

INEXEÇÃO DAS OBRIGAÇÕES E SUAS VICISSITUDES: ENSAIO PARA A ANÁLISE SISTEMÁTICA DOS EFEITOS DA FASE PATOLÓGICA DAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS*

FAILURE TO PERFORM OBLIGATIONS AND THEIR VICISSITUDES: ASSAY FOR A SYSTEMATIC APPROACH TO THE EFFECTS OF THE PATHOLOGICAL PHASE OF OBLIGATIONAL RELATIONSHIPS

Gustavo Tepedino

Professor titular de Direito Civil e Ex-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2018-9336>.
E-mail: gt@tepedino.adv.br

Carlos Nelson Konder

Professor titular de Direito Civil Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor do Departamento de Direito da PUC-Rio. Doutor e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Especialista em Direito Civil pela Università di Camerino (Itália). Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8535-0218>. *E-mail:* carlos.konder@uerj.br

Resumo: O artigo pretende oferecer análise sistemática das vicissitudes da inexecução das obrigações, a partir de método indutivo e de pesquisa bibliográfica exploratória, de modo a distinguir os efeitos vinculados à não realização da prestação em si daqueles decorrentes da imputabilidade do devedor pelo descumprimento. Partindo da distinção entre inexecução e inadimplemento e dos critérios para imputação do devedor, aborda-se o alargamento da impossibilidade liberatória, as peculiaridades da mora no regime legal brasileiro, o tratamento conferido à execução por terceiro e ao desfazimento forçado, bem como o regime aplicável aos juros e às perdas e danos no inadimplemento imputável a somente um dos devedores solidários. Por fim, discute-se a repercussão da inexecução da obrigação sobre o contrato sinalagmático como um todo.

Palavras-chave: Inadimplemento. Mora. Resolução. Contrato. Cláusula penal.

* Os autores agradecem ao Max Planck Institute für Ausländisches und Internationales Privatrecht Hamburg, onde realizaram grande parte da pesquisa necessária ao presente artigo, bem como à professora Milena Donato Oliva, pela leitura dos originais.

Abstract: The article aims a systematic approach to the vicissitudes of non-performance, based on an inductive method and exploratory bibliographical research, in order to distinguish the effects linked to the non-performance itself from those arising from the debtor's liability for non-compliance. Starting from the distinction between non-execution and default, and the criteria for attributing responsibility to the debtor, it addresses the extension of the liberatory impossibility, the peculiarities of default in the Brazilian legal regime, the treatment given to execution by a third party and forced undoing, as well as the applicable regime of interests and indemnity in default attributable to only one of the joint debtors. Finally, the repercussion of non-performance of the obligation on the reciprocal contract as a whole is discussed.

Keywords: Default. Non-performance. Rescission. Contract. Penalty clause.

Sumário: **1** Notas introdutivas – **2** Inexecução e inadimplemento. Critérios de imputabilidade do devedor. A culpa e a difusão da imputabilidade objetiva – **3** Imputabilidade e impossibilidade superveniente. Relatividade da impossibilidade liberatória – **4** Abrangência e peculiaridades da mora no ordenamento brasileiro – **5** Releitura da execução por terceiro e do desfazimento forçado nas obrigações de fazer e não fazer – **6** Fundamentos da distinção entre o regime das perdas e danos e dos juros pela inexecução imputável a somente um dos codevedores solidários – **7** Projeções das vicissitudes da relação obrigacional sobre o contrato sinalagmático: exceção de contrato não cumprido e resolução – **8** Apontamentos conclusivos – Referências

*O efeito que decorre, imediatamente,
da obrigação, e o que mais avulta, é a sua execução.*
(Clovis Bevilacqua)**

1 Notas introdutivas

Ingrato o destino do vínculo obrigacional: desde o seu nascimento prepara-se funcionalmente para a própria extinção. O pagamento, por sua vez, o modo natural de extinção, apresenta incontornável paradoxo: quanto mais forte o vínculo obrigacional, mais efêmero ele se torna, com a liberação do devedor e a satisfação do credor no tempo e modo pactuados. Diante desse inquietante cenário, o direito obrigacional se dedica a debelar dois grandes riscos para o sistema: o risco do inadimplemento e o risco da insolvência. Este último é contornado com a adoção de garantias, reais ou fidejussórias, as quais, ao acostar ao patrimônio do devedor determinados bens móveis ou imóveis (garantias reais) ou patrimônios distintos (garantias fidejussórias), fortalecem a expectativa do credor quanto à satisfação do crédito.

