.⁴³

Em sua redação, o modelo de 1916 referia-se a “delito”, como expressão genérica, para compreender procedimento contra direito. Dúvida havia, entretanto, se se restringia ou não a alguma figura criminal, talvez porque a fonte romana tinha em vista o ladrão quando o enunciava. A doutrina, entretanto, estendia o princípio a todo procedimento originado de uma antijuridicidade. Com a redação atual, a dúvida desaparece, instituindo-se a *mora ex re*, em todos os casos de ato ilícito. Considera-se que o art. 398 do Código Civil de 2002, somente é aplicável às hipóteses de responsabilidade civil extracontratual subjetiva, não incidindo nos casos de ilícito contratual e de responsabilidade civil objetiva.⁴⁴

38 O Código Civil de 2002 deslocou a matéria para as disposições gerais de inadimplemento da obrigação.

39 Barassi, *Istituzioni*, n° 282.

40 De Page, *Traité*, III, 2ª parte, n° 75.

41 Direito Anterior: art. 962 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 396 do Projeto de Código Civil de 1975.

42 Ruggiero e Maroi, loc. cit.; Von Tuhr, *Obligaciones*, II, pág. 116.

43 Consultar Súmula n° 54 do Superior Tribunal de Justiça.

44 Sérgio Savi, “Inadimplemento das Obrigações, Mora e Perdas e Danos”, in: Gustavo Tepedino, *Obrigações*, pág. 474.

O terceiro caso de mora *ex re* está no inadimplemento de obrigação *positiva e líquida*, no seu termo. Vencida a dívida contraída com prazo certo, nasce *pleno iure* o dever da *solutio*, e a sua falta tem por efeito a constituição imediata em mora. É a regra *dies interpellat pro homine*, que o Código Civil de 2002 consagra (art. 397, *caput*). É o próprio termo que faz as vezes de interpelação. Mas esta regra não deve ser levada ao extremo de ser tratada como absoluta, pois há casos em que, mesmo então, é necessário interpelar o devedor se a execução demanda a prática de atos determinados, como por exemplo nas promessas de compra e venda em que, não obstante o prazo estipulado, o credor terá de interpelar o devedor, indicar o cartório onde será passada a escritura definitiva, apresentar documentos etc., sem o que a mora não existe.⁴⁵ Também deve alinhar-se na rota das exceções ao princípio *dies interpellat pro homine* a natureza quesível da prestação (dívida *quérable* ou *chiedibile*), pois que, se o credor tem a obrigação de vir ou mandar receber, é claro que não pode o devedor incidir de pleno direito em mora, e sofrer os seus efeitos, enquanto não se positivar a atitude do credor, procurando a *res debita*.⁴⁶

No Direito brasileiro ocorreu uma anomalia no tocante à constituição em mora: enquanto para as obrigações civis, *dies interpellat pro homine*, no Código Comercial de 1850 predominou o princípio oposto e então *dies non interpellat pro homine*. Enquanto no direito civil vigorava a mora *ex re* quanto às obrigações positivas, líquidas e a termo certo, no direito mercantil prevalecia a mora *ex persona*, não se podendo falar na constituição em mora sem notificação, interpelação ou protesto. E tão precisos eram os termos da lei comercial que não pode o interessado fugir à determinação, segundo a qual sempre teria de proceder judicialmente, sob pena de não haver incidência da mora,⁴⁷ a não ser naqueles casos específicos como o protesto cambial, que tem o condão de positivar o não cumprimento da obrigação contida na letra de câmbio, nota promissória, cheque, duplicata, à vista da certidão do oficial, que fez a convocação do devedor.⁴⁸

O Código Civil de 2002, visando à unificação do direito obrigacional, dita norma que traz uniformidade à matéria, prevalecendo então um só princípio, quer seja civil, quer empresarial a obrigação. E, na eleição entre uma e outra, o Código Civil de 2002 (art. 395, parágrafo único) adotou a mora *ex re*, nas obrigações positivas, líquidas e a termo.

45 Serpa Lopes, *Curso*, II, nº 327; Arnoldo Wald, *Obrigações e Contratos*, pág. 101.

46 Orosimbo Nonato, *Curso*, I, pág. 315; Agostinho Alvim, *Da Inexecução das Obrigações*, nº 78.

47 Orosimbo Nonato, *ob. cit.*, pág. 321.

48 Planio, Ripert e Boulanger, *ob. cit.*, II, nº 1.516.