

Pontes de Miranda

**TRATADO DE
DIREITO PRIVADO**

PARTE ESPECIAL

**TOMO XXVI
DIREITO DAS OBRIGAÇÕES
INADIMPLEMENTO**

Atualizado por
**Ruy Rosado de Aguiar Júnior
Nelson Nery Jr.**

CAPÍTULO I

CONSEQÜÊNCIAS GERAIS DO INADIMPLEMENTO

§ 3.102. PRECISÕES

1. DÍVIDA E ADIMPLEMENTO. – Quem deve está em posição de ter o *dever* de adimplir. Pode não estar obrigado a isso. Então, há o dever, e não há a obrigação. Os que, em matéria de ciência jurídica, empregam “dívida” e “obrigação” como se fôssem sinônimos procedem como quem falasse do “arqueiro”, referindo-se a homem que não tem arco, embora o pudesse ter e costumasse andar armado de arco. Que é “arqueiro”? perguntaria algum ouvinte; e com razão. Arqueiro é o fabricante de arcos; arqueiro é o que luta com arco; e arqueiro é o jogador de futebol que fica à entrada do arco, para impedir que a bola entre. O crédito é como o arqueiro, o homem que peleja com o arco. Pode estar armado e pode não estar. A arma é a *pretensão*. Crédito sem pretensão é crédito mutilado, arqueiro sem arco. Existe o crédito, porém não se pode exigir.

Quem deve e não é obrigado não pode ser constrangido a adimplir, nem sofre *conseqüências do inadimplemento*. Quem faz o que o arqueiro quer, embora esteja êle desarmado, é como o devedor, que não é obrigado, mas *paga, presta*.

Quem deve e não está obrigado, como quem deve e está obrigado, e presta, *satisfaz e libera-se*. Se deve e não está obrigado, e não adimple, nada pode contra o devedor o credor. Se deve e está obrigado, e não adimple, incorre em mora. Expõe-se a que o credor exerça direito de resolução ou de resilição por inadimplemento. Responde pelas perdas e danos a que a sua mora deu causa. Daí a regra jurídica do art. 1.056 do Código Civil:

“Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos”. Advirta-se em que devedor, ai, é o devedor obrigado, porque, se o crédito é desmunido de pretensão, o devedor, que deixa de prestar, não incorre em mora.

Aqui, surge problema que é fundamental: de qual efeito dos negócios jurídicos ou de qualquer outra fonte de obrigações emana a responsabilidade pelas perdas e danos? Do crédito? Da pretensão? Ou da ação?

2. PRETENSÃO À INDENIZAÇÃO DE PERDAS E DANOS. – As perdas e danos são devidas pelo inadimplemento, se, deixando de adimplir, o devedor incorre em mora. Se o devedor não é obrigado, e deixa de adimplir, não se lhe pode atribuir responsabilidade por perdas e danos, porque não houve mora. Se a dívida era a termo e foi atingido, ou se era condicional e a condição se impliu, mas o crédito não era dotado de pretensão, mora não houve. Se não havia determinação do tempo para o adimplemento, a interpelação não faz obrigado o devedor que não seria, com isso, obrigado. Noutros termos: do crédito, positivo e líquido, que, no seu termo, não é satisfeito, não resulta obrigação, se era crédito mutilado (= crédito que não tem e a que não pode nascer pretensão). Da interpelação feita por esse credor não provém mora do devedor.

Se a dívida de jôgo ou a de aposta é regida pelo art. 1.477 do Código Civil, há dívida, e não há obrigação. Se, no dia em que havia de solver-se, o devedor não a pagou, o inadimplemento não é ato ilícito relativo; não há, portanto, *mora*. Mora somente há se podia ser exigido o pagamento. Não seria possível exigirem-se perdas e danos, pela razão muito simples de não poder ser exigido o próprio adimplemento. Donde a conclusão: à pretensão é que se prende a responsabilidade do devedor por perdas e danos.

3. IMPUTABILIDADE E NÃO-IMPUTABILIDADE DA FALTA. – A falta, a que aludimos, é a falta do fato ou omissão de que resultou não ser ou não ficar *satisfeito* o credor.

Certamente, se houve impossibilitação sem ser imputável ao devedor, *não houve* adimplemento, porém não houve mora do devedor: o inadimplemento proveio de causa anterior, que não deixou qualquer ensejo ao devedor. O devedor não poderia adimplir.

A tradição do direito brasileiro – e, falando de direito brasileiro, necessariamente temos de abstrair dos doutrinadores que estavam mais preocupados com a letra da lei dos outros países do que com as Ordenações

Filipinas, Livro IV. Título 53, § 3, e o Código Civil – é no sentido que só a respeito de impossibilitação se aludir a culpa e não-culpa. A mora nada tem com isso.

Lê-se nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 53, § 3: “Porém, se a coisa percesse por caso fortuito, não será obrigado o comodatário a pagar o dano, salvo quando no dito caso fortuito interviesse culpa sua; assim como, se pedisse um cavalo emprestado para ir a uma certa romaria, e fôsse à guerra, ou saísse aos touros, aonde lhe matassem o dito cavalo, ou se foi em mora de tornar a coisa emprestada, a seu tempo, ou entre as partes foi acordado que o que recebeu a coisa emprestada ficasse obrigado aos casos fortuitos”.

Em nenhum dos arts. 955, 956, 958, 959, 960-963 do Código Civil se empregou a expressão “culpa” Tal expressão somente surge no art. 957 para se regular a responsabilidade do devedor em mora em caso de *impossibilitação* superveniente à mora. A “isenção de culpa”, a que se alude, é isenção de culpa na impossibilitação, à semelhança do que se passa nos arts. 865, alínea 1.^a, 866, 869 e 871, 1.^a parte.

O intérprete não pode importar discussões da doutrina estrangeira. Tem de primeiro ler, atentamente, a lei brasileira. O que lhe pode interessar, na doutrina dos outros sistemas jurídicos, é a *precisão* de algum conceito, a revelação histórica de algum erro, os resultados da investigação lógico-científica e, ocasionalmente, a contribuição da pesquisa e da discussão em torno de algum texto que coincide com o texto indígena.

O não-prestar, por impossibilitação que não foi causada pelo devedor, isto é, a falta objetiva de cumprimento a que se refere o Código Civil, art. 963 (“Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora”), não produz mora e, portanto, não há pensar-se em consequências da mora. ¿Quando é que a falta de cumprimento não é imputável ao devedor? A resposta é simples: *a)* se houve impossibilitação por força maior ou caso fortuito; *b)* se foi causada pelo próprio credor a impossibilitação; *c)* se foi terceiro que a causou, caso em que tem êsse de indenizar. Em nenhum desses três eventos, há “fato ou omissão imputável ao devedor” (cf. Tomo XXIII, §§ 2.794, 5, 13, 2.800, 2, 2.803, 4, e 2.806, 1, 4).

É preciso que se não confunda com a responsabilidade pelo inadimplemento a responsabilidade pelo ato lesivo à prestação. A êsse respeito tem o Código Civil o art. 1.057, alíneas 1.^a e 2.^a.