** BEVILAQUA, Clovis. *Direito das obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936. p. 93.

Em relação ao risco do inadimplemento, que interessa diretamente ao presente estudo, além das garantias especiais, o ordenamento pretende debelá-lo com o conjunto de instrumentos inseridos nos cinco capítulos do Título IV do Livro Primeiro da Parte Especial do Código Civil, dedicado ao direito das obrigações, visando a garantir a coercitividade das prestações e a prever as consequências adversas do inadimplemento, de modo a dissuadi-lo. Tãmanha revela-se tal preocupação, que o direito civil, tradicionalmente, preocupava-se apenas com esse fatídico momento do vencimento das prestações, de modo a aferir se houve o pagamento regular, extinguindo-se o vínculo obrigacional, ou, ao contrário, incorreu o cumprimento nos termos pactuados. Na falta de execução exata, inaugura-se a fase patológica da vida da obrigação, devendo-se perquirir a causa do incumprimento e suas consequências.

Todavia, desde a segunda metade do século passado, e especialmente nas últimas cinco décadas, passou-se a perceber o vínculo obrigacional como relação de cooperação, que se inicia antes mesmo da celebração do negócio, já no contato social estabelecido nas tratativas, e se desenvolve, ao longo de toda a vida da obrigação, a exigir, de credor e devedor, empenho, diligência e lealdade em toda a preparação, concretização e execução da relação obrigacional.¹ Trata-se de perspectiva dinâmica ou funcional da teoria das obrigações, mediante a qual se constata que os modelos jurídicos são dotados de estrutura que deve atender à precedente definição da função a que se pretende alcançar por qualquer ato ou fato jurídico. Notadamente no que tange ao tema aqui proposto, a partir da função a ser desempenhada pelo vínculo obrigacional deverá ser definida a estrutura que melhor atenda ao tráfico jurídico – e não o contrário.²

A abordagem setorial das variadas vicissitudes da fase patológica das relações obrigacionais acaba por prejudicar as necessárias harmonia e coerência que se impõem à análise do inadimplemento no ordenamento como um todo. Justifica-se, portanto, a partir de método indutivo e de pesquisa bibliográfica exploratória, empreender análise sistemática dos efeitos da inexecução, de modo a associar quais efeitos se vinculam à não realização, por si só, da prestação e quais demandam a imputabilidade do devedor pelo descumprimento. Sob essa perspectiva, examina-se o alargamento da impossibilidade liberatória, as peculiaridades da mora no regime legal brasileiro, o tratamento dado à execução por terceiro e ao desfazimento forçado, bem como o regime aplicável aos juros e às perdas e danos no inadimplemento imputável a somente um dos devedores solidários. A título conclusivo, discute-se

¹ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. t. I. p. 20 e ss. Na doutrina brasileira, cf. COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. reimpr. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 19.

² PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 642-643.

ainda a necessidade de ponderar quais dessas vicissitudes obrigacionais efetivamente repercutem – e com que extensão – sobre o interesse tutelado no contrato sinalagmático em que se inserem.

2 Inexecução e inadimplemento. Critérios de imputabilidade do devedor. A culpa e a difusão da imputabilidade objetiva

Se é certo que, em perspectiva dinâmica e funcional, o processo obrigacional percorre cada um dos momentos de vida da obrigação, desde sua gestação até a extinção, as adversidades igualmente podem ser identificadas em todas essas etapas de desenvolvimento. De certa maneira, pode-se dizer que o pagamento faz convergir todas as possíveis vicissitudes que poderão ter, por assim dizer, fortalecido ou enfraquecido a posição do credor. Por esse motivo, é neste momento da exigibilidade do pagamento, em que deve ser conferida a execução da obrigação pelo devedor, que ocorrerá a sua extinção, tal qual pactuado, ou o recurso aos instrumentos predispostos pelo legislador e pelas partes para o enfrentamento dessa fase patológica.

Em tal perspectiva, ao inaugurar o Título IV, o art. 389 do Código Civil preceitua: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. O inadimplemento ou descumprimento da prestação, a rigor, subordina-se à imputabilidade, isto é, ao nexo de atribuição da responsabilidade (objetiva ou subjetiva) ao devedor, instado a executar a obrigação na forma pactuada. Por esse motivo, antes de se conhecer a causa da ausência ou inexecução do pagamento na data, no local e na forma convenionados – e que acarretará a imputabilidade do devedor – tem-se simplesmente a inexecução da obrigação. De fato, do ponto de vