## A MORA NO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS PECUNIÁRIAS E SUAS CONSEQÜÊNCIAS

## FÁBIO KONDER COMPARATO

1. O instituto da mora não tem sido bem compreendido em nossa teoria jurídica.

De um lado, há ainda quem a conceitue, na esteira da tradição romanística, exclusivamente como o retardamento na execução da obrigação, <sup>1</sup> fechando os olhos para a regra, no entanto, claríssima do art. 955 do CC, segundo a qual está também em mora o devedor que não cumpre a prestação na forma ou no lugar convencionados.

De outro lado, parece unânime, igualmente segundo a tradição romanística não sujeita ao necessário confronto com o direito positivo, a idéia de que a culpa não constitui elemento essencial da *mora debitoris*. O argumento legal invocado é sempre o disposto no art. 963 do CC. Ora, o que essa norma declara é a necessária relação de causa e efeito entre o cumprimento do devedor e o descumprimento da obrigação. Em outras palavras, a lei exige, para a caracterização da mora, que o devedor haja descumprido, de modo positivo ou negativo, a obrigação; contenta-se com esse dado objetivo. Mas não exige que se faça uma pesquisa contraditória sobre o comportamento do devedor, a fim de se positivar a sua vontade de não adimplir, preliminarmente ao reconhecimento da mora.

É unicamente pela ausência de um dispositivo legal análogo ao do art. 963 do CC, no tocante à mora do credor, que a doutrina jurídica nacional, desde os comentários de Clóvis Beviláqua, vem sustentando que o nosso sistema obrigacional é nesse ponto de pé quebrado: o credor se considera em mora com a só recusa em receber a prestação, sem maiores indagações, enquanto para a caracterização da mora do devedor é preciso provar a culpa. <sup>2</sup> É óbvio que não se consegue avançar nenhuma razão jurídica aceitável para justificar essa contra-

dição.

Esse ilogismo explica as dificuldades de nossos autores em aceitarem a distinção fundamental entre a mora e inadimplemento absoluto. Agostinho Alvim, p. ex., em sua conceituada monografia, contesta o critério volitivo na caracterização da impossibilidade de prestar. Entende que o que se deve perquirir é, tão-só, a existência de meios ou recursos para ser efetuado o cumprimento da prestação; ou seja, a razão econômica. Tal significa que, no rigor lógico desse raciocínio, em se tratando de obrigações não-personalíssimas, somente se chegaria à positivar a existência de um inadimplemento absoluto ao final da execução, quando o patrimônio do devedor se revelasse deficitário. O absurdo fala por si.

É, pois, indispensável, se se quiser entender logicamente o sistema, admitir que a mora, seja do credor, seja do devedor, caracteriza-se, objetivamente, pelo fato de a prestação devida não ser recebida, ou ter sido cumprida fora do tempo, do lugar ou da forma que se convencionou. Compete à parte à qual se imputa a mora

demonstrar que agiu sem culpa, eliminando destarte os efeitos jurídicos que a lei faz decorrer daquela situação.

Quer isto dizer, no tocante ao devedor, que a mora culposa identifica-se

com aquilo que a doutrina vem denominando inadimplemento absoluto.

2. Em interpretação compreensiva do art. 1.061 do CC, à luz do princípio geral inscrito no art. 5.º da LICC, o STF firmou jurisprudência no sentido de que a mora no cumprimento de obrigações contratuais pecuniárias acarreta a responsabilidade do devedor pelo pagamento do principal corrigido monetariamente.

Em três acórdãos de 1987, todos proferidos em processos de que foi relator o Min. Francisco Rezek, foi essa tese jurisprudencial inscrita em nosso Direito

Positivo.

No RE 110.436, de São Paulo, julgado em 24.3.87, decidiu a Suprema Corte que "o ilícito contratual é fonte direta de correção monetária, ainda que a lei ou o contrato não a tenha previsto". A Na espécie, uma autarquia estadual, reconhecidamente em mora do cumprimento de algumas prestações pecuniáriás de contrato administrativo, fora condenada pela Justiça local apenas em juros moratórios, sob o argumento de que a correção monetária não fora contratualmente estipulada. Conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, o relator, seguido pelos demais componentes da 2.ª Turma daquele Tribunal, equiparou o ilícito contratual ao extracontratual, para o fim do condenar o responsável ao pagamento do principal em valores reais e não meramente nominais.

No RE 107.603, de São Paulo, cuidou-se de caso de sucessão causa mortis e não propriamente de relação contratual. No entanto, a decisão do Tribunal, de acordo com o voto do relator, foi no sentido de que, em se tratando de ato ilícito, a dívida deve ser considerada de valor e não de moeda, cabendo destarte

a atualização monetária do débito. 5

Finalmente, ao decidir em 22.5.87 o RE 112.265, de São Paulo, a 2.ª Turma do STF, em acórdão unânime, proclamou que "a jurisprudência do Supremo é pacífica no sentido de que, no ilícito contratual, é devida a correção monetária independentemente da Lei 6.899", vale dizer mesmo antes do ajuizamento da competente ação judicial. 6

3. É preciso entender o fundamento racional dessa jurisprudência.

Seguindo a orientação da doutrina universal, nossa Suprema Corte havia inscrito, em sua Súmula de Jurisprudência Predominante (n. 562), que "na indenização de danos materiais decorrentes de ato ilícito cabe atualização de seu valor, utilizando-se, para esse fim, dentre outros critérios, dos índices de correção monetária". Tal jurisprudência, no entanto, segundo sempre se entendeu, dizia respeito, unicamente, à responsabilidade extracontratual.

Qual a razão que teria levado o Tribunal a estendê-la ao campo dos con-

tratos?

Parece-nos que foi o reconhecimento implícito da unidade essencial de fundamento de ambas as responsabilidades, não obstante certas discrepâncias pontuais de regime jurídico, entre uma e outra.

A análise da evolução histórica demonstra que, originadas de fontes totalmente diversas e submetidas a regimes jurídicos opostos, as obrigações contratuais e delituais tenderam a se aproximar sempre mais no direito moderno, acabando por constituir simples espécies do mesmo gênero.

No Direito Romano arcaico, como verossimilmente em todos os Direitos primitivos, os delitos não engendravam obrigações, tendo por objeto uma pres-

tação que o delinquente devia pagar à vítima ou seus herdeiros. Eles desencadea-

vam a vingança privada. 7

Nas épocas mais remotas, essa vingança se manifestava de modo completo e exclusivo. Não se vislumbrava nenhuma idéia de dívida, nenhum dever de reparação. A Lei das XII Tábuas ordenava que o fur manifestus, o ladrão surpreendido em flagrante, fosse atribuído definitivamente à vítima. E Catão, o velho, nos informa que no 2.º século a.C. os autores de furtos privados ainda consumiam suas vidas na prisão. 8

Desde cedo, porém, parece ter-se fixado o costume de se estabelecer uma possibilidade de composição, por meio do exercício pela vítima da pena de talião, ou então pelo pagamento de uma soma de dinheiro a título de resgate: a poena. Essa composição, inicialmente voluntária, acabou sendo imposta pela lei. Mas o verdadeiro dever jurídico de reparação do prejuízo causado só veio

a despontar em época tardia da evolução do Direito Romano.

Observe-se que a convenção de composição, entre a vítima e o delinqüente, tomava a forma de um pacto, termo cuja etimologia revela sua função: a conclusão da paz com o culpado. Saliente-se, aliás, que o próprio termo pagamento, originado do latim vulgar paccare, tem como raiz também a pax. O pacto primitivo de composição entre as partes não implicava, pois, nenhuma idéia de transação de dívida; ao contrário, era ele que criava o débito. A conclusão do pacto fazia portanto aparecer, ao lado da vinculação da pessoa física do delinqüente ao poder de sua vítima, uma promessa de prestação, como resgate de sua libertação.

A etapa seguinte da evolução histórica consistiu na substituição desse regime de composições voluntárias por um sistema de composições legais. Doravante a poena já não era deixada ao arbítrio dos interessados, mas fixada em lei, sem com isso implicar qualquer idéia indenizatória. A ação da lex Aquilia, sancionando o damnum injuria datum, tem caráter penal. Ela visa a realizar a imposição de uma multa ao delinqüente. 9

Na verdade, as obrigações ex delicto somente apareceram no Direito Romano, ao lado das obrigações ex contractu, no 1.º século da Era cristã, ou seja, já no regime imperial; e enquanto categoria jurídica, elas só foram admitidas pela jurisprudentia no curso do século seguinte. A apresentação dicotômica das obrigações, sob a forma de summa divisio, nas Institutas de Gaio (3, 88), representa portanto uma idéia recente para a época. E essa criação tardia da dívida, ao lado da sujeição do delinquente à vindicta da vítima, deixou marcas indeléveis na evolução ulterior do Direito Romano. De acordo com os textos clássicos, a obrigação de pagamento da poena, consequente ao delito, apresenta traços particulares que a distinguiam nitidamente das obrigações contratuais. Ela era, em princípio, intransmissível, tanto ativa quanto passivamente. Ela não se extinguia pela capitis deminutio. Atingia as mulheres púberes e os homens impúberes saídos da infantia. Atingia até mesmo os escravos, que permaneciam obrigados após a sua alforria. Na hipótese de pluralidade de delinquentes, admitia-se a cumulação de ações para cobrança da multa. Enfim, o direito da vítima não se considerava incluído em seu patrimônio.

Com a admissão, porém, de que as obrigações delituais têm por função, principalmente, reparar o dano provocado pelo malefício, a summa divisio de Gaio deixou de ser expressão de uma ditocomia radical, para se tornar uma simples distinção — sempre mais atenuada, de resto — de regime jurídico. Mas, sobretudo, a tentativa teórica de fins do século passado, na França, de se assentar

uma separação absoluta entre responsabilidade contratual e extracontratual, 10 representou um claro retorno histórico.

Hoje, a tendência dominante, em todos os sistemas jurídicos ocidentais, é

de superar essa clássica dicotomia.

O direito das obrigações suíço inaugurou esse movimento, na reforma de 1911, ao estatuir que "as regras relativas à responsabilidade derivada de atos ilícitos aplicam-se, por analogia, aos efeitos da culpa contratual" (Código das Obrigações, art. 99, terceira alínea). Em alentada monografia, destinada a analisar essa norma, Jean Cuendet concluiu que existe uma identidade de princípios fundamentais entre as duas responsabilidades. Ao contrário do que se sustenta, a responsabilidade contratual não é mais rigorosa que a delitual. Por outro lado, estudando-se as diferenças ordinariamente apresentadas entre elas, verifica-se que algumas não existem de todo, sendo que o erro consistente em admiti-las provém da confusão entre uma obrigação que deriva do contrato e a que resulta de sua inexecução. Enfim, demonstrou o mesmo autor que o ônus da prova da culpa não depende da fonte da responsabilidade do devedor (ato ilícito extracontratual ou contrato) e, sim, unicamente, da natureza da obrigação: de meios ou de resultado. 11

Por outro lado, em obra recente, 12 o Prof. André Tunc, da Universidade de Paris, grande especialista da responsabilidade civil, sintetizou as críticas ultimamente dirigidas à manutenção de uma dicotomia rígida de regime jurídico entre uma e outra forma de responsabilidade, não só nos países de common law

como nos de tradição romano-germânica, assinalando:

a) a dificuldade prática de se determinar se certos danos sobrevieram no campo contratual ou extracontratual;

b) a ausência de justificação racional para a maior parte das diferenças

apresentadas entre os dois regimes de responsabilidade;

c) a inexatidão de se dizer que certas responsabilidades são criadas unicamente pela lei e outras tão-só pela estipulação contratual;

d) em certas situações, uma pessoa tem deveres jurídicos que decorrem da natureza de sua atividade profissional, haja ou não relação contratual envolvida no caso;

e) as diferenças de fundamento e de regime dos dois tipos de responsabilidade tornam-se mais ou menos absurdas, quando a mesma atividade pode criar uma responsabilidade que seria contratual em relação a uma parte e delitual

em relação a terceiros.

Não há, pois, como manter-se a summa divisio clássica, nessa matéria. Obviamente, importa saber se a parte indigitada como responsável estava ou não vinculada a deveres estipulados em contrato. Mas isto, tão-só para se determinar a existência ou não de mora. As consequências que daí derivam, isto é, a responsabilidade propriamente dita enquanto distinta do dever — de onde a importância fundamental da análise dualista da obrigação — essa responsabilidade apresenta um fundamento jurídico que nada tem a ver com a origem do dever. Ela funda-se no prejuízo e visa a, de um lado, reparar os seus efeitos no patrimônio do prejudicado; de outro lado, tende ela, tal como em seu nascimento histórico, também a punir o causador do dano, como medida sancionatária do ocorrido e preventiva do que poderá ocorrer no futuro.

É por essa razão que, quando a nossa jurisprudência consolidou-se no sentido de julgar sempre devida a correção monetária nas ações de responsabilidade civil extracontratual, não poderia deixar de admitir, como de fato não se omitiu em fazê-lo, que essa regra geral estende-se também à responsabilidade por violação de deveres estipulados em contrato. Afinal, uma coisa é a prestação prometida pelo devedor e por ele não cumprida; outra coisa é o montante a pagar à outra parte como ressarcimento do dano causado pelo inadimplemento.

4. Por isso mesmo, à luz da análise da relação obrigacional, a norma do art. 1.061 do CC justifica plenamente a orientação jurisprudencial supra-indicada.

As "perdas e danos", como aí se explicita, só abarcam os acréscimos à prestação inadimplida; ou seja, abrangem o principal devido. Mas este, obviamente, deve ser pago.

Ora, a correção monetária não pode ser, tecnicamente, considerada um acréscimo ao principal, mas sim a sua recomposição. Se o devedor de pecúnia está em mora temporal de pagá-la e vem a ser condenado no principal em valor nominal, ele encontrar-se-á em situação melhor do que se tivesse cumprido pontualmente seu dever; o credor, por sua vez, não obterá a plena satisfação de sua pretensão contratual nem verá ressarcido o prejuízo que a mora lhe causou.

Em suma, a interpretação que enxerga nos juros da mora e na pena convencional, do art. 1.061 do CC, um substituto para a correção monetária do principal devido redunda no reconhecimento de uma disfunção permanente da responsabilidade civil. Além de pecar pela falta de técnica — fruto de deficiente análise da relação obrigacional e do instituto da responsabilidade civil - essa exegese acaba por servir de poderoso estímulo, em épocas de descontrole inflacionário, ao sistemático inadimplemento das obrigações assumidas. Esse resultado absurdo do trabalho hermenêutico indica, segundo o princípio geral expresso no art. 5.º da LICC, que se está diante de autêntico contra-senso interpretativo.

## **NOTAS**

- 1. Cf., p. ex., Orlando Gomes, Obrigações, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1968, n. 124.
- 2. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, 10.º ed., v. IV/90, 1955. 3. Da Înexecução das Obrigações e suas Consequências, 4.º ed., São Paulo, Saraiva, 1972, n. 32, 34 e 36.
  - 4. RTJ 121/761. 5. RTI 121/1.158.
  - 6. RTJ 122/419.
- 7. Sintetizo, aqui, a exposição que dediquei ao assunto em Essai d'Analyse Dualiste de l'Obligation en Droit Privé, Paris, Dalloz, 1964, ns. 128 ss. 8. Apud Aulo Gélio, Noites Aticas, XI, 18, 18.
- 9. Raymond Monier, Manuel Elémentaire de Droit Romain, t. II, 4.ª ed., Paris, Editions Domat Montchrestien, 1948, n. 43.
  - 10. A obra de Charles Sainctelette, De la Responsabilité et de la Garantie, que inau-
- gurou essa tendência, é de 1884. 11. La Faute Contractuelle et ses Effets. Etude de l'article 99, alinea 3 du Code des Obligations, 2.ª ed., Berna, Editions Staempfli & Cie. S.A., 1970. 12. La Responsabilité Civile, Paris, Economia, 1981, n. 44