“Nos contratos unilaterais”, diz o art. 1.057, alínea 1.^a do Código Civil, “responde por simples culpa o contraente, a quem o contrato aproveita,

e só por dolo, aquêlê a quem não favoreça”. Na alínea 2.^a, acrescenta-se: “Nos contratos bilaterais, responde cada uma das partes por culpa”.

O doador sòmente responde pelo dolo: doou o imprestável, ou o nocivo, com a aparênciã de ser bom; sòmente em se tratando de *promessa de doaçãõ* (pactum de donando) é que se pode invocar o art. 1.057, alínea 1.^a, para que sòmente responda por dolo o promitente. A doaçãõ é contrato *real*; a promessa de doaçãõ é que é *consensual*.

Quanto aos contratos bilaterais, a culpa a que se refere o art. 1.057, alínea 2.^a, não é elemento da mora, porque o art. 1.057 nada tem com a mora. O doador, que prestou o que está *ofendido* sòmente por culpa, não responde por isso; nem o promitente de doaçãõ. O vendedor que remeteu a mercadoria sem empacotamento suficiente teve culpa, e responde. Se não remeteu, os princípiõs que se hãõ de invocar sãõ os que foram expostos a respeito de inadimplemento e não os do art. 1.057, que sòmente podem incidir se adimplemento houve e dolo (art. 1.057, alínea 1.^a), ou culpa (art. 1.057, alínea 2.^a).

4. IMPURGABILIDADE ORIGINÁRIA E IMPURGABILIDADE SUPERVENIENTE DA MORA. – Na linguagem comum, só se fala de mora, se o adimplemento ainda pode ser feito depois de se ter deixado de adimplir. Assim, tôda mora haveria de ser purgável, originariamente, e não se poderia aludir a mora em caso, por exemplo, de negócio jurídico fixo (*Fixgeschäft*).

A *purgatio morae* fazia nascer *exceptio doli*. Nos *bonae fidei iudicia* não constava da fórmula. PAULO (L. 91, § 3, D., *de verborum obligationibus*, 45,1) falou de “emendare moram”.

A purga da mora não se opera pelo simples adimplemento tardio. Tem o devedor de fazer oblação da prestação *mais* a importância dos prejuízos decorrentes até o dia da oblação (Código Civil, art. 959, I). Houve inadimplemento, portanto mora; mas *emendável*.

O que deixou de adimplir prestação que não poderia demorar incorreu em inadimplemento, e não há emenda possível. Chamou-se a isso *inadimplemento absoluto*, por ser relativo o outro, uma vez que se poderia “emendare moram”.

Se o devedor não adimple “no tempo, lugar e forma convençionados”, é inadimplente, e incorre em mora; porque se considera “em mora o devedor que não efetuar o pagamento, e o credor que o não quiser receber no tempo, lugar e forma convençionados” (Código Civil, art. 955).

Se, com o retardamento, a prestação não mais interessa ao credor (e. g., comprara o caminhão para fazer a mudança das mercadorias do armazém para outra cidade), a mora, que até dias antes era purgável, não mais se pode purgar. O inadimplemento é inafastável; inemendável a mora.

Se o interesse desapareceu na data em que devia ser prestado o prometido, há falta irremediável (= inadimplemento absoluto). Não caberia qualquer *emendatio morae*, porque, *se mora houve*, foi punctual.

Quem falha quanto ao adimplir há de ser lembrado pela tribo e lembrar-se. *Mora* vem de *memor*. A memória está em causa. O termo, a condição e a interpelação lembram; o devedor obrigado, que deixa de adimplir, incorre em mora. De ordinário, a mora traça linha, no tempo, e durante o percurso consumam-se as suas conseqüências.

O credor não pode recusar a prestação se o que lhe falia é mínimo e não diminui o valor do que se lhe quer entregar, ou se nada se opõe a que a receba. A regra é não perder o interesse a prestação, por atraso do devedor. Daí a purga da mora. Mas pode ocorrer que a prestação não mais sirva ao devedor depois de transcorrido determinado momento; e. g., se o credor queria o automóvel antes de embarcar, para com êle continuar a viagem pelo interior.

Se o credor não havia contraprestado, é provável que apenas peça indenização. Se já contraprestara, no todo ou em parte, pede ou a indenização, que compreende o equivalente da prestação não feita *mais* o interesse negativo, ou a restituição *mais* êsse interesse. Portanto: ainda que o contrato seja negócio jurídico fixo, há a escolha entre exigir o equivalente e a resolução ou a resilição. Mora houve, porque mora não é só o protraimento da prestação ainda, depois, suscetível de ser feita, – sentido estrito que se generalizou, por serem menos freqüentes os negócios jurídicos fixos. Há a mora impurgável, ou que tal se tornou.

Se a mora é impurgável e o credor recebe o que, embora já sem interesse para êle, lhe era, antes, devido, é de perguntar-se: tornou êle purgável o que o não era, ou recebeu a prestação já impraticável como prestação, sem que significasse adimplemento?

No direito alemão, há questão parecida – não idêntica – que é a de se saber se, na espécie do § 361 do Código Civil alemão, vige o § 326, relativo ao prazo razoável para que o devedor possa prestar. No sentido negativo, que é o de não haver tal prazo em caso de negócio jurídico fixo, com razão, KARL LARENZ (*Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 246); sem razão,

E. WOLF (Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden, *Archiv für die civilistische Praxis*, 153, 100).

No Tomo XXV, § 3.091, 5, dissemos que a resolução, nos negócios jurídicos fixos, não é só *legal*, é também *negocial*. Quem não presta enquanto a prestação é útil ao credor, inclusive em se tratando de negócio jurídico fixo, deixa de adimplir; mas, ao mesmo tempo, infringe cláusula especial do contrato. Porque o adimplemento devia ser até o dia *d*, ou no dia *d*, e *nunca* depois.

Nos outros negócios jurídicos, o inadimplemento também ocorre se não se presta até o dia *d*, ou no dia *d*, mas ainda se pode prestar depois, purgando-se a mora.

Se o negócio jurídico é negócio jurídico *fixo*, ou se deixou de ser purgável a mora, nenhum ensejo se dá, após o momento *d*, ou o momento em que se caracterizou a impurgabilidade, para que o devedor possa eficazmente prestar.

O art. 956, parágrafo único, é expressivo: “Se a prestação, por causa da mora, se tornar inútil ao credor, êste poderá enjeitá-la, e exigir satisfação das perdas e danos”.

Tem-se de distinguir do caso do *negócio jurídico fixo* o da impurgabilidade superveniente. Naquele, o inadimplemento já fêz nascer o direito de resolução ou de resilição; nêsse, idem, mas a purgabilidade, que ali não existe, nem existiu, aqui existe e desaparece. Donde as conseqüências, assaz relevantes em direito brasileiro: *a*) se o credor exerce o direito de resolução ou de resilição e o devedor quer purgar a mora, até à contestação (isto é, no prazo para ela), ou o credor alega a superveniente impurgabilidade; *b*) se fica assente ter-se tornado impurgável a mora, o juiz tem de deferir o pedido de resolução ou de resilição, salvo *c*) se o credor prefere a incidência do art. 956, parágrafo único, com a sua solução peculiar, que é a indenização de perdas e danos por inadimplemento, sem resolução ou resilição. Daí têmos dito, no Tomo XXV § 3.091, 5, que não há confundir-se a responsabilidade no caso do art. 956, parágrafo único, com a responsabilidade em caso de resolução ou de resilição.

Se a mora era purgável e o devedor obteve prazo de graça ou suplementar, inconfundível com o prazo substitutivo (que tanto pode ser dilatante como encurtante, mas há de ser enquanto não se esgotou o prazo substituído), o credor como que convida o devedor a adimplir, purgando a mora, até o dia que se lhe marca. Tal prazo é necessariamente posterior à

mera (*Nachfrist*), mas inserível na própria interpelação, se dela dependia a constituição em mora. Não tem o mesmo efeito o simples convite a adimplir em “tempo razoável”, ou “em prazo razoável”. O prazo de graça ou pós-prazo é intimamente ligado à purgabilidade. Daí ter de ser, em relação ao tempo necessário à purgação, prazo conveniente ou bastante (= que atenda à importância e às dificuldades da prestação, no que se refere ao devedor, e às necessidades do credor).

Quem pede prazo de graça ou tolerância já enuncia, implicitamente, que o adimplemento está começado, ainda que, em verdade, nada haja feito o devedor: daí entender-se compreendido, sempre, o tempo em que se deveria ter prestado e não se prestou. O prazo suplementar é concessão do credor, para atender aos interesses do devedor, e de modo nenhum há de ser prejudicial ao credor, que poderia não o conceder. Se o devedor o aceita, embora diminuto, expôs-se às suas conseqüências. Se o credor prefere, pode pedir ao juiz que determine o prazo razoável, e então, intimado do despacho o devedor, a fixação do prazo é ato jurídico unilateral.

O credor pode dilatar ou estabelecer outro prazo suplementar, ainda se o disse *improrrogável* ou *irrenovável*. Todavia, se não houve, a tempo, prorrogação, nem sobreveio renovação, a mora tornou-se impurgável, ainda se não havia no ato de determinação do prazo suplementar a advertência da improrrogabilidade, ou da irrenovabilidade. *A fortiori*, se a continha.

Panorama atual pelos Atualizadores

§ 3.102. A – Legislação

O inadimplemento das obrigações (art. 1.056 do CC/1916) está regulado nos arts. 389 e ss. do CC/2002; a mora, nos arts. 394 a 401 do CC/2002.

As dívidas de jogo, ou apostas (art. 1.477 do CC/1916) constam nos arts. 814 a 817 do CC/2002.

A responsabilidade pelo inadimplemento dos contratos unilaterais e bilaterais, a que se referia o art. 1.057 do CC/1916, está no art. 392 do CC/2002, que adota a nomenclatura correta: responsabilidade nos contratos benéficos e onerosos. Alterada a designação, permanece válida a lição do autor.

A purga da mora (art. 959 do CC/1916) está prevista no art. 401 do CC/2002, que repetiu a disposição antiga, excluindo o inc. III, que era supérfluo.

Sobre a mora e a purga da mora, há disposições na legislação especial, e.g.: Lei 8.245/1991 (locação), arts. 59 e 62; Dec.-lei 70/1966 (mútuo hipotecário), art.

34; Dec.-lei 745/1969 (compromisso de compra e venda), art. 32; Lei 4.591/1964 (incorporação imobiliária), art. 63; Lei 4.728/1965 (alienação fiduciária), art. 66-B; Dec.-lei 911/1969, art. 3.º, § 2.º, com a redação da Lei 10.931/2004, que revogou os arts. 66 e 66-A da Lei 4.728/1965. A nova redação dada pela Lei 10.931/2004 concedeu prazo para purgar a mora (agora sem a exigência de pagamento de 40% do débito, a que se referia a Súmula 284 do STJ, que está assim superada); Lei 9.514/1997 (alienação fiduciária de bens imóveis), art. 26; Lei 6.766/1979 (parcelamento do solo urbano), art. 32.

O disposto no art. 401 do CC/2002, permitindo a purga da mora, se estende aos casos do art. 66-B, da Lei 4.728/1965, sobre alienação fiduciária em garantia (CHALHUB, Melhim Namen. *Negócio Fiduciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 206).

As perdas e danos (art. 1.059 do CC/1916) estão referidas nos arts. 402 e ss. do CC/2002. O valor da indenização apura-se pelo disposto nos arts. 944 e ss. do CC/2002.

O antigo Código Civil de 1916 dispunha, nos arts. 1.533 a 1.553, sobre a liquidação das obrigações; tal matéria hoje se encontra no Capítulo da Indenização, arts. 944 e ss. do CC/2002, aplicável à responsabilidade contratual e à extracontratual.

O inadimplemento de obrigação contratual constitui o devedor em mora (art. 397 do CC/2002). Nas obrigações provenientes do ato ilícito (ilícito absoluto, arts. 186-187 do CC/2002), considera-se o devedor em mora desde a prática do fato (art. 398 do CC/2002).

Os juros de mora, no descumprimento do contrato, são devidos desde a citação inicial (art. 405 do CC/2002)

O BGB, § 326, que dispõe sobre liberação da contraprestação e resolução em caso de exclusão do dever de prestação, teve sua redação modificada. O BGB, § 361, está revogado.

§ 3.102. B – Doutrina

Pontes de Miranda vincula a responsabilidade do devedor por perdas e danos, em razão do inadimplemento, à pretensão. Pode haver dívida e não haver obrigação; pode haver crédito sem pretensão. A exigência do crédito somente surge, quando exercitável a pretensão.

O conceito de pretensão, o autor havia dado no Tomo V, do *Tratado de direito privado*, § 615, n. 1: "Pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa". O BGB, § 194, I, define a pretensão como "o direito de exigir de outrem uma ação ou omissão". Pontes adverte que "a expressão 'direito' devera ter sido evitada; porque permite falar-se de direito (direito subjetivo), de direito a exigir (pretensão) e de direito à ação. Rigorosamente, há três posições em vertical: o direito subjetivo, a pretensão e a ação, separáveis". Dessa conceituação aceita por Pontes, disse André Fontes: "Pontes de Miranda no Brasil é o mais enfático adepto do termo poder para expressar o núcleo con-

ceitual da pretensão. Nesse sentido, *Tratado de ação rescisória*, p. 11" (FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 12, nota 20).

A natureza jurídica da obrigação é objeto de longa divergência doutrinária. Uma corrente acentua o poder do credor sobre a conduta do devedor (personalista); uma segunda dá realce ao poder do credor sobre o patrimônio do devedor (patrimonialista); uma terceira vê duas relações, distintas e autônomas: a dívida do devedor em face do credor (*Schuld*) e a responsabilidade pela dívida sobre os bens do devedor (*Haftung*); outra percebe as diferentes fases, mas as reúne todas na dinâmica de um processo. A corrente que predomina parece ser a doutrina clássica, ou unitária, para quem (a) a obrigação é concebida como um direito à prestação, por parte do credor, a que corresponde um dever específico de prestar, pelo devedor; (b) integra a obrigação o poder de agressão do patrimônio do devedor, caso o devedor não cumpra; a sanção faz parte da estrutura da obrigação; (c) ao lado desses dois aspectos (o direito à prestação e o dever de prestar), há deveres acessórios ou anexos (VARELA, Antunes. *Direito das obrigações: conceito, estrutura e função da relação obrigacional: fontes das obrigações, modalidades das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. vol. 2, p. 421 *et seq.*). Entre as novas concepções destaca-se a que considera a relação obrigacional como um "processo ou sistema de processos, e como totalidade, trazendo para o núcleo duro do conceito a ideia de adimplemento" (MARTINS-COSTA, Judith. Arts. 389 a 420: do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 5, t. 2, p. 26; SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky Ed., 1976. p. 12). Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber identificam na relação obrigacional, ao lado da sua estrutura, "um aspecto dinâmico e funcional, ou seja, como um processo, um conjunto de atos e atividades que se movimentam em direção a um determinado fim econômico e social" (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Arts. 233 a 420: direito das obrigações. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2008. vol. 4, p. 17).

Pontes de Miranda classificou a extinção do contrato, por inadimplemento do devedor, quanto ao seu efeito no tempo, em duas espécies: resolução, com efeito *ex tunc*, para os contratos de execução instantânea ou diferida, e rescisão, com efeito *ex nunc*, para os contratos duradouros. No sistema do Código Civil de 2002, porém, a rescisão é modo de extinção que independe da natureza do contrato e não exige o inadimplemento, podendo decorrer da vontade de ambas as partes (distrato, art. 472 do CC/2002) ou por ato unilateral de uma delas (rescisão unilateral, art. 473 do CC/2002).

Negócio jurídico fixo (com termo essencial) é aquele em que, por expressa disposição convencional ou pela natureza da obrigação, a prestação deve ser efetuada em certo momento, perdendo o credor, depois disso, interesse na prestação (exemplo: entrega do automóvel antes do início da viagem do credor; entrega do vestido da noiva antes da cerimônia) (ver: LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1, p. 302; art. 1.457 do Código Civil

italiano). O descumprimento de negócio jurídico fixo caracteriza o inadimplemento absoluto e permite a resolução do contrato na forma do art. 474 do CC/2002.

O novo Código Civil, no art. 396, manteve a regra de que só existe *mora solvendi* por fato imputável ao devedor. Para o autor, a culpa ou não culpa nada têm a ver com a mora, pois pode haver mora sem culpa. Respeitáveis juristas da atualidade têm o mesmo ponto de vista: MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 335; ASSIS, Araken de. Da cláusula resolutiva. In: ARRUDA ALVIM, José Manuel de; ARRUDA ALVIM, Thereza (coords.). *Comentários ao Código Civil brasileiro: do direito das obrigações: arts. 421 a 578*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. vol. 5, p. 630. Pontes de Miranda cita, em amparo de sua tese, o art. 961 do CC/1916, atual art. 390, sobre constituição em mora nas obrigações negativas. Critica a lição em sentido contrário de Agostinho Alvim, para quem não há mora sem culpa (*Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 128). No entanto, parece melhor a orientação de Alvim, assim como já era sustentado por Serpa Lopes: “Jurisprudência e doutrina são unânimes em reconhecer a culpa como elemento integrante da *mora solvendi*” (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: obrigações em geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1957. vol. 2, p. 437. Também: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado: conforme a Constituição da República: arts. 1 a 420*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. vol. 1, 742; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil: mora, perdas e danos, juros legais, cláusula penal, arras ou sinal*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 94).

O Código Civil não tem norma sobre prazo de graça. “Trata-se de prazo concedido pelo juiz ao devedor de dívida já vencida, em obséquio de sua situação pessoal. Por ele, concede o juiz ao devedor dilatação de prazos ou prazos escalonados para pagamento em parcelas, em cotas sucessivas” (NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações: pagamento, mora, pagamento indevido*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. parte 2, vol. 1, p. 257). O Direito francês conhece o instituto, que o define como uma medida individual concedida pelo juiz quando o credor reclama a execução da dívida. “É um meio de temperar o rigor de um credor impiedoso contra um devedor de boa vontade” (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français: obligations, deuxième partie*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1954. t. 7, vol. 1, p. 357). A doutrina faz a distinção entre “termo de direito”, usado para designar o termo de origem legal ou convencional, o “termo de graça” para a situação na qual um prazo é judiciariamente acordado ao devedor, e “moratória”, que é um prazo de graça coletivo, concedido pela superveniência de situações extraordinárias, como a guerra (GHESTIN, Jacques; JAMIN, Christophe; BILLIAU, Marc. *Les Effets du contrat*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2001. p. 183-184). Na França, a utilização da medida é ampla, permitida para a execução de toda dívida, delitual, quase delitual e contratual, pois o art. 1.244-1 do Código francês é comum a todas as obrigações; a medida somente é recusada excepcionalmente nos casos de cheque ou de cláusula resolutiva de pleno direito (CHABAS, François; MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998. t. 2, vol. 5, p. 1001). Além da concessão pelo juiz, o prazo pode ser concedido pela parte, como está previsto na Convenção de Viena/1980: “Artículo 47. 1) El comprador podrá

fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban”.

Pontes de Miranda discorre sobre o prazo de graça concedido pelo credor (n. 4), o que se há de admitir como plenamente cabível no nosso ordenamento. Leis esparsas existem determinando a concessão de prazo para o pagamento ao devedor notificado (e.g., art. 32 da Lei 6.766/1979).

Deve ser acentuada a referência feita pelo mestre à possibilidade de o devedor purgar a mora até a contestação (isto é, no prazo para ela). O interesse social e a função econômica do contrato melhor se satisfazem com a execução do que fora acordado pelas partes, isto é, com o cumprimento da prestação e a preservação do contrato; tal é a primeira solução que o sistema jurídico e os tribunais devem prestigiar, e nesse caminho se inclui a facilitação da purga da mora.

§ 3.102. C – Jurisprudência

Estão reunidos aqui precedentes sobre a mora e os juros de mora.

“A descaracterização da mora em virtude da cobrança excessiva de encargos harmoniza-se com a orientação adotada pela colenda Segunda Seção deste Tribunal” (STJ, REsp 450.883/RS, 3.^a T., j. 02.12.2003, rel. Min. Castro Filho, DJ 19.12.2003).

“Demonstrada cobrança excessiva pelo credor quanto à capitalização mensal dos juros e à omissão de permanência, assim como revelada a imprestabilidade da notificação, mantém-se incólume a assertiva do julgado recorrido segundo a qual restou descaracterizada no caso a *mora debitoris*” (STJ, REsp 229.796/RS, 4.^a T., j. 05.11.2002, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 24.02.2003).

Enunciado 354 da IV Jornada de Direito Civil do STJ/CEJ: “A cobrança de encargos e parcelas indevidas ou abusivas impede a caracterização da mora do devedor”.

“A Segunda Seção do STJ julgou o REsp 1.061.530/RS, no qual pacificou definitivamente seu entendimento acerca de toda a matéria bancária, exceção feita às discussões quanto à legalidade da comissão de permanência e à possibilidade de capitalização de juros. No julgamento desse recurso, de minha relatoria, ficou definitivamente estabelecido que ‘o reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descaracteriza a mora’” (STJ, REsp 337.572/SP, 3.^a T., j. 13.11.2008, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 20.02.2009).

“Considera-se indevida a multa uma vez que se reconheceu ter o devedor motivo para não efetuar o pagamento nos termos pretendidos. Art. 71 do Dec.-lei 167/1967” (STJ, EDcl no REsp 163.884/RS, 2.^a Seção, j. 23.05.2001, rel. p/ ac. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., DJ 23.05.2001).

Os juros de mora, no descumprimento do contrato, são devidos desde a citação inicial (art. 405) (STJ, REsp 828.148/RS, 4.^a T., j. 02.09.2008, rel. p/ acórdão Min. Aldir Passarinho Jr., DJ 02.09.2008; REsp 1.078.753/MS, 4.^a T., j. 04.08.2011, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 15.08.2011).

Súmula 54 do STJ. “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”.

“Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual” (STJ, REsp 1.134.836/MT, 4.^a T., j. 14.04.2011, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., *DJe* 25.04.2011).

“Termo inicial dos juros de mora: data do evento danoso, à razão de 0,5% por mês até a entrada em vigor da Lei 10.406/2002 (Código Civil) e de 1% por mês a partir de então” (STJ, AgRg no AgIn 1.167.795/SP, 3.^a T., j. 17.02.2011, rel. Min. Vasco Della Giustina, *DJe* 23.02.2011). Com outra taxa (Selic), manifestou-se o STJ no REsp 963.353/PR, 2.^a T., j. 20.08.2009, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 27.08.2009: “É entendimento assente no STJ que os juros relativos ao período da mora anterior à data de vigência do novo Código Civil, devem ser empregados à taxa de 0,5% ao mês (art. 1.062 do CC/1916), e aos juros referentes ao período posterior aplica-se o disposto no art. 406 da Lei 10.406/2002 (Código Civil)”. “A partir da vigência do novo Código Civil, os juros moratórios deverão observar a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (art. 406). Taxa esta que, como de sabença, é a Selic, nos expressos termos da Lei n. 9.250/1995” (STJ, REsp 944.884/RS, 1.^a T., j. 18.10.2007, rel. Min. Francisco Falcão, *DJe* 17.04.2008; no mesmo sentido: STJ, REsp 710.385/RJ, 1.^a T., j. 28.11.2006, rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* 14.12.2006).

No caso de devolução, ao promissário comprador, de parcelas pagas na execução do contrato extinto, os juros moratórios sobre as mesmas serão computados a partir do trânsito em julgado da decisão (STJ, REsp 1.008.610/RJ, 2.^a Seção, j. 16.03.2008, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJe* 03.09.2008).

Caracterizada a *mora creditoris*, o devedor fica desobrigado da prestação e não pagará juros de mora (STJ, REsp 857.299/SC, 3.^a T., j. 03.05.2011, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* 13.06.2011).

Súmula 284 do STJ: “A purga da mora, nos contratos de alienação fiduciária, só é permitida quando, já pagos pelo menos 40% do valor financiado” (observação: Lei 4.728/1965 (alienação fiduciária), art. 66-B; Dec.-lei 911/1969, art. 3.^o, § 2.^o, com a redação da Lei 10.931/2004, revogou arts. 66 e 66-A da Lei 4728/1965. A nova redação dada pela Lei 10.931/2004 concedeu prazo para purgar a mora, agora sem a exigência de pagamento de 40% do débito, a que se referia a Súmula 284 do STJ, que está assim superada).

Súmula 245 do STJ: “A notificação destinada a comprovar a mora nas dívidas garantidas por alienação fiduciária dispensa a indicação do valor do débito”.

Súmula 72 do STJ: “A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente”.

Súmula 76 do STJ: “A falta de registro do compromisso de compra e venda de imóvel não dispensa a prévia interpelação para constituir em mora o devedor”.

Súmula 199 do STJ: “Na execução hipotecária de crédito vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, nos termos da Lei 5.741/1971, a petição inicial deve ser instruída com, pelo menos, dois avisos de cobrança”.

Súmula 369 do STJ: “No contrato de arrendamento mercantil (*leasing*), ainda que haja cláusula resolutiva expressa, é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituí-lo em mora”.

Súmula 380 do STJ: “A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor”.

Súmula 426 do STJ: “Os juros de mora na indenização do seguro DPVAT fluem a partir da citação”.

Enunciado 428 da V Jornada de Direito Civil do STJ/CEJ: “Os juros de mora, nas obrigações negociais, fluem a partir do advento do termo da prestação, estando a incidência do disposto no art. 405 da codificação limitada às hipóteses em que a citação representa o papel de notificação do devedor ou àquelas em que o objeto da prestação não tem liquidez”.

§ 3.103. PRETENSÃO A PERDAS E DANOS POR INADIMPLEMENTO

1. IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE DA PRESTAÇÃO E INDENIZAÇÃO.
– Quando se torna impossível prestar e há culpa do devedor (Código Civil, arts. 865, alínea 2.^a, 867, 870, 871, 2.^a parte, 876, 879, 2.^a parte, arg. ao art. 882, 886 e 887, alínea 2.^a), o devedor responde: há de indenizar o credor pelas perdas e danos oriundos do inadimplemento. Quem culposamente impossibilitou a prestação deixa de adimplir. O crédito do credor *persiste* o mesmo (bem assim, o direito de garantia, se há); há apenas mudança do conteúdo. A pretensão à indenização, às perdas e danos, é, aí, a mesma, pôsto que varie, para o que é possível prestar-se, a prestação primária. É de repelir-se a concepção que vê em tais circunstâncias duas pretensões, uma, à prestação prometida, e outra, ao sucedâneo.

Não há:

- a) Pretensão ao objeto prometido.
- b) Pretensão a perdas e danos.

Mas sim:

Pretensão ao objeto prometido (ou a perdas e danos).

É certo que a indenização das perdas e danos resulta de ilícito relativo, mas o ilícito relativo não é criador de outro dever, nem de outro crédito. Aí, a grande diferença em relação ao ilícito absoluto.

Em conseqüência do que acima dissemos: a renúncia à pretensão ao adimplemento em natura abrange o adimplemento mediante indenização; o prazo prescricional é o mesmo. Em todo caso, se o devedor, antes da data para adimplemento, comunica ao credor que impossibilitou, por vontade própria, o objeto da prestação, o prazo prescricional começa da data da comunicação, por ser o início das conseqüências (*e. g.*, se o comprador estava pré-contratando venda á terceiro, ou vendendo, desde já, o que contava receber).

A indenização é, ordinariamente, em dinheiro. Pode-se prever que se preste em outra espécie. A prestação de outra coisa da mesma espécie, em vez da individualmente determinada, só é admissível se o credor a recebe; ou a determinação individual não bastou para tornar infungível o que é fungível, conforme o tráfico, e a recepção pelo credor, sem restrição, é como interpretação da cláusula; ou o credor anuiu na substituição, e recebeu o *parecido* como se fôsse o *mesmo*; ou se caracterizou dação em soluto. A doutrina, que considerasse indenização, em todos os casos, a prestação da coisa igual, se a coisa devida era fungível, embora individualmente determinada, seria errada na generalização. Pode ser indenização e pode não ser (sem distinção, mas provàvelmente subentendido o que dissemos, KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 3.^a ed., 207; A. BLOMEYER, *Allgemeines Schuldrecht*, 2.^a ed., 213; *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 107, 18).

Se o devedor tornou impossível a prestação, por ter alienado o bem, o credor pode exigir o valor segundo a avaliação, ou o que o devedor obteve como preço. O devedor não pode substituir ao que teria de indenizar a cessão da pretensão contra o terceiro. Se o credor ainda não se fêz cessionário, por ato judicial, ou negocial, pode preferir a indenização total em dinheiro, mesmo que, no pedido, se tenha referido à cessão da pretensão contra o terceiro.

Se a prestação só em parte se tornou impossível, o credor é que tem de escolher, conforme o art. 867 do Código Civil. Naturalmente, em caso de prestação indivisível, a impossibilitação parcial trata-se como total (cf. Código Civil, art. 889; Código Comercial, art. 431).

Quanto ao ônus da prova, algumas considerações são indispensáveis :

a) Se o credor, já podendo estar em mora o devedor, alega inadimplemento, o ônus da prova de ter adimplido incumbe ao devedor. Se, porém, o credor, antes de poder ter havido inadimplemento, afirma que houve impossibilitação culposa, o ônus da prova é seu, salvo se o devedor o confirma, ou se antes lhe havia comunicado a ocorrência.

b) Alegada e provada a impossibilitação, entende-se que foi devida a culpa do devedor. Tem êsse de alegar e provar que a impossibilidade superveniente resultou de caso fortuito ou fôrça maior, ou de culpa do credor. A razão para essas proposições assenta em que o credor não pode estar a par do que se passa em lugar em que o devedor possui a coisa, ou em que a guarda, ou em que a coisa se acha para que o devedor a receba e a entregue ao credor. Tal lugar pode ser de difícil acesso, ou fechado, ou, até, secreto, ou de entrada proibida. Daí presumir-se, a favor do credor, que há responsabilidade do devedor pela impossibilidade superveniente da prestação. Se o devedor não consegue provar não ter tido culpa, é tido como responsável, em quaisquer das espécies dos arts. 865, alínea 2.^a, 867, 870, 871, 2.^a parte, 876, 879, 2.^a parte, 882, *ex argumento*, 886 e 887, alínea 2.^a. Não tem pertinência, na matéria, o princípio “a culpa não se presume”.

Se o credor não consegue provar a impossibilidade superveniente da prestação, tendo o devedor negado que tal impossibilitação tenha ocorrido, ou a) aguarda êle o momento em que possa exigir o adimplemento e, pois, fazer incursão em mora o devedor, ou b) pede, alegando e provando que tem interêsse em saber a verdade sôbre a coisa que há de ser prestada, como se quer ceder o direito e a pretensão, a *exibição* do bem prometido (Código de Processo Civil, arts. 216 e 676, V).

Provada a impossibilitação superveniente, o devedor, para evitar a presunção de responsabilidade, tem de alegar e provar que não tem culpa.

Se a vistoria foi incidental (= durante a lide; Código de Processo Civil, arts. 676, VI, 684, parágrafo único, e 686), ou se houve apenas justificação (Código de Processo Civil, arts. 735-738), o devedor sômente pode alegar e provar a ausência de culpa na ação que fôr proposta, ou na ação em que se deu o incidente. Se a exibição foi cautelar, há a incidência do art. 685, e aí pode o devedor alegar e fazer a prova do alegado.

Se o credor não consegue provar a impossibilitação superveniente, não fica privado da pretensão ao adimplemento. Durante a lide, ou depois, tem o devedor de prestar conforme o prometido, e ao credor cabe a ação para adimplemento, ou indenização.

Se o devedor consegue provar que não houve culpa sua na impossibilitação, a sentença tem de ser de resolução ou de resilição, por incidência do art. 865, alínea 1.^a, 869 ou outro do Código Civil, ou exercido o direito à resolução ou à resilição. Na espécie do art. 866, sômente o credor pode pedir a sentença de resolução ou de resilição. O devedor pode fazer intimar o credor para exercer a escolha de que fala o art. 866.

2. INADIMPLEMENTO E ADIMPLEMENTO NÃO SATISFATÓRIO. – Diz o art. 1.056 do Código Civil: “Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos”. No art. 955, já se estabelecera que se considera “em mora o devedor que não efetuar o pagamento, e o credor que o não quiser receber no tempo, lugar e forma convencionados”. “Não cumprindo a obrigação” e “não efetuar o pagamento” estão por “não adimplindo” e “não adimplir”. Falta adimplemento. Ou porque o devedor não se moveu a isso, ou porque o credor recusou a prestação, com razão. Na 2.^a parte do art. 1.056 e na 2.^a parte do art. 955, em termos exemplificativos, alude-se ao adimplemento não satisfatório, ou ruim. A não-satisfação pode provir de ser antes ou depois do tempo fixado, ou fora do lugar que fôra indicado, ou em quantidade inferior à que se prometera, ou em qualidade inferior a que se havia de exigir (às vêzes, a qualidade superior não satisfaz, como se o comprador precisa de peças da série 6, e não de peças da série *a*, superior). “Modo”, no art. 1.056, está em sentido larguíssimo.

3. IMPOSSIBILITAÇÃO SUPERVENIENTE À MORA. – O art. 957 do Código Civil foi exposto no Tomo XXIII (§§ 2.794, 5, 12, 13, 2.806, 1, 2.809, 2, 3, 6, 14, 18, e 2.810, 2). A “isenção de culpa”, a que se refere o art. 957, só diz respeito à impossibilitação, e não à mora. As críticas hostis que se fazem ao Código Civil, art. 957, são improcedentes, pois que os censores partem de princípio que não é o do Código Civil. O Código Civil está certo. Segundo o art. 957 já se afirmou a mora, cujos pressupostos têm *sedes materiae*, que não é, de modo nenhum, no art. 957. Uma vez que houve a mora, o devedor passou a ser responsável por superveniente impossibilitação, qualquer que seja, salvo se à impossibilitação não deu causa, ou se o dano se teria dado ainda que a dívida tivesse sido adimplida oportunamente. Os críticos, contra a letra da lei, deslocam para o suporte fáctico da mora o que somente concerne ao suporte fáctico da impossibilitação superveniente (e. g., AGOSTINHO ALVIM, *Da Inexecução das Obrigações e suas conseqüências*, 73). Pode ter havido mora sem ter havido culpa (e. g., Código Civil, art. 961), e haver culpa na impossibilitação superveniente. Pode ter havido mora e culpa, e não haver culpa na impossibilitação. Pode ter havido mora e culpa, e pela impossibilitação superveniente ser culpado o devedor. Pode ter havido mora e não ter havido culpa, e não haver culpa na impossibilitação superveniente. Pode ter havido mora, e a impossibilitação por

fôrça maior ou caso fortuito sòmente ter ocorrido por ter dado causa à situação em que foi impossibilitada a prestação o devedor sem dolo nem culpa. O assunto foi versado no Tomo XXIII, §§ 2.794, 5 e 12, e 2.809, 3, 14. A “isenção de culpa”, no art. 957, é a não-ocorrência de imputabilidade, de causação. A impossibilitação, essa, pode ser por fôrça maior ou caso fortuito. Por ela sòmente não responde se não houve *causa* (necessariamente anterior) que fêz possível a impossibilitação por fôrça maior ou caso fortuito (=o que aconteceu teria acontecido ainda que não tivesse havido o inadimplemento ou o inadimplemento ruim). Deixou B de adimplir no dia 15, e a 20 houve incêndio na casa em que guardara a prestação que deveria fazer (*e. g.*, os móveis encomendados); o incêndio foi sem culpa de B, que não era, sequer, locatário da casa em que alojara os móveis, por obséquio, ou mediante paga. B não o fêz por dolo, nem houve culpa sua na impossibilitação, mas B responde porque deu causa a que a impossibilitação – embora por fôrça maior ou caso fortuito – ocorresse.

Não há mora do devedor se foi o credor que impediu o adimplemento. O credor conduziu-se de tal forma que criou a impossibilidade. Há fôrça maior, embora fôrça oriunda de outrem. Tem-se de pôr o problema da impossibilidade em têrmos de dilema: ou a causou ou dela foi culpado o devedor, ou não a causou êle, ou dela não foi culpado. Não é a respeito da mora que se põe a questão da culpa; é a propósito da impossibilidade. Mora não houve porque houve a impossibilidade, sem culpa do devedor.

4. ILÍCITO ABSOLUTO E INADIMPLEMENTO. – Sempre que se caracteriza fato ilícito absoluto (Tomo II, §§ 162-208), ou seja fato *stricto sensu* ilícito, ou ato-fato ilícito, ou ato ilícito, alguém ofendeu a outrem, em sua pessoa ou em seu patrimônio, sem existir entre ofensor e ofendido relação jurídica negocial. A ofensa é, todavia, a algum direito absoluto, corresponde a infração de dever absoluto, razão por que se há de tratar como qualquer outro *inadimplemento*. Quem mata, ou fere, ou estupra, ou calunia, ou injuria, infringe, com ato positivo, ou negativo, dever absoluto. Quem arrebenta, a pedradas, as vidraças da casa de outrem, infringe dever absoluto. Infringe dever absoluto quem retira a árvore do seu jardim, se para isso seria preciso permissão do Estado, ou se a permissão imporá o plantio de outra.

O assunto merece capítulo especial.

Panorama atual pelos Atualizadores

§ 3.103. A – Legislação

A regra sobre a impossibilidade superveniente ao vencimento está no art. 399 do CC/2002, que repetiu o enunciado antigo (art. 957 do CC/1916).

As disposições sobre as obrigações de dar, fazer, não fazer e obrigações alternativas (arts. 865 a 887 do CC/1916) estão nos arts. 233 a 256 do CC/2002. O mesmo regime foi mantido e as lições do autor são aplicáveis.

Os arts. 314, 327 a 330, e 331 a 333 do CC/2002 dispõem, respectivamente, sobre pagamento parcelado (art. 889 do CC/1916), lugar de pagamento e tempo de pagamento. O art. 939 do CC/2002 trata da cobrança antes do vencimento. O art. 431 do CCo está revogado.

O Código de Processo Civil cuida da exibição judicial nos arts. 844-845; da produção antecipada de prova nos arts. 846 a 851 do CPC; da justificação nos arts. 861 a 866 do CPC.

A consequência pelo inadimplemento (antes prevista no art. 1.056 do CC/1916) está regulada nos arts. 389 e ss. do CC/2002. O regime é o mesmo.

§ 3.103. B – Doutrina

Pontes de Miranda inclui a culpa do devedor como um elemento a considerar quando se tornar impossível a prestação. Mantém-se, assim, fiel à sua orientação: a culpa não é elemento da mora, mas o é da impossibilitação. Culpado pela impossibilidade superveniente, o devedor responde.

A pretensão do credor é, em primeiro lugar, obter o cumprimento específico, ou, na expressão do autor, “o objeto prometido”. Nos termos do art. 947 do CC/2002, se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente. Tratando-se de obrigação de entregar coisa certa, incide o disposto no art. 236, segundo o qual, sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos. “Em regra, portanto, incumbe ao credor perseguir a execução direta da obrigação, invocando o Estado para compelir o devedor a cumprir o prometido”; depois, sendo impossível a execução específica (art. 947 do CC/2002), a obrigação original converte-se na de indenizar” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado: conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações: arts. 1.º a 420*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. vol. 1, p. 695)

Adimplemento não satisfatório tem sido tratado também como cumprimento imperfeito. “O inadimplemento pode resultar não apenas de uma não atuação respeitadamente aos deveres de prestação (principais, secundários ou anexos) e da violação de um dever de proteção para com a pessoa e o patrimônio da contraparte, mas, igualmente, de um defeito ou de uma inexatidão na própria prestação,

quando ocorre uma discrepância entre o ser e o dever ser da prestação” (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações: arts. 389 a 420. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 5, t. 2, p. 235).

Nesse caso, a indenização deve ser suficiente para completar o que falta para a execução integral e recompor ao lesado o prejuízo que inexistiria se o adimplemento tivesse sido satisfatório. O momento da composição serve para pôr ou repor a parte na situação em que estaria caso cumprido o contrato. Para definir o valor dessa restituição, é clara a lição de Orlando Gomes: afastado o cumprimento específico, a prestação originária é substituída por outra equivalente, satisfazendo-se em dinheiro. “A determinação dessa equivalência obtém-se por dois modos: ou se levando em conta a diminuição verificada no patrimônio do credor em consequência necessária do comportamento do devedor, ou em conta se levando as despesas efetuadas pelo credor para repor a coisa no estado previsto no contrato” (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002 e com a Lei de Falência de 2005, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. [vol. 2], p. 188).

Antes da data prevista para a prestação, pode haver o inadimplemento antecipado, mencionando o autor a hipótese da impossibilidade provocada pelo devedor e comunicada ao credor. Fixado um termo para o adimplemento, ou submetida a obrigação à condição suspensiva, antes daquela data ou da superação da condição, em princípio, não se cogita de inexecução, porquanto falta um dos pressupostos da exigibilidade da prestação, não podendo o credor exigir o cumprimento. O nosso Código não contém disposição sobre o tema, mas isso não impede que se possa ter por caracterizado o descumprimento ainda antes do termo, com aplicação do que se costumou chamar de “teoria do inadimplemento antecipado do contrato”. A hipótese está regulada em outras legislações (Código Civil do Québec, em vigor desde 01.01.1994, em seu art. 1.597, § 2.º; o Código Civil da Holanda, Livro Sexto, art. 80, n. 1 e 2; a Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – Convenção de Viena de 1980, art. 72; os Princípios do Unidroit, versão integral de 1994, dispõem sobre a inexecução antecipada no art. 7.3.3; os Princípios do Direito Europeu dos Contratos, elaborados pela Comissão presidida pelo Prof. Ole Lando, trata do incumprimento previsível no art. 9.304).

Para o reconhecimento do inadimplemento antecipado, por impossibilidade ou comportamento contrário do devedor, é preciso bem qualificar as circunstâncias que caracterizam a quebra antecipada. Enquanto o inadimplemento substancial é facilmente verificado com o simples confronto – na época prevista – entre a conduta do devedor e a prestação contratualmente estipulada, já, quando se trata de inadimplemento antecipado, não se cuida de verificar se a conduta realiza a prestação devida, porquanto esta ainda não é exigível, mas de aferir até que ponto circunstâncias não tipificadas, que surgem no intercurso da relação obrigacional, têm eficácia bastante para justificar a ideia de que haverá o inadimplemento futuro. É preciso inferir, dos fatos presentes e conhecidos (indícios), que não acontecerá o adimplemento (efeito). A dificuldade para formular esse juízo

presuntivo sobre o futuro provável é que justifica o cuidado das legislações, dos tribunais do *common law* e dos doutrinadores na qualificação de fatos que, com segurança, permitam a convicção certa de que a obrigação não será cumprida, ou porque o devedor assim o declarou seriamente, ou porque o devedor se inabilitou definitivamente ao cumprimento. Não é qualquer fato ou conjunto de fatos contrários ao normal desdobramento da execução da prestação que autorizam a ideia do inadimplemento *ante diem*, mas apenas aqueles que geram um juízo seguro, de clara e evidente probabilidade de inadimplemento, pois dificuldades e empecilhos mais ou menos comuns surgem para todos, e a qualquer momento. Aline Terra propõe outra denominação: inadimplemento anterior ao termo. Citando Anelise Becker (Inadimplemento antecipado do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 3. n. 12. p. 70. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1994), explica que se trata na verdade de inadimplemento atual, embora anterior em relação ao termo (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 70).

Para a prova do descumprimento do contrato, basta ao credor estabelecer que o contrato contém uma obrigação em seu proveito e que essa obrigação não foi cumprida (CARBONNIER, Jean. *Droit civil: les biens, les obligations*. Paris: Presses Universitaires de France, 2004. vol. 2, p. 2191). Quanto à culpa, “é ao devedor que incumbe, uma vez verificada a falta da prestação, alegar e provar que não houve culpa de sua parte” (VARELA, João de Matos Antunes. Op. cit., vol. 2, p. 121). É nesse sentido a lição do autor, que ressalva ser do credor a prova do fato que justifica o vencimento antecipado.

Caracterizada a mora, o devedor responde pela impossibilidade superveniente, salvo se a essa impossibilidade não deu causa ou que o dano ocorreria ainda que adimplida oportunamente a obrigação (art. 399 do CC/2002). O artigo permite interpretação “consentânea com o princípio milenar de que a mora (retardo + culpa no nosso direito – art. 955 c/c art. 963 do CC/1916; art. 394 c/c art. 396 do CC/2002) prorroga a obrigação do devedor...” (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 517). Pontes de Miranda, ainda de acordo com sua orientação a respeito do conteúdo da mora, explica que o disposto no art. 957 (art. 399 do CC/2002), significa que a culpa ali mencionada se refere à impossibilidade, não à mora.

§ 3.103. C – Jurisprudência

“O cumprimento imperfeito do contrato de construção, atrasando a proprietária da obra o pagamento de algumas prestações, pode não caracterizar causa suficiente para a extinção do contrato, considerada a grandiosidade do empreendimento e o valor das prestações, cabendo apenas indenização pelo dano daí decorrente” (STJ, REsp 191.802/SP, 4.ª T., j. 02.02.1999, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 28.02.2000).

“A ré cumpriu mal o contrato de compra e venda, não tomou os cuidados recomendados de utilizar estacas provenientes de pimental sadio e distante de outros infectados de patógeno. Houve, portanto, cumprimento imperfeito atribuído à culpa

da ré, que negligenciou nos cuidados necessários à formação de mudas sadias. (...) O nosso Código já regulava o cumprimento imperfeito, dispondo no seu art. 1.056: 'Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor 'por perdas e danos'. Essa obrigação de cumprir pontualmente o contrato, isto é, em todos os seus pontos, compreende a do vendedor de mudas de árvores de entregar mudas sadias" (STJ, REsp 52.075/ES, 4.ª T., j. 11.10.1994, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 21.11.1994). A regra do art. 1.056 do CC/1916 está no art. 389 do CC/2002, com outra redação, que deve ser completada com o disposto no art. 394, sobre a mora.

"A 2.ª Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.061.530/RS, rel. pela Min. Nancy Andrighi, DJ 10.03.2009, pelo rito dos recursos repetitivos, consolidou o entendimento de que, nos contratos bancários, o reconhecimento da cobrança de encargos ilegais no período na normalidade descaracteriza a mora do devedor, o que se verifica no presente processo em que foi declarada a abusividade dos juros remuneratórios pactuados" (STJ, AgRg no REsp 1.243.645/PR, 3.ª T., j. 26.04.2011, rel. Min. Sidnei Beneti; no mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp 843.769/RS, 3.ª T., j. 16.11.2010, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 09.12.2010).

"Este Tribunal já proclamou o entendimento no sentido de que a multa moratória não é devida quando a inadimplência se justifica pela cobrança de encargos abusivos por parte do credor" (STJ, AgRg no Agln 537.302/RS, 4.ª T., rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 06.12.2004).

"Caracterizada a mora da sociedade italiana credora (*mora creditoris*), estava desobrigada a devedora, enquanto não houvesse a regularização, de consignar a quantia e de pagar os juros de mora" (STJ, REsp 857.299/SC, 3.ª T., j. 03.05.2011, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 13.06.2011).

Para afastar a mora, "é necessário que o devedor comprove, ainda que superficialmente, a existência de encargo ilegal no pacto, o que descaracterizaria sua mora, ou deposite em juízo o valor incontroverso da dívida" (STJ, AgRg no EDcl no REsp 1.032.720/RS, 4.ª T., j. 10.08.2010, rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, DJe 24.08.2010) (observação: sobre o pagamento do incontroverso, ver Lei 10.931/2004, sobre contratos de financiamento de imóveis, art. 50, § 1.º).

"Na verdade, o evitável inadimplemento decorreu essencialmente do arbítrio da recorrida – entidade de previdência e seguros – em não receber as parcelas em atraso, antes mesmo da ocorrência do sinistro, não agindo assim com a boa-fé e cooperação recíproca que são essenciais à harmonização das relações civis. A entidade de previdência obistou a purgação da mora por motivo injustificado" (STJ, REsp 877.965/SP, 4.ª T., j. 22.11.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 01.02.2012).

"A *mora debitoris*, só por si, não impede em caso algum a propositura da ação consignatória, porque esta tanto pode destinar-se à prevenção da mora como à sua emenda. É a lição de Pontes de Miranda: 'Enquanto ao devedor é permitido pagar, toca-lhe o poder de pedir o depósito em consignação para adimplemento. Apenas, se o devedor incorreu em mora, ou tem de pagar mais, como indenização, pena ou juros, o depósito só é legítimo se satisfaz totalmente o credor' (PON-

TES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. XXVI, § 2.938, n. 3” (STJ, REsp 1.426/MS, 4.ª T., j. 13.03.1990, rel. Min. Athos Carneiro, *DJ* 02.04.1990).

“O ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito” (CPC, art. 333, I) (STJ, REsp 84.069/MS, 2.ª T., j. 24.04.1997, rel. Min. Ari Pargendler, *DJ* 19.05.1997).

“O mero descumprimento contratual, em princípio, não enseja responsabilização ao pagamento de indenização por danos morais, visto não passar de incômodo da vida em sociedade. Para se presumir o dano moral, o ato deve ser objetivamente capaz de acarretar abalo à imagem da empresa” (STJ, REsp 744.741/PR, 3.ª T., j. 01.12.2011, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 12.12.2011).