

# TÍTULO: POR UM NOVO CONCEITO DE MORA E DE INADIMPLEMENTO

Marcos Jorge Catalan<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO; 2. NOÇÕES ELEMENTARES; 3. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO; 4. DA AUTONOMIA DA VONTADE E DA *PACTA SUNT SERVANDA*; 5. DA RESPONSABILIDADE NEGOCIAL; 5.1. DA MORA; 5.2. DO INADIMPLEMENTO; 6. CONCLUSÕES; 7. BIBLIOGRAFIA

## 1. INTRODUÇÃO

A idéia de responsabilidade pelo inadimplemento não é nova e os povos primitivos já a cultuavam, pois ao longo dos tempos<sup>2</sup> a idéia de contrato sempre esteve ligada a de seu fim natural e esperado que é o adimplemento, e por conseqüência, o incumprimento seria a exceção que equivaleria a uma patologia na relação jurídica pré-constituída entre os contratantes.

Por outro lado, também é pacífico o fato de que as conseqüências do incumprimento contratual não são as mesmas, dependendo da moldura fática que se projete no tempo e no espaço sobre o mesmo, haja vista que a conduta humana e os fatores externos a ela muitas vezes atrelados, merecem minuciosa perquirição quando da análise da teoria do inadimplemento.

Indaga-se, desde logo, se a mera demonstração de inexistência de culpa, isenta de modo irrestrito a responsabilidade da parte impontual ou se seria possível dar outras vestes à teoria do inadimplemento inculpada no Código Civil, e assim, no intuito de proteção da sociedade, aproximá-la da teoria do risco, tal qual ocorre no sistema consumerista, no qual não basta a prova da ausência de culpa, sendo necessária, por conseqüência, a demonstração de fato alheio à vontade da parte para a exclusão do dever de indenizar.

## 2. NOÇÕES ELEMENTARES

Não se olvida que a norma jurídica, quando concebida pelo legislador, deve buscar a mais adequada definição do fato jurídico, diante da necessidade de segurança que dela naturalmente se espera, norma esta que nascendo, objetiva atribuir efeitos aos fatos sociais ocorridos no plano das relações inter-humanas; destacando-se que, enquanto este não se concretizar no plano real, a norma não será mais que pura abstração a ser recheada pelo fato social<sup>3</sup>; momento em que este haverá de transformar-se em jurídico na medida em que seja previsto no ordenamento e será recebido ou sancionado pelo sistema.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil e em Planejamento e Gestão Ambiental pela UNIPAR. Professor do Curso de Especialização em Direito Civil e Direito Processual Civil da Universidade Estadual de Londrina. Professor de Direito Civil da Universidade Paranaense - UNIPAR, *campus* Paranaíba.

<sup>2</sup> A Bíblia, por exemplo, traz encartado em seu corpo diversas passagens, entre elas: *empresta a teu próximo quando ele estiver necessitado, e de teu lado, paga-lhe o que lhe debes, no tempo marcado.* (Eclesiástes 2/3); *muitos não emprestam, não por maldade, mas por medo de serem injustamente iludidos.* (Eclesiástes 10).

<sup>3</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** São Paulo: Saraiva, 2001. p. XXIII.

Ato contínuo, para uma adequada análise das conseqüências do inadimplemento, imperioso o prévio estudo de seus componentes, a saber: o fato jurídico<sup>4</sup>, o dano e o necessário nexos de causalidade, enquanto elemento imaterial ligando a causa ao efeito. Destaque-se, outrossim, a existência de outro elemento essencial: a imputabilidade.

Dessarte, antes da análise dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil, mister se faz recordar que para que haja responsabilidade contratual no plano das relações civis é imperiosa a existência de relação jurídica negocial anterior ou simultânea ao evento, eis que o Código Civil, ao que parece, desconhece a noção de *bystander*<sup>5</sup> positivada no Código de Defesa do Consumidor.

E assim, é certo se afirmar que sem a infração de dever pré-existente, nascido de um ato volitivo dirigido a pactuação de um negócio jurídico, não há como se imaginar a gênese de responsabilidade contratual, sendo que em princípio, esta ofensa dar-se-á por meio da conduta humana caracterizada na ação ou omissão da parte que não adimpliu satisfatoriamente sua obrigação.

Aliás, muitas vezes, enquanto prólogo do inadimplemento, a mora pressupõe fato imputável à parte<sup>6</sup> que desrespeitou as regras diretamente nascidas da contratação operada, ou ainda, a ofensa aos deveres acessórios do pacto, tratados no direito tedesco como deveres laterais (*nebenpflichten*), obrigações que prescindem da manifestação expressa da vontade das partes por estarem enraizados na boa-fé objetiva<sup>7</sup>, entre eles os deveres de segurança e de informação.

O segundo requisito é o dano ou ao menos a violação de interesse juridicamente tutelável, pois inexistindo tal situação que se opera no mundo concreto, seja ela material ou imaterial, objetiva ou subjetiva, também não há como se imaginar a incidência da responsabilidade civil, já que, “sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização.”<sup>8</sup>

As perdas e danos por sua vez, dividem-se em danos emergentes e lucros cessantes, sendo aqueles, como previsto de modo hialino no artigo 402 do Código Civil<sup>9</sup>, o efetivo prejuízo suportado de modo direto pela parte inocente no incumprimento, e estes, o que razoavelmente se deixou de lucrar.<sup>10</sup>

No mesmo sentido que da norma pátria, versa o artigo 564 do Código Civil português ao dispor que “o dever de indemnizar compreende não só o prejuízo causado, como os benefícios que o lesado deixou de obter em conseqüência da lesão.”

Ainda há de estar presente o liame causal, elo imaterial que liga o fato ao evento danoso, a conduta à ocorrência de prejuízo suportado pela parte que seguiu fielmente as diretrizes traçadas no pacto firmado, sem o qual também não haverá

---

<sup>4</sup> Digo fato jurídico pois quando da aplicação das teorias objetivas a conduta humana é irrelevante.

<sup>5</sup> Lei 8.078/90. Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

<sup>6</sup> Lei 10.406/02. Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.

<sup>7</sup> USTÁRROZ, Daniel. **A responsabilidade contratual no novo código civil**. Aide: Rio de Janeiro, 2003, p. 67.

<sup>8</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2003, vol. III, p. 28.

<sup>9</sup> Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

<sup>10</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 418/419.

responsabilização do agente, eis que não teria dado causa ao fato violador da norma vigente entre os particulares; destacando-se que a teoria que mais tem sido aceita pela doutrina é a da causalidade adequada, sendo aquela que releva, de acordo com a experiência da sociedade em questão, qual a causa idônea a gerar o prejuízo.<sup>11</sup>

Esta orientação parte da idéia de *condictio sine qua non*: o nexo causal de determinado dano estabelece-se, naturalmente, sempre em relação a um evento que, a não ter ocorrido, levaria à inexistência do dano. Isto é: se mesmo sem evento, houvesse dano, haveria que procurar a sua causa em nível diferente. Simplesmente, como existirão, fatalmente, vários eventos nessa situação, trata-se de determinar qual deles, em termos de normalidade social, é adequado a produzir o dano.<sup>12</sup>

Por hora, ainda há de delimitar-se a noção de imputabilidade, para que daí sim, aferidos todos estes elementos em conjunto, de modo seguro e com o necessário rigor científico, seja possível afirmar em cada situação concreta ocorrida no mundo dos fatos, se haverá ou não responsabilidade do agente e se surgirá o dever de tornar o lesado indene.

Imputabilidade, significa não uma capacidade delitual, mas um fator de atribuição que se adiciona ao comportamento humano para gerar, presentes os demais pressupostos, o dever de indenizar<sup>13</sup>, podendo se pensar inicialmente que “aquele que não pode querer e entender, não incorre em culpa e, por isso, não pratica ato ilícito.”<sup>14</sup>

É certo que tal assertiva há de ser lida com reservas, pois o relativamente incapaz em razão da idade pode ser responsabilizado na seara contratual na medida em que ao pactuar omitira sua idade ou afirmou-se capaz<sup>15</sup> e posteriormente incumprira sua obrigação, sendo ilógico manter-se a validade do negócio jurídico sem a possibilidade de responsabilizá-lo.

Com um pouco de ousadia, defende-se aqui a idéia de que seria bem mais razoável, pensar não na presença do elemento culpa da parte inadimplente para efeito de reparação, mas sim, na imputabilidade de eventual mora ou inadimplemento à mesma, vez que no plano contratual “*no siendo el deudor causa del incumplimiento, su obligación se extingue por imposibilidad de conseguirlo, resultante de un caso fortuito o de fuerza mayor.*”<sup>16</sup>

Resta, portanto, plantada a semente dos frutos que ao final se pretende colher ao demonstrar-se que, na seara contratual, não basta à parte impontual na

---

<sup>11</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 51.

<sup>12</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio. **Direito das obrigações**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, vol. II, p. 335.

<sup>13</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad por daños: parte general**. tomo I. Buenos Aires: Argentina, 1971, p. 104 apud RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 550. No original “*significando no una capacidad delictual, sino un factor de atribución que se adiciona a la acción o comportamiento humano para generar, dados los restantes presupuestos, responsabilidad civil.*”

<sup>14</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. I, p. 453.

<sup>15</sup> Lei 10.406/02. Art. 180. O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.

<sup>16</sup> GAUDEMET, Eugene. **Teoría general de las obligaciones**. Trad. Pablo Macedo. México: Editorial Porrúa S. A., 1974, p. 403.

relação jurídica a prova de ausência de culpa, mas sim, lhe incumbe a cabal, hialina e plena demonstração da ocorrência de que eventos alheios a sua esfera de vontade impossibilitaram o fiel desempenho da prestação assumida.

### 3. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

Nos primórdios da civilização não se conhecia qualquer espécie de distinção entre responsabilidade civil e penal, sendo esta uma forma natural de reação instintiva do ser humano as agressões de outrem, época caracterizada pela vingança privada, por meio da qual se permitia ao homem fazer justiça com as próprias mãos sem a existência de quaisquer limites.

Passeando através dos séculos, chega-se à Babilônia do chefe-guerreiro *Hamurabi*, que em aproximadamente 2.200 a.C., tratou de impor limites às livres regras da vingança privada, criando a Lei de Talião, cuja diretriz mais conhecida era a do "olho por olho, dente por dente".<sup>17</sup>

Caminhando um pouco mais na história, no berço da civilização helênica que muito influenciaria o Império Romano, Aristóteles classificara as obrigações como voluntárias e involuntárias, classificação esta mantida pelo direito romano sob as expressões *ex contractu* e *ex delicto*, sendo as primeiras a gênese da hodierna responsabilidade civil negocial.

Aliás, neste passeio por Roma, merece lembrança que lá, o devedor inadimplente honrava coactivamente a obrigação não cumprida com o próprio corpo, pois além de desconhecem os romanos a noção de propriedade das codificações oitocentistas, suas casas eram o local de culto aos deuses e restariam estes ofendidos caso os homens desvirtuassem a destinação metafísica do *domus*; justificando-se assim, muitas vezes, "os conhecidos concursos macabros de credores que repartiam o corpo do devedor em partes e o dividiam entre si para saldar seus créditos".<sup>18</sup>

A questão foi superada com o advento da *Lex Poetelia Papiria* em 326 a. C., passando a responsabilidade da pessoa do devedor para o patrimônio deste, num notável sinal de progresso para a época, pois as regras de equidade ainda ditavam que as obrigações haviam de ser cumpridas.

Por sua vez, a promulgação da Lei das XII Tábuas trouxe notável avanço ao introduzir no sistema a idéia de compensação legal em detrimento da voluntária, mas foi por meio da *Lex Aquilia* que teve a glória de fixar a idéia de reparação dos prejuízos por meio de indenizações pecuniárias; dessarte a adequada noção de culpa somente fixou-se no final da República.<sup>19</sup>

Como se observa, foram os romanos que elaboram de modo adequado a teoria da responsabilidade civil, muito embora tivessem feito isto de modo bastante empírico e pragmático, sem construírem um sistema calcado em bases científicas

---

<sup>17</sup> Cf: §§ 196 e 200: "Se um *awillum* (membros de certa classe social) destruiu o olho de um outro *awillum*; destruirão o seu olho. Se um *awillum* arrancou um dente de um *awillum* igual a ele: arrancarão o seu dente".

<sup>18</sup> REIS, Clayton, Aula proferida no Curso de Mestrado em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina em 18.11.2003.

<sup>19</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o direito do século XXI**. Palestra proferida no Congresso Jurídico Brasil 500 anos, promovido pelo Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, no Rio de Janeiro, entre 13 e 16 de setembro de 2000.

como hoje se concebe.

Quimeras pensar que o negócio jurídico evoluiu na mesma velocidade.

Ocorre que, enquanto rapidamente se operava a construção da idéia de responsabilização do ofensor, pelos danos causados a outrem, a adequada noção de negócio jurídico nasceu muito mais tarde, posto que o direito romano, não alcançou a construção de um conceito uno para o mesmo, amparando-se exclusivamente em um pluralismo empírico ao utilizar as expressões *negotium, gestum, factum, actus, actum, contractum* e ainda o *pactum* ou *conventio*.

Há de salientar-se que a expressão negócio jurídico tem sua gênese no século XVIII<sup>20</sup> e a partir do século XIX, com G. Hugo fora escrita em alemão numa só palavra: *Rechtsgeschäft*, generalizando-se sua utilização.<sup>21</sup>

O conceito de negócio jurídico é manifestamente o resultado de um esforço construtivo e sistemático no sentido do sistema empírico que ordena generalizando e classificando. Surgiu da reunião de fenômenos vários e talvez aparentemente distantes, mas que tinham em comum a característica de serem manifestações de vontades com conseqüências jurídicas. O conceito mais geral elaborado pela jurisprudência sistemática é muito provavelmente o do relacionamento jurídico: é um conceito que permite a redução de todos os fenômenos jurídicos a um esquema único, e favorece portanto a construção de um sistema empírico ou indutivo.<sup>22</sup>

A teoria geral do negócio jurídico surgiu assim da capacidade de abstração da pandectística tedesca que gerou um sistema de direito privado amparado na liberdade dos indivíduos e cujo epicentro é a vontade do homem apta a produzir efeitos juridicamente tuteláveis.

Dessarte, tal qual um embrião, o negócio jurídico, enquanto fonte absoluta de direitos e deveres, empurrado pelas forças da natureza, desenvolveu-se, ganhando novas formas, como uma menina ao passar pela adolescência sofrendo toda espécie de interferências endógenas e exógenas.

Quase um século após a concepção da teoria do negócio jurídico, esta fora profundamente alterada com o pós-guerra que trouxe consigo mutações na realidade sócio-econômica do planeta, especialmente no plano contratual. Fato é que a sociedade evoluiu e com ela nasceram incomensuráveis problemas no cotidiano de seus atores, que influenciaram a transformação do negócio jurídico, tal qual hormônios e amigos no processo de maturação da mulher.

A tecnologia e a informatização do planeta traz consigo não apenas aspectos positivos, mas também dificuldades a serem resolvidas pelos juristas do novo milênio, dessarte os negócios pactuados, ainda hoje devem ser adimplidos pelos contratantes sob pena de restar caracterizada a responsabilidade da parte infiel.

Cabe aqui então promover o elo de ligação entre o negócio jurídico e a responsabilidade pelo seu adimplemento que é estudado pela teoria da responsabilidade civil, vez que aqueles, tendo efeito de lei entre as partes, obrigam-

---

<sup>20</sup> Em alemão lia-se *Rechtliches Geschäft*

<sup>21</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. tomo. I. Campinas: Bookseller, 1999. p. 140 e ainda MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 143.

<sup>22</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UNB, 1999. p. 79.

nas a observarem o conteúdo pactuado sob pena de incidirem no dever de indenizar os prejuízos causados ao outro partícipe da relação jurídica.

#### 4. DA AUTONOMIA DA VONTADE E DA *PACTA SUNT SERVANDA*

A autonomia da vontade consiste na faculdade dada pelo sistema “às vontades particulares de regularem, elas próprias, todas as condições e modalidades de seus vínculos”<sup>23</sup>, de invocar, por meio de declaração de vontade, a produção de “efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica”<sup>24</sup>, desde que respeitados os ideais de justiça comutativa<sup>25</sup>, enaltecidos pelas regras de ordem pública e pelos bons costumes.

É preciso lembrar que a autonomia da vontade é uma idéia desenvolvida nos séculos XVIII e XIX, por estudiosos que precederam a Revolução Francesa e carregava em seu ventre o dogma da liberdade formal, principal garantia para o desenvolvimento da sociedade burguesa em ascensão<sup>26</sup>.

Tal postura, muito embora não seja a mais adequada, justifica-se em razão do contexto histórico em que se deu o processo de codificação do direito civil, entremeio a queda do absolutismo e a ascensão da classe burguesa, momento em que se impôs, de modo absoluto, a idéia de igualdade formal, discurso que garantiria a defesa dos interesses da classe dominante contra a ingerência do Poder Público.

Na mesma esteira de raciocínio, destaque-se também que os contornos do negócio jurídico foram moldados em um período recheado pela reafirmação de liberdades individuais que culminou com positivação dos direitos fundamentais de primeira geração<sup>27</sup>, dentre eles a proteção da propriedade privada, e que, coincidindo com a gênese do desenvolvimento da sociedade industrial, aparentemente oferecia uma solução coerente à ciência jurídica, na medida em que permitia o estudo unitário dos fenômenos sob uma roupagem una e dotada da força tão necessária ao direito.<sup>28</sup>

Há de ressaltar-se que a autonomia privada, nutriu-se de razões de ordem filosófica, política e econômica, nascida da união do jusnaturalismo que via o direito como essência pré-existente ao homem com a luta contra o feudalismo que visava garantias à burguesia em ascensão em detrimento do poder dos monarcas absolutistas da época, tendo como tutor o mercantilismo embrionário das bases capitalistas.<sup>29</sup>

Como se observa, em terreno fértil, desenvolveu-se rapidamente.

Fato é que, observado o direito como instrumento de manipulação das

---

<sup>23</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: Aide, 2001. p. 16.

<sup>24</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 22.

<sup>25</sup> DONNINI, Rogério Ferraz. **A Constituição Federal e a concepção social do contrato**. In: Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal. Org. Rui Geraldo Camargo Viana e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 73.

<sup>26</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 08.

<sup>27</sup> Cf: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 517. Por direitos de primeira geração devem ser entendidos os direitos civis e políticos, os primeiros a serem inseridos nos textos constitucionais. Caracterizam-se como direitos de resistência perante a atividade estatal, devendo ser classificados como *status negativus*.

<sup>28</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico: conseqüências práticas**. Curitiba: EDUCA, SCIENTIA et LABOR, 1988. p. 09.

<sup>29</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 363-365.

massas pela classe dominante<sup>30</sup>, a autonomia da vontade surge como pano de fundo hábil a legitimar os anseios da burguesia em relação ao poder, já que buscava afastar o intervencionismo estatal, exercer de modo absoluto o direito de propriedade, e justificar a exploração da base operária.<sup>31</sup>

Em terras pátrias, em 1916, por ocasião da promulgação do Código Civil, nascido com os cromossomos dos diplomas oitocentistas, criou-se um modelo negocial centrado no patrimônio do indivíduo, amparado pelo princípio da igualdade formal, que autoriza a criação de lei entre os particulares com a mesma força de qualquer norma válida dentro do ordenamento<sup>32</sup>, sob inspiração da *pacta sunt servanda*.<sup>33</sup>

Hodiernamente, a organização da sociedade evoluiu, e o direito não deixou de observar tal fato, o que por conseqüência, fez com que as legislações inspiradas no individualismo tornassem-se inadequadas, ou no mínimo deficientes para a solução dos problemas da atualidade, fato que levou à transformação da idéia de negócio jurídico em sua concepção filosófica e fenomenológica<sup>34</sup>, mitigando a amplitude do princípio.

O fortalecimento do Estado colaborou com o declínio do mito das codificações, ante a evolução do direito público, centro gravitacional do sistema jurídico, cujo astro de maior importância é certamente a Constituição<sup>35</sup>; destacando-se o enraizamento da noção de normas de ordem pública e de sua natureza cogente.

Neste contexto surge a idéia de que necessário é um direito privado e não um direito dos particulares, sendo que a intervenção estatal justifica-se ao se conceber que a autonomia privada deve ser limitada para que não infeste “territórios socialmente sensíveis.”<sup>36</sup>

O Código Civil em vigor absorveu esta idéia e traz em seu bojo princípios de suma importância para a mudança do foco do patrimônio para o homem, sendo que dentre outros dispositivos, merecem destaque os artigos 421 e 422 do Código Civil que impõe a observância da função social do contrato, da probidade e da boa-fé, em seu prisma objetivo.

Aliás, imperioso lembrar que diante do fenômeno denominado de constitucionalização do direito privado, a obediência à função social do contrato, elevada à seara da Carta Magna pátria, é orientação valiosíssima, pois “embora a livre iniciativa esteja prevista no *caput* do artigo 170 da Constituição Federal, está ela associada à valorização do trabalho humano, na existência digna, consoante os

---

<sup>30</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, passim.

<sup>31</sup> BORGES, Nelson. **A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 135.

<sup>32</sup> O art. 1134 do Código Civil francês veio consagrar como princípio liberal a autonomia privada ao dispor: *as convenções legalmente formadas impõem-se como lei àqueles que a celebraram*.

<sup>33</sup> DONNINI, Rogério Ferraz. **A Constituição Federal e a concepção social do contrato**. In: Temas atuais de direito civil na Constituição Federal. Organização: Rui Geraldo Camargo Viana e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 70.

<sup>34</sup> ESPÍNOLA, Eduardo. **Dos contratos nominados no direito civil brasileiro**. Atualização: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2002. p. 08-09.

<sup>35</sup> ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. **Constituição de codificação: a dinâmica atual do binômio**. In: A reconstrução do direito privado. Org. Judith Martins Costa. São Paulo: RT, 2002. p. 75.

<sup>36</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998. p. 540.

ditames da justiça social.”<sup>37</sup>

Por conseqüência, a necessidade de observância da função social do contrato, expressamente inserida no texto do atual Código Civil<sup>38</sup>, sob as vestes de cláusula geral, demonstra a efetiva preocupação do legislador pátrio em proteger a coletividade, concedendo ao magistrado, efetivo poder jurígeno<sup>39</sup> quando da aplicação da norma ao caso concreto.

Outrossim, para que aceite sem restrições a imposição de barragens que não poderão ser transpostas, sob pena de inundar o sistema e afogar a sociedade, há de destacar-se que, o limite imposto à autonomia da vontade pode ainda ser enxergado de outro ângulo, que não o de mera restrição à liberdade, mas sim como princípio dotado de vida própria, sob a denominação de heteronomia da vontade<sup>40</sup>, com o que, com a devida vênia, não se concorda.

Boa-fé, equidade e razoabilidade são as pedras angulares da nova teoria geral do contrato e procuram atenuar os abusos potenciais de uma liberdade sem limites. Os conceitos filosóficos econômicos da teoria clássica dos contratos foram, portanto, atenuados e transformados. A nova realidade exige que tenhamos em conta a relevante função econômica e social desempenhada pelo contrato e as condições particulares de cada uma das partes.<sup>41</sup>

Afere-se assim, que o direito civil sofreu interferências das idéias fecundadas ao longo do século XX. O espírito de justiça coletiva se sobrepõe ao ideal individualista de outrora, levando ao abandono da tradicional postura dogmática jus-positivista. A crescente ingerência do Estado, especialmente sob inspiração marxista, põe em cheque a concepção liberal da economia.<sup>42</sup>

Como se denota, o individualismo exacerbado da fase clássica do negócio jurídico é abandonado em prol de uma nova ordem composta de inúmeras normas de natureza cogente. Mas o que teria motivado esta nova postura adotada pelo legislador?

Não se pode negar que a sociedade atual esta inserida em um contexto

---

<sup>37</sup> DONNINI, Rogério Ferraz. **A Constituição Federal e a concepção social do contrato**. In: Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal. Org. Rui Geraldo Camargo Viana e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 76.

<sup>38</sup> Cf: Artigo 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

<sup>39</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **O novo Código Civil e sua influência no Direito Brasileiro e no Processo Civil**. Palestra proferida no II Congresso Paranaense de Processo Civil. Curitiba, 09-11 de maio de 2002.

<sup>40</sup> LOURENÇO, José. *O dirigismo contratual, a publicização do direito privado pela intervenção do estado e a heteronomia da vontade como princípio do contrato*. In: O direito civil no século XXI. Coord. Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 349-351. *O fato é que a heteronomia da vontade, ao ser tratada, de modo subsidiário e derivado, como simples limite da autonomia da vontade, sem que lhe fosse atribuído o devido status de princípio jurídico de mesma importância, com pouca divulgação e sempre criticado, caiu no ostracismo jurídico e filosófico, apesar de sua enorme importância para as sociedades atuais [...]. Preferimos mapear a ocorrência do princípio da heteronomia da vontade na legislação brasileira, dividindo-a em dois grandes grupos: I – na Constituição Federal; e II – na legislação civil infraconstitucional, codificada ou extravagante, e na jurisprudência*, leciona o autor.

<sup>41</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos no novo código civil**. São Paulo: Método, 2002. p. 41.

<sup>42</sup> LOURENÇO, José. **O dirigismo contratual, a publicização do direito privado pela intervenção do estado e a heteronomia da vontade como princípio do contrato**. In: O direito civil no século XXI. Coord. Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 336.

bastante diverso do que imperava há pouco mais de 50 anos. A massificação dos contratos fere a crença na igualdade formal, que até então imperava.

A despersonalização dos contratos, por sua vez serve como elemento que distancia os sujeitos que compõe a relação jurídica, e por conseqüência, a confiança nascida na liberdade contratual e que outrora era a base de qualquer negócio<sup>43</sup>, encontra-se definhada ante o desenvolvimento das relações comerciais.

Outrossim, nunca se contratou tanto como neste início de século, inserindo o negócio jurídico em um plano privilegiado.<sup>44</sup>

Pode concluir-se então que as partes têm amplo e quase irrestrito poder de pactuar a norma a gerar efeitos entre elas, bastando observar, sob pena de invalidade do pacto firmado<sup>45</sup>, que este não tenha efeitos anti-sociais, ferindo assim interesse protegido pela Lei, considerando-se o negócio jurídico assim contratado, ato jurídico *lato sensu* passível de ser revisto, ante a ofensa aos interesses sociais previstos na Constituição<sup>46</sup>.

As diretrizes emanadas da *pacta sunt servanda* ditam que estes devem ser cumpridos sob o mesmo fundamento de que a lei deve ser obedecida<sup>47</sup>, “ou seja, o acordo das vontades, logo depois de declaradas, tem valor de lei entre os estipulantes, e impõe os mesmos preceitos coativos que esta contém”<sup>48</sup>, desde que tal vontade seja aceita socialmente.

Não se pode deixar de citar que o princípio da força obrigatória dos contratos atingiu seu ápice, no curso da história, com os canonistas, estudiosos que imbuídos do espiritualismo cristão interpretavam as normas de direito romano, animados de uma inspiração mais elevada, raciocinando que o descumprimento de um contrato equivaleria à mentira<sup>49</sup> e como mentir é pecar (*peccatum*), o faltante queimaria eternamente no fogo do inferno.

Certamente tais ilações, realizadas no citado momento histórico, deram ao princípio em questão elevado grau de respeitabilidade, considerando-se especialmente o domínio do poder temporal, a inquisição e sua conhecida caça às

---

<sup>43</sup> Basta lembrar que há algumas décadas, roupas eram solicitadas pessoalmente ao alfaiate e confeccionadas mediante medidas e as compras de mantimentos eram realizadas em mercearias administradas pessoalmente pela família do proprietário como ocorre ainda hoje, embora com bem menos freqüência.

<sup>44</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito contratual e constituição*. Artigo capturado na internet: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=563>, em 13.05.2002.

<sup>45</sup> Defendemos que em algumas situações, em homenagem ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, há de se declarar a ineficácia da parte do contrato atingida pela patologia, mantendo-se os demais efeitos. Cf: NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 236-242. O Autor defende a idéia de nulidade virtual, na medida em que não existe sanção expressa do ordenamento jurídico.

<sup>46</sup> BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo I. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 224. Cf: Artigo 170 da Constituição Federal: *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos experiência digna, conforme os ditames da justiça social ...*

<sup>47</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 16.

<sup>48</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 16. Continua o autor dissertando que *a força da obrigatoriedade foi erigida em lei por alguns sistemas, como o Código Civil Francês, no artigo 1134, que, de modo expressivo, consagra que as convenções legalmente formadas constituem leis para aqueles que as celebram*.

<sup>49</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, vol. III. p. 08.

*brujas*<sup>50</sup>, merecendo destaque o fato de ter sido positivado de modo expresso no artigo 1134 do *Code Napoleón* de 1804.

Em que pese a força do princípio em estudo, não se pode negar que quando em conflito com normas de ordem pública<sup>51</sup>, a última haverá de prevalecer em detrimento da vontade manifestada pelas partes; bem como, quando em conflito com hodiernos princípios aplicáveis a esta seara do direito, em muitas situações, o negócio jurídico deverá ser revisto pelo Poder Judiciário, buscando equilibrar as partes quando necessário, a exemplo da necessária proteção aos hipossuficientes, ou quando restem feridos outros princípios como o da transparência e da segurança, este último, *fuerza de seguridad económico e jurídico* diante da *expectativa del comportamiento razonable y objetivamente justificada*<sup>52</sup>, a qualquer das partes envolvidas.

## 5. DA RESPONSABILIDADE NEGOCIAL

Aperfeiçoado o negócio jurídico, e sendo este válido e eficaz<sup>53</sup>, impõe-se ao devedor a incumbência de adimplir a obrigação assumida.

Ocorre que em muitas situações, o obrigado não é capaz de desempenhar a prestação gerada no seio da autonomia privada e que o obriga em razão da norma individual de natureza consensual<sup>54</sup>, e diante de tal quadro, dependendo da situação fática que ensejou o incumprimento, haverá ou não o dever de adimplir a obrigação que lhe incumbe, caso isto se faça possível, e ainda de indenizar<sup>55</sup> ou não, a parte que se encontra no outro pólo da relação jurídica obrigacional.

Assim, partindo da premissa de que “sem dúvida, o estado patológico é exceção ao estado fisiológico ou normal”<sup>56</sup>, nem por isto deixa de ter relevância

---

<sup>50</sup> Leitura interessante e que demonstra a realidade histórica se faz na obra “O nome da rosa” de Umberto Eco.

<sup>51</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, vol. III., p. 11. *O que são normas de ordem pública e o que são bons costumes não há critério rígido para precisar. Ao revés, ocupam umas e outras zonas de delimitação flutuante, que os juristas a custo conseguem definir. Segundo doutrinas aceitas com visos de generalidade, condizem com a ordem pública as normas que instituem a organização da família; as que estabelecem a ordem de vocação hereditária e a sucessão testamentária; as que pautam a organização política e administrativa do Estado, bem como as bases mínimas da organização econômica; enfim, as regras que o legislador erige como cânones basilares da estrutura social, política e econômica da Nação. Não admitindo derrogação, compõe leis que proíbem ou ordenam cerceando nos seus limites a liberdade de todos.*

<sup>52</sup> WEINGARTEN, Célia. **El valor económico de la confianza para empresas y consumidores**. In: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, n.º 33, 2000, p. 36.

<sup>53</sup> No que pertine ao plano da existência, sequer há como se falar em negócio jurídico inexistente, pois seria uma grave ofensa à lógica, sendo melhor tratá-lo como negócio aparente. Destaque-se ainda, que caso o vício esteja no plano da validade o negócio será nulo ou anulável e os efeitos esperados não se produzirão, abrindo-se a via da rescisão. Por fim, no plano da eficácia, enquanto ausente este fator externo, como nos negócios condicionais, antes do advento desta não haverá, em regra, como obrigar o devedor à prestação.

<sup>54</sup> Saliente-se a existência de contratos que são impostos pelo ordenamento jurídico, como o seguro obrigatório de automóveis; dessarte aos mesmos em princípio será aplicável o mesmo raciocínio.

<sup>55</sup> Destaque-se que nos contratos, de um modo geral, abre-se à parte inocente a possibilidade de resolução do negócio jurídico, dessarte, faz-se aqui um corte epistemológico e deixa-se de analisar tal caminho jurídico.

<sup>56</sup> ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 03.

qualquer necrose causada no tecido jurídico pelo incumprimento da obrigação, pois são justamente tais situações que causam desconforto as partes.

É neste contexto que há de ser estudada a responsabilidade civil negocial, que em regra resulta da violação de um direito de crédito<sup>57</sup> nascido de qualquer relação jurídica derivada da autonomia privada, separando-a da responsabilidade civil aquiliana ou extracontratual; muito embora, a principiologia que rege os destinos de ambas as espécies de responsabilidade seja a mesma<sup>58</sup>, assumindo-se aqui uma postura eclética.

## 5.1. DA MORA

A mora supera em importância prática a impossibilidade. Distingue-se entre a mora do devedor, considerando o retardamento de uma prestação em si ainda possível, e a mora do credor ou de aceitação, consistindo na não aceitação da prestação do devedor regularmente oferecida.<sup>59</sup>

Discorrendo sobre o instituto da mora, Roberto de Ruggiero define-o como sendo, “em sentido técnico, qualquer atraso culposo, quer derive do devedor, quer derive do credor”<sup>60</sup>. No mesmo sentido Arnaldo Wald, defende que “mora é o retardamento culposo no cumprimento da obrigação, quando a prestação ainda é útil para o credor”.<sup>61</sup>

O que se indaga é se a idéia de mora está umbilicalmente ligada ao atraso ou retardamento da prestação que ainda é útil ao credor, pensamento este que se extrai das definições transcritas, como explicar o texto do artigo 394 do Código Civil tupiniquim que amplia a noção da mesma para além do fator tempo, afirmando-a também presente quando da violação dos requisitos lugar e modo do pagamento?

A este respeito Agostinho Alvim escreve que no direito pátrio há um alargamento da noção de mora, pois a norma insculpida no Código Civil dilata o conceito do instituto para a desobediência aos fatores lugar e modo, além do elemento tempo<sup>62</sup>, posição defendida entre outros por Silvio Rodrigues, destacando o autor, dessarte, a “menor relevância prática”<sup>63</sup> do tema.

Os mais arcanos significados etimológicos indicam ser a mora um “esquecimento” que gera a memória do que devia ser prestado (ou recebido), e não o foi. Nas mais diversas legislações, este “não o foi” diz respeito ao retardo da prestação: o que devia ser prestado (ou recebido) não o foi *no tempo devido*. Esta equiparação entre mora e retardo, essa sua limitação ao tempo da prestação, tem

---

<sup>57</sup> MARTINS COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V, p. 98.

<sup>58</sup> Destaque-se que entre outras distinções entre a responsabilidade negocial e a aquiliana estão as questões atinentes à capacidade das partes, à prova, ao marco temporal para o nascimento da eficácia da obrigação, à possibilidade de pré-fixação dos danos e à delimitação do foro competente para apreciação judicial da questão.

<sup>59</sup> WESTERMANN, Harm Peter. **Código civil alemão: direito das obrigações – parte geral**. Trad. Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Fabris, 1983, p. 89.

<sup>60</sup> RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil: direito das obrigações e direito hereditário**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999, vol. III, p. 176/177.

<sup>61</sup> WALD, Arnaldo. **Obrigações e contratos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 98.

<sup>62</sup> ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 11/12.

<sup>63</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 244.

colocado aos diversos sistemas jurídicos o problema de saber se constitui, ou não, mora, o fato de a prestação ter sido prestada tempestivamente, no tempo devido, mas em local diverso, ou em modo diverso do devido [...] *Este problema não se justifica entre nós*, pois a noção de mora do art. 394 [...] é ampla e flexível, abraçando todos esses casos, e correspondendo ao modo de ser integral da prestação [e] parece-nos relevante a opção brasileira, ao menos para enfatizar que não é apenas o retardo que está no núcleo conceitual da mora.<sup>64</sup>

Com o devido respeito à posição adotada pelo legislador pátrio, há de salientar que a noção de mora atada exclusivamente ao fator tempo é a mais adequada, tal qual se encontra insculpida no direito positivo peninsular, como se extrai, do Código Civil Espanhol:

*Artículo 1100. Incurrén en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.*

*No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:*

- 1. Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente.*
- 2. Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación.*

Com a mesma idéia de retardo o instituto está presente na legislação civil portuguesa:

*ARTIGO 804º*

*1. A simples mora constitui o devedor na obrigação de reparar os danos causados ao credor.*

*2. O devedor considera-se constituído em mora quando, por causa que lhe seja imputável, a prestação, ainda possível, não foi efectuada no tempo devido.*

No continente sul-americano, o Direito argentino, trata a matéria do mesmo modo que seus colonizadores, analisando o instituto da mora exclusivamente sob o prisma temporal:

*Artículo 509. En las obligaciones a plazo, la mora se produce por su solo vencimiento.*

*Si el plazo no estuviere expresamente convenido, pero resultare tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora.*

*Si no hubiere plazo, el juez a pedido de parte, lo fijará en procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación.*

*Para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable.*

O que se conclui então é que o legislador pátrio desrespeitou um conceito criado ao longo dos séculos, pois, o ampliando exacerbadamente, não lhe deu o adequado tratamento científico, já que, aparentemente, o que se tem, quando da

---

<sup>64</sup> MARTINS COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V. p. 224/225.

ofensa dos critérios lugar e modo, não será mora (atraso), mas sim lesão positiva<sup>65</sup> da prestação, cumprimento inexecuto<sup>66</sup> ou adimplemento defeituoso; destacando-se que em algumas situações nascerão conseqüências diversas.<sup>67</sup>

Em França, Pothier discorre acerca de exemplo clássico no qual um imóvel que, logo depois de construído e entregue ao credor, vem a desmoronar por fato atribuível ao construtor que não executou a obrigação como deveria, destacando que a conseqüência do seu ato será tornar indene o credor em relação a todos os prejuízos suportados por ele.<sup>68</sup>

Teria no exemplo citado pelo doutrinador francês havido mora? Parece que não, mas sim um adimplemento defeituoso, pois a prestação fora desempenhada no tempo ajustado pelas partes.

E é claro que tal raciocínio deve cingir-se exclusivamente quando o pagamento tenha sido realizado por quem deve pagar a quem deve receber, pois de outro modo pagamento não existirá, como na hipótese de prestação entregue a quem não é o credor ou a pessoa que não está por este autorizado a receber.

A respeito do adimplemento defeituoso existem julgados didáticos, entre eles, o relatado pelo Desembargador Marco Aurélio dos Santos Caminha do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Contrato de Locação de Bens Móveis e Montagem de Pavilhões para Exposições. Cumprimento Defeituoso. Prova. [...] Demonstrando a prova dos autos que o contrato foi adequadamente cumprido pela contratada e que o insucesso do evento decorreu de fatores não debitáveis à locadora, como condições climáticas e outros, improcede a ação de indenização por danos morais e os embargos opostos à ação monitória proposta pela contratada em face do não pagamento integral do preço de locação do material e montagem dos pavilhões, ajustado entre as partes. Apelo improvido.<sup>69</sup>

Como se vê do acórdão transcrito, não houve pagamento integral, o que encaixar-se-ia na inobservância do fator modo da prestação, sendo que o mesmo não foi tratado como mora, mas sim, como cumprimento defeituoso, ante o necessário rigor científico a ser dado à matéria. Em sentido idêntico, merece análise outra decisão proferida no mesmo Tribunal gaúcho, relatada pela Desembargadora

---

<sup>65</sup> WESTERMANN, Harm Peter. **Código civil alemão: direito das obrigações – parte geral**. Trad. Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Fabris, 1983. p. 107.

<sup>66</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio. **Direito das obrigações**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, vol. II, passim.

<sup>67</sup> Pense-se em mora (= atraso) no que pertine a pagamento de obrigação em dinheiro com incidência de cláusula penal e violação positiva na mesma situação mediante pagamento de substancial percentual do débito. Nesta situação deverá o juiz reduzir o montante fixado a título de multa, atando-a ao valor que ainda não foi entregue. Pode se pensar ainda na teoria dos vícios redibitórios como violação positiva do contrato.

<sup>68</sup> POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Campinas: Servanda, 2001. p. 144.

<sup>69</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível nº 70004058046. 5ª C. C. Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha. j. 14/11/2002. Capturado no site [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud/result.php?reg=8](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/result.php?reg=8) em 21.12.2003. No mesmo sentido: Prestação de serviço. Havendo prova escrita da contratação, cabe ao embargante comprovar que o serviço não foi prestado no tempo e modo avençados. Ausente tal prova, a solução era a improcedência dos embargos. Reforça a convicção o fato de o Município não ter tomado nenhuma atitude em relação ao alegado cumprimento defeituoso e nem ter evitado o protesto do título. Apelação nº 70000665729. 1ª Câmara Especial Cível. Tribunal de Justiça do RS. Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. J. 23/05/2001. Capturado no site [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud/result.php?reg=23](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/result.php?reg=23), em 21.12.2003.

Mara Larsen Chechi, que na mesma esteira da anterior, dispôs que a entrega de uma coisa em lugar de outra não é mora:

Embargos do Devedor. Oposição fundada no adimplemento defeituoso do negócio subjacente, por desconformidade das mercadorias recebidas. Ausência de documento comprobatório da recusa de aceite. Impossibilidade de suprimento por prova oral. Hipótese de julgamento antecipado. Ao sacado, que alega cumprimento defeituoso do negócio subjacente, por desconformidade das mercadorias recebidas, incumbe o ônus da apresentar documento comprobatório da recusa do aceite, expedido no prazo, nas condições e pelos motivos previstos nos arts. 7 e 8 da lei 5475/68. Não basta, para esse efeito, comunicação telefônica, nem serve para suprir a omissão prova testemunhal. [...] <sup>70</sup>

Como se pode observar, a mora e o cumprimento inexato são institutos distintos, aos quais deve ser dado o tratamento adequado pela doutrina pátria, evitando-se assim incorreções científicas tão disseminadas no seio da comunidade jurídica.

Acreditando ter esclarecido a celeuma criada pelo legislador, outra dúvida assaz está na defendida presença de culpa para que se caracterize o estado moratório, salientando-se desde logo, sua desnecessidade na *mora creditoris* ou *accipiendi*.

Tal posição é defendida por Agostinho Alvim, exemplificando seu raciocínio, com a afirmação de incidência de mora na situação em que o credor que deixa de receber obrigação quesível em razão de ter adoecido, não obstante tal não recebimento não ter ocorrido por fato por ele causado. <sup>71</sup>

O Código Civil italiano traz em seu texto exemplo bastante adequado ao raciocínio tecida:

*Art. 1206. Il creditore è in mora quando, senza motivo legittimo, non riceve il pagamento offertogli nei modi indicati dagli articoli seguenti o non compie quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere l'obbligazione*

Observa-se assim que o elemento culpa é descartado na mora do credor, entre outros fatores, ante a impossibilidade de justificativa lógica de aumento da responsabilidade do devedor quanto à guarda e conservação da coisa e ainda quanto aos ônus financeiros nascidos da *mora accipiendi*.

O raciocínio deve ir além, e dispensar a presença do elemento subjetivo não apenas na mora (= atraso), mas também em qualquer forma de não cooperação que tenha por conseqüência o incumprimento ou o adimplemento defeituoso, como quer Paulo Nalin ao discorrer que

em que pese uma adequada dispensa do elemento subjetivo da responsabilidade civil, que se abre perante o credor que não coopera, há de se tratar que a matéria sob a ótica contratual, particularizada a violação obrigacional da cooperação, não somente pela mora, cuja tratativa já vem posta pelo próprio Código

---

<sup>70</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação cível nº 599225158. 9ª Câmara Cível. Relatora Mara Larsen Chechi. J. 09/08/2000. Capturado no site [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud/result.php?reg=32](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/result.php?reg=32), em 21.12.2003.

<sup>71</sup> ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 22/36. No mesmo sentido confira COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 947.

Civil nacional, como ainda, pelo inadimplemento e pela violação positiva do contrato.<sup>72</sup>

Como exposto, não restam dúvidas quanto a dispensa do elemento subjetivo para a caracterização da mora do credor.

A questão torna-se tormentosa quando da análise da *mora debitoris* ou *solvendi*, sendo que a maioria quase absoluta dos juristas defende a necessidade de culpa para que haja mora, e por conseqüência, para que seus efeitos tenham gênese. Em que pese respeitáveis posições neste sentido, não se pode concordar com tal raciocínio.

Inicialmente cabe indagar se seria possível tratamento distinto a um mesmo instituto apenas analisando-o focado em uma das partes que compõe a relação jurídica, cabendo aqui questionar também se a boa-fé objetiva, enquanto princípio que há de permear de segurança a relação como um todo em vez de privilegiar a uma das partes, não haveria de servir como diretriz que impõe o cumprimento do ajustado, especialmente quando se deve considerar que “*el derecho de las obligaciones no es sino el aspecto jurídico de fenómenos sociales cuyo aspecto económico se revela en el crédito*”.<sup>73</sup>

A idéia põe em choque o tratamento diferenciado dado ao incumprimento de credor e devedor neste ciclo de renascimento do direito privado, recheado agora pela boa-fé objetiva que se traduz como a legítima expectativa gerada em cada uma das partes quanto a conduta a ser seguida pela outra.

Neste contexto, patente a esperança do credor em receber seu crédito e podendo por conseqüência fazer circular a riqueza.

Na aplicação do Direito, opera-se a valoração judicial da boa-fé, informada pelos valores dominantes de uma dada sociedade. A dificuldade na transformação do Direito, segundo esses valores, está na forte resistência pela conservação dos postulados clássicos.<sup>74</sup>

Quebrando conceitos fossilizados, a doutrina já aceita pacificamente que as obrigações de resultado e as de garantia sejam regradas à luz da teoria da responsabilidade objetiva; posto que o que se persegue o adimplemento da prestação.

Desta forma, em ambas as situações, não há que se perquirir o elemento culpa, como nos casos de infração a obrigações decorrentes dos contratos de transporte e de empreitada na primeira situação e de seguro e fiança na segunda hipótese.

Descartada então a investigação de conduta culposa nas obrigações de resultado e de garantia, resta a análise das obrigações de meio, nas quais, deverá o agente utilizar-se de todos os instrumentos e conhecimentos existentes quando do desempenho da prestação. Indaga-se, outrossim, se aqui será imperiosa a conduta culposa ou se o elemento volitivo poderá ser descartado para efeitos de responsabilização do devedor que tenha violado dever de conduta ?

Há de considerar-se preliminarmente que, ao que parece, há uma grave confusão terminológica quando da defesa da conduta culposa para a caracterização

---

<sup>72</sup> NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 196/197.

<sup>73</sup> GAUDEMET, Eugene. **Teoría general de las obligaciones**. Trad. Pablo Macedo. México: Editorial Porúa S. A., 1974. p. 23.

<sup>74</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 314.

da responsabilidade negocial, pois a idéia de culpa defendida pela doutrina está na violação do dever jurídico criado pela vontade das partes, e não na infração ao necessário dever de diligência.

Assim entendem Arnaldo Rizzardo ao dissertar que o devedor “incide em culpa quando viola explicitamente dispositivos de lei, ou quando se dá o não cumprimento da obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos”<sup>75</sup> e Álvaro Villaça Azevedo ao sustentar que culpa contratual equivale a inobservância dos deveres entabulados.<sup>76</sup> Faz-se necessário corrigir este equívoco que se arrasta ao longo dos tempos.

Ocorre que culpa, como ensina Alvinio Lima “é um erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato.”<sup>77</sup> Em sentido semelhante, leciona Guilherme Couto de Castro que a culpa caracteriza-se na não observância “de uma conduta razoavelmente exigível para o caso concreto, tendo em vista padrões medianos.”<sup>78</sup>

A culpa *stricto sensu* compreende os ilícitos não intencionais mas culposos atributivos de responsabilidade, em razão de ter agido o seu autor com imprudência, negligência ou imperícia. A prudência, a diligência e a perícia constituem padrões de comportamento na vida social.<sup>79</sup>

Pense-se na hipótese de um pai de família que deixa de adimplir obrigação assumida em contrato de mútuo por ter perdido o emprego e não possuir reservas financeiras.

Terá ele agido culposamente?

Certamente não, especialmente ante o fato de que todo e qualquer pecúnia que lhe chegue as mãos será usada para o sustento de sua prole, amparando seu retardo no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

E ainda neste caso, não fará jus o credor aos juros que naturalmente decorrerão deste atraso? Acredita-se que sim, e então é possível defender a tese de que não há que se confundir o fato imputável ao devedor com a necessária incidência de culpa para que nasça a responsabilidade.

Ato contínuo, é imperioso que o devedor impontual não apenas demonstre sua ausência de culpa, mas que vá além e prove que a prestação não se desempenhou por razões alheias a sua vontade, ao contrário do que defendem entre outros, Harm Peter Westermann, ao sustentar que “a mora pressupõe culpa [pois] o devedor que não efetua a prestação é obrigado a afirmar e, se necessário, provar que não é responsável pelo atraso.”<sup>80</sup>

Aliás, não pode ser outra a exegese sistemática da norma civil no que tange à mora, merecendo análise o texto do artigo 396, que em síntese dispõe que “não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.”

Como se depreende do citado dispositivo legal, não haverá mora apenas se a conduta comissiva ou omissiva não lhe puder ser imputada, e isto somente será

<sup>75</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, . p. 502.

<sup>76</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: RT, 2000. p. 237.

<sup>77</sup> LIMA, Alvinio. **Culpa e risco**. São Paulo: RT, 1999, p. 69.

<sup>78</sup> CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 08.

<sup>79</sup> COSTA, Dilvanir José da. **O sistema da responsabilidade civil e o novo código**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 2002, n.º 156. p. 211.

<sup>80</sup> WESTERMANN, Harm Peter. **Código civil alemão: direito das obrigações – parte geral**. Trad. Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Fabris, 1983. p. 91.

possível na incidência de eventos alheios a sua vontade, como preleciona o artigo 393<sup>81</sup> da Lei Civil.

Neste sentido, escreve Almeida da Costa que é imperioso distinguir se a prestação deixou de ser efetuada em consequência de fato do devedor, do credor, de terceiro, de forças externas à vontade do primeiro ou ainda por expressa disposição legal, pois somente na primeira hipótese poderá ser o incumprimento considerado imputável, e por consequência, apenas aqui é que haverá atraso no adimplemento.<sup>82</sup>

Outra não é a posição do legislador platino ao afirmar que o devedor não responde pelos danos a ele não imputáveis em razão de eventos alheios a sua vontade, devendo o credor suporta-los ante os riscos naturais a todos os negócios jurídicos:

*Artículo 513. El deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuanto éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiere ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquél constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito, o fuerza mayor.*

O Código Civil italiano segue a mesma trilha:

*Art. 1218. Il debitore che non esegue esattamente (1307, 1453) la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno (2740), se non prova (1673, 1681, 1693, 1784, 1787, 1805-2, 1821) che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*

Por consequência, o que há de ser relevado para efeitos da incidência de mora é a antijuridicidade nascida do incumprimento, vista esta como ofensa à lei pactuada entre as partes, desde que não haja um fator externo a justificar a impontualidade no caso da mora, ou ainda, a violação positiva no caso de cumprimento parcial da obrigação ou o adimplemento em local diverso do ajustado.

Pontes de Miranda antevira a solução para a questão, discorrendo que para que se caracterize a mora e seus efeitos sejam produzidos, basta a atribuição de ação ou omissão ao devedor e que tal situação se configure de modo antagônico à conduta a ser desempenhada<sup>83</sup>, ou seja, basta a existência de imputabilidade para a caracterização do estado moratório.

Nelson Borges, na mesma esteira de raciocínio, ensina que a mora se configura com a ultrapassagem da data limite para o adimplemento da obrigação, considerando assim apenas o critério cronológico<sup>84</sup>, sem que haja a necessidade de perquirição de culpa.

O que aparentemente se constata, como já frisado, é que o vício encontra-se no plano terminológico, como se pode observar das palavras de Orlando Gomes, ao defender que o retardamento culposo é aquele que não decorre de caso

---

<sup>81</sup> Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

<sup>82</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 908.

<sup>83</sup> ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 106.

<sup>84</sup> BORGES, Nelson. **A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 315.

fortuito ou força maior.<sup>85</sup> Com todo o respeito, não se pode aceitar o raciocínio de que somente não haverá culpa quando presentes situações de exclusão de relação de causalidade; elementos externos a vontade do devedor e distantes da noção de culpa.

Assim, certo é que haverá responsabilidade imputável ao devedor mesmo na ausência de culpa deste, bastando que deixe de cumprir sua obrigação no tempo ajustado ou o faça de modo defeituoso, destacando-se aqui que o professor baiano reconhece tal possibilidade ao defender a incidência do que chama “mora objetiva” nas obrigações pecuniárias.<sup>86</sup>

Indaga-se então qual seria a diferença desta para as obrigações de entrega de coisa certa, ou obrigação de fazer que ensejasse tal raciocínio ?

Parece que não há critério capaz de promover tal discussão, pois no exemplo formulado acima se pode pensar que, o mesmo pai de família que tenha que entregar as frutas do pomar que existe em seu quintal ao quitandeiro e deixa de fazê-lo para dá-las aos filhos que passam fome.

Haveria culpa neste caso ? Ou indo além, poder-se-ia falar em conduta dolosa<sup>87</sup> ?

*La idea del dolo del deudor [...] engloba genéricamente las posibles actividades de un obligado, que son contrarias a la buena fe y que por ello agravan su responsabilidad. Fundamentalmente aparecen presididas por la consciencia de ocasionar al acreedor un daño injusto o de colorcale en una situación de injusta lesión y en la falta de adopción de las medidas necesarias para la exclusión de tal daño.*<sup>88</sup>

Parece que não, especialmente ante a colisão de princípios que se opera na hipótese suscitada acima, eis que à luz da necessária hermenêutica constitucional, haverá de sobrepor-se a qualquer outro o princípio da dignidade da pessoa humana; mas mesmo assim resistirá a responsabilidade do devedor impontual.

A conduta omissiva do devedor não se ajustaria a diretriz emanada pela função social do contrato quando defende a Constituição Federal, em seu artigo 170, que a ordem econômica “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. E ainda sim remanescerá o dever de cumprir o ajustado ou de indenizar os prejuízos suportados pelo credor, talvez, aqui, sendo possível uma mitigação de responsabilidade com amparo na indenização por equidade prevista no texto da norma civil em vigor.<sup>89</sup>

Outro argumento que não se sustenta é o da inversão do ônus da prova, eis que deste modo bastaria ao devedor impontual demonstrar que agiu diligentemente, e ainda sim, não pôde adimplir sua obrigação no prazo

---

<sup>85</sup> GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 167.

<sup>86</sup> GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 170.

<sup>87</sup> Cf: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 139. Defende o autor que o dolo caracteriza-se pela ação ou omissão voluntária que viola direito de terceiro, causando-lhe prejuízos.

<sup>88</sup> DÍEZ-PICAZO, Luiz. **Fundamentos Del derecho civil patrimonial: las relaciones obligatorias**. Madrid: Civitas, 1996, vol. II, p. 613.

<sup>89</sup> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

convencionado com o credor ou imposto por lei, pois ainda sim a obrigação restaria violada<sup>90</sup>.

Patente, portanto, a confusão que se faz entre a culpa presumida e a responsabilidade objetiva, pois naquela a parte se isenta do dever de indenizar se demonstrar inexistência falta de diligência, tal qual ocorria no sistema anterior no que pertine a guarda de animais, libertando-se do dever de indenizar o proprietário que provasse ter bem guardado o seu animal.

Defende-se ainda, doutrinariamente, a existência de mora apenas quando da conduta culposa do devedor com o argumento de que não incidiriam em estado moratório os sucessores a título universal quanto às obrigações por eles desconhecidas.

Ocorre que o desconhecimento da existência de obrigação a ser desempenhada pelo espólio não está na seara da culpabilidade, mas uma vez no plano da imputabilidade, não havendo como se atribuir responsabilidade ao herdeiro que não conhece a existência de obrigação, destacando-se que eventual mora em obrigação vencida antes do evento morte deverá ser analisada elaborando-se uma moldura em torno de tal momento no tempo e espaço.

Aqui se faz necessário um argumento a mais, posto que incumbe inicialmente ao administrador provisório e posteriormente ao inventariante bem zelar pelos bens do *de cuius* sendo seu dever aferir o ativo e o passivo deixado por aquele, somente se isentando de responsabilidade perante os credores na medida em que demonstre não ter acesso as informações sobre a existência de débitos.

E nesta hipótese haverá de imperar a regra para as obrigações *sine die* quando a obrigação venha a vencer após a morte do devedor, sendo imperiosa a notificação do sucessor responsável pelo adimplemento da prestação.

Agostinho Alvim leciona que o artigo 1.219, n.º 03, do Código Civil italiano resolveu a questão ao determinar que seja notificado o herdeiro quando a obrigação possua vencimento para data ulterior ao evento morte e que os efeitos da mora somente decorrerão passados oito dias da notificação<sup>91</sup>, concedendo-se assim prazo razoável para o fiel adimplemento da obrigação assumida pelo falecido.

## 5.2. DO INADIMPLEMENTO

O inadimplemento, por sua vez, se dá pela recusa do devedor em desempenhar sua obrigação, em razão da impossibilidade física ou jurídica do objeto desde que superveniente à conclusão do negócio jurídico, ou ainda pela perda de interesse do credor na prestação.

*La voluntad de no cumplir puede ser inducida de actos concluyentes del deudor. Bajo esta luz, la idea jurisprudencial de la voluntad rebelde se comprende decisivamente. No se trata tanto de detectar una voluntad o un propósito de rebeldía, cosa que será siempre extraordinariamente difícil, cuanto de obtener o de inducir la razonable conclusión, con base en el anterior comportamiento del deudor, de que persistirá la situación de no cumplimiento.*<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup> E por consequência haveria culpa segundo os autores citados e ainda vários outros.

<sup>91</sup> ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 22.

<sup>92</sup> DÍEZ-PICAZO, Luiz. **Fundamentos Del derecho civil patrimonial: las relaciones obligatorias**. Madrid: Civitas, 1996, vol. II, p. 663.

Ato contínuo, Antônio Menezes Cordeiro, salienta que, o incumprimento definitivo ocorre quando o devedor não segue o comportamento ajustado por força do negócio jurídico anteriormente pactuado; podendo ou não a prestação subsistir ao incumprimento.<sup>93</sup>

Nesta última hipótese, caso a prestação ainda exista, abre-se ao credor a possibilidade de busca pela tutela específica<sup>94</sup> e ainda na hipótese da obrigação ser classificada como de fazer<sup>95</sup>, o ordenamento prevê a possibilidade de execução por terceiro, desde que não se trate de obrigação *intuito personae*, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; obviamente não havendo neste caso incumprimento, mas simples mora.

Por outro lado, ainda nesta situação, haverá inadimplemento quando houver a perda do interesse do credor no desempenho da obrigação, devendo tal interesse ser aferido objetivamente, iluminado pelo critério da utilidade que a prestação tem para o credor.<sup>96</sup>

Neste condão salienta Silvio de Salvo Venosa que cabe ao magistrado, com a consideração de homem ponderado, posicionar-se em lugar do credor e aferir se a prestação ainda é útil a este.<sup>97</sup>

Parece que a teoria da causa<sup>98</sup>, enquanto função sócio-econômica do negócio jurídico, será bastante útil para a solução de conflitos, quando alegue o credor que a prestação não mais lhe interessa, pois toda transferência de bens de um patrimônio a outro deve amparar-se em fundamento que o ordenamento receba como justo.<sup>99</sup>

Pode ocorrer ainda, como dito anteriormente, que a prestação desapareça do mundo real (= impossibilidade física) ou em razão da perda da legitimidade do devedor sobre o bem, o que impede o nascimento dos efeitos da transmissão patrimonial.

Sobre a legitimidade é preciso cuidado; uma vez esclarecido que ela difere da capacidade, porque esta depende de condições pessoais, isto é, de condições da pessoa, ou tomada em si mesma (condições físicas ou psíquicas), ou tomada em meio de um grupo social (condições de *status*), enquanto aquela depende de relações jurídicas, temos que distinguir duas espécies de legitimidade. Há uma que podemos chamar de “legitimidade requisito de validade”, que age sobre a validade do negócio; pode ser definida como a qualidade do agente consistente na aptidão, obtida por consentimento de outrem, para realizar validamente um negócio

---

<sup>93</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio. **Direito das obrigações**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, vol. II. p. 456/457.

<sup>94</sup> O Código de processo civil regra matéria nos artigos 461 e 461-A.

<sup>95</sup> Lei 10.406/02. Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.

<sup>96</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 924/925.

<sup>97</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2002, vol. II. p. 237.

<sup>98</sup> Cf: BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo I. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, passim.

<sup>99</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil**. Madrid: Tecnos, 1994, vol. I. p. 509.

jurídico; ela existe, malgrado uma relação jurídica anterior.<sup>100</sup> A outra, que podemos chamar “legitimidade fator de eficácia”, é que, de fato, age sobre a eficácia do negócio. Esta pode ser definida como a qualidade do agente, consistente na aptidão, obtida pelo fato de estar o agente na titularidade de um poder, para realizar eficazmente um negócio jurídico; ela existe por causa de uma relação jurídica anterior.<sup>101</sup>

Mais uma vez, tal qual ocorre na mora, o que há de ser analisado é se tal fato se deu ou não por fato atribuível ao devedor, pois na presença de elementos externos “*se extingue la obligación cuando su ejecución se hace imposible*”<sup>102</sup> e por outro lado, não havendo causas excludentes de responsabilidade, capazes de romper o nexo causal, como o caso fortuito, dentre outros já citados, restará ao devedor a obrigação de indenizar os prejuízos causados ao credor.

*Cuando una obligación contractual no puede ejecutarse, y esto por razón de una circunstancia extraña a la voluntad del deudor, como consecuencia de un caso de fuerza mayor, queda extinguida; el deudor se encuentra liberado por imposibilidad de ejecución: nadie está obligado a lo imposible.*<sup>103</sup>

Ato contínuo, não se pode afirmar categoricamente que não havendo culpa do devedor não terá ele responsabilidade pois, em verdade, cabe a ele a prova cabal de que o inadimplemento se deu em razão de fatos alheios a sua vontade e ainda que os mesmos não poderiam ter sido previstos ou que a parte que se encontra no outro pólo da relação jurídica fora informada sobre as precauções que haveriam de ser tomadas.

Fato é que para romper qualquer responsabilidade indenizatória em razão do inadimplemento, mister que se demonstre que a prestação não foi desempenhada adequadamente em razão de elementos estranhos à vontade do devedor e a ele não imputáveis<sup>104</sup>, ou como quer Eugene Gaudemet, “*para sustraerse del mismo, sea en especie o por equivalente, el deudor está obligado a probar su liberación, luego el caso fortuito.*”<sup>105</sup>

Como se observa, não demonstrada a presença de fator externo capaz de quebrar o nexo causal impõe-se o dever de indenizar os prejuízos que seu inadimplemento venha a causar. Carlos Roberto Gonçalves escreve acerca da responsabilidade negocial que o devedor só não será condenado à reparação dos prejuízos suportados pelo credor em razão do incumprimento se provar a incidência

---

<sup>100</sup> Cf: RÁO, Vicente. **Ato jurídico: Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 104. Para o autor, quando se faz necessário o assentimento ou o consentimento de outrem se está diante da legitimação.

<sup>101</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: Existência, validade e eficácia.** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 58.

<sup>102</sup> JOSSERAND, Louis. **Derecho civil.** Tomo II. Trad. Santiago Cunchillos Y Manterola. Buenos Aires: Bosch Y Cia, 1950, vol. I.. p. 738.

<sup>103</sup> JOSSERAND, Louis. **Derecho civil.** Tomo II. Trad. Santiago Cunchillos Y Manterola. Buenos Aires: Bosch Y Cia, 1950, vol. I.. p. 254.

<sup>104</sup> Díez-PICAZO, Luiz. **Fundamentos Del derecho civil patrimonial: las relaciones obligatorias.** Madrid: Civitas, 1996, vol. II. p. 607.

<sup>105</sup> GAUDEMET, Eugene. **Teoría general de las obligaciones.** Trad. Pablo Macedo. México: Editorial Porrúa S. A., 1974. p. 408.

de uma das excludentes em lei previstas: fato exclusivo da vítima, caso fortuito ou força maior.<sup>106</sup>

Por sua vez Caio Mário da Silva Pereira diz que se “a prestação se impossibilita, não pelo fato do devedor, mas por imposição de acontecimento estranho ao seu poder, extingue-se a obrigação, sem que caiba ao credor ressarcimento.”<sup>107</sup>

Como se denota não há como se sustentar a necessidade de conduta culposa por parte do devedor que tenha descumprido seu dever contratual, podendo afirmar-se que impera nesta seara a teoria do risco cabendo ao faltante a demonstração de que o incumprimento se deu por fatores alheios a sua esfera de atuação volitiva.

Mas quais seriam as situações não imputáveis ao devedor para que o mesmo pudesse se eximir do dever de indenizar em razão do incumprimento ?

Roberto Senise Lisboa enumera uma série de fatores que fariam com que o nexos de causalidade se quebrasse e por conseqüência implicaria na não responsabilização do devedor, entre eles: a morte (especialmente nas obrigações personalíssimas), a incapacidade superveniente do devedor, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior.<sup>108</sup>

Merece destaque, como fator estranho à vontade do devedor, a incidência de norma que vede ou restrinja determinado comportamento ajustado entre as partes anteriormente a sua vigência quando não seja possível sustentar a tese de ato jurídico perfeito.

Há de ser lembrada também a falta de cooperação do credor, fato que teria o condão de também excluir a responsabilidade do devedor pelo incumprimento em razão do dever imposto àquele de colaborar com o adequado desempenho da prestação ajustada em razão do princípio da boa-fé objetiva insculpido no artigo 422 do Código Civil pátrio.

Destaque-se, por fim, que a violação das obrigações negativas também caracteriza inadimplemento pois não há, na hipótese, como pensar em retardo do desempenho da obrigação e somente poderá ser elidida demonstrando o devedor que fatos alheios a sua vontade o levaram ao incumprimento do ajustado.

## 6. CONCLUSÕES

Extrai-se assim do estudo realizado, sem a pretensão de que estas idéias sejam absolutas, que:

1. A responsabilidade civil há de ser analisada à luz dos princípios que informam a teoria do negócio jurídico, dentre eles a autonomia da vontade, a força obrigatória dos contratos, a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

2. Ululante, para efeitos de responsabilidade negocial, que o negócio jurídico exista, seja válido e eficaz, pois de outro modo apenas poderá se pensar em responsabilidade aquiliana ou extracontratual.

---

<sup>106</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao código civil: parte especial do direito das obrigações – responsabilidade subjetiva, responsabilidade objetiva, responsabilidade por fato de outrem, responsabilidade profissional, etc.; preferências e privilégios creditórios.** São Paulo: Saraiva, 2003, vol. XI. p. 26.

<sup>107</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações.** Rio de Janeiro: Forense, 2001, vol. II. p. 219.

<sup>108</sup> LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil: obrigações e responsabilidade civil.** São Paulo: RT, 2002, vol. II. p. 150.

3. Observou-se, ao longo da história, uma profunda transformação nas teorias aplicáveis ao incumprimento das obrigações.

4. A mora haverá de caracterizar-se apenas no retardo do adimplemento, seja por parte do devedor ou do credor, sendo que a ofensa aos elementos lugar e modo do pagamento deve ser tratada como violação positiva da prestação ou adimplemento defeituoso.

5. A mora do credor dispensa a perquirição do elemento subjetivo.

6. É pacífico que a mora do devedor nas obrigações de resultado e de garantia é aferida no plano objetivo, independentemente da análise de sua conduta.

7. Em estas hipóteses nascerá para o devedor que retardou a prestação ou a violou positivamente o dever de tornar o credor indene, desde que não haja elementos externos capazes de quebrar o nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva e o dano causado.

8. É patente também que não basta ao devedor em mora ou inadimplente a simples demonstração da ausência de culpa no retardo ou incumprimento da prestação, até mesmo nas obrigações de meio, incumbindo-lhe a prova de que a prestação não foi desempenhada por razões alheias a sua esfera de atuação, devendo também aqui ser o instituto da mora analisado objetivamente, sem a busca pelo elemento volitivo.

9. Idêntico raciocínio pode ser sustentado nas hipóteses de cumprimento inexato e inadimplemento.

10. Entre os fatores que dariam ensejo ao rompimento do nexo de causalidade se encontram a morte do devedor nas obrigações personalíssimas ou a incapacidade superveniente deste, o fato de terceiro, o caso fortuito, a força maior, a incidência de norma que vede ou restrinja o adimplemento e ainda a falta de cooperação do credor.

11. O estado moratório pode então ser classificado como *o retardo no cumprimento de obrigação por fato não atribuível a evento alheio a esfera de atuação do devedor ou ante a falta de cooperação do credor*. E por sua vez conceituar-se-ia o inadimplemento como *incumprimento de obrigação por fato não atribuível a evento alheio a esfera de atuação do devedor, quando mesma não seja mais possível física ou juridicamente ou ainda quando não mais incida sobre a prestação interesse do credor*.

## 7. BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. **Constituição de codificação: a dinâmica atual do binômio**. In: A reconstrução do direito privado. Org. Judith Martins Costa. São Paulo: RT, 2002.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. São Paulo: Saraiva, 1972.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: RT, 2000.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: Existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo I. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UNB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998.

BORGES, Nelson. **A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil**. São Paulo: Malheiros.

BRASIL. Apelação e Reexame Necessário nº 70000665729. 1ª Câmara Especial Cível. Tribunal de Justiça do RS. Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. J. 23/05/2001. Capturado no *site* [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud/result.php?reg=23](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/result.php?reg=23), em 21.12.2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação cível nº 599225158. 9ª Câmara Cível. Relatora Mara Larsen Chechi. J. 09/08/2000. Capturado no *site* [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud/result.php?reg=32](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/result.php?reg=32), em 21.12.2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível nº 70004058046. 5ª Câmara Cível. Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha. j. 14/11/2002. Capturado no *site* [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud/result.php?reg=8](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/result.php?reg=8) em 21.12.2003.

CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2000.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COSTA, Dilvanir José da. **O sistema da responsabilidade civil e o novo código**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 2002, n.º 156.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 1994.

DÍEZ-PICAZO, Luiz. **Fundamentos Del derecho civil patrimonial: las relaciones obligatorias**. Madrid: Civitas, 1996, vol. II.

\_\_\_\_\_. GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil**. Madrid: Tecnos, 1994, vol. I.

DONNINI, Rogério Ferraz. **A Constituição Federal e a concepção social do contrato**. In: Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal. Org. Rui Geraldo Camargo Viana e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Dos contratos nominados no direito civil brasileiro**. Atualização: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico: conseqüências práticas**. Curitiba: EDUCA, SCIENTIA et LABOR, 1988.

\_\_\_\_\_. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GAUDEMET, Eugene. **Teoría general de las obligaciones**. Trad. Pablo Macedo. México: Editorial Porúa S. A., 1974.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

\_\_\_\_\_. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. **Direito civil brasileiro: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. I.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao código civil: parte especial do direito das obrigações – responsabilidade subjetiva, responsabilidade objetiva, responsabilidade por fato de outrem, responsabilidade profissional, etc.; preferências e privilégios creditórios**. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. XI.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o direito do século XXI**. Palestra proferida no Congresso Jurídico Brasil 500 anos, promovido pelo Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, no Rio de Janeiro, entre 13 e 16 de setembro de 2000.

JOSSERAND, Louis. **Derecho civil**. Tomo II. Trad. Santiago Cunchillos Y Manterola. Buenos Aires: Bosch Y Cia, 1950, vol. I.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: RT, 1999.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. São Paulo: RT, 2002, vol. II.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito contratual e constituição. Artigo capturado na internet: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=563>, em 13.05.2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos no novo código civil**. São Paulo: Método, 2002.

LOURENÇO, José. **O dirigismo contratual, a publicização do direito privado pela intervenção do estado e a heteronomia da vontade como princípio do contrato**. In: O direito civil no século XXI. Coord. Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARTINS COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENEZES CORDEIRO, Antônio. **Direito das obrigações**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, vol. II.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. **O novo Código Civil e sua influência no Direito Brasileiro e no Processo Civil**. Palestra proferida no II Congresso Paranaense de Processo Civil. Curitiba, 09-11 de maio de 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, vol. II.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito civil: fontes das obrigações - contratos, declarações unilaterais de vontade, responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, vol. III.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo. I. Campinas: Bookseller, 1999.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Campinas: Servanda, 2001.

RÁO, Vicente. **Ato jurídico: Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

REIS, Clayton, Aula proferida no Curso de Mestrado em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina em 18.11.2003.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.  
\_\_\_\_\_. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. *Parte geral do código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2002.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: direito das obrigações e direito hereditário*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999, vol. III.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e seus princípios*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

USTÁRROZ, Daniel. *A responsabilidade contratual no novo código civil*. Aide: Rio de Janeiro, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2003, vol. III.

WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

WEINGARTEN, Célia. *El valor economico de la confianza para empresas y consumidores*. In: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, n.º 33, 2000.

WESTERMANN, Harm Peter. *Código civil alemão: direito das obrigações – parte geral*. Trad. Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Fabris, 1983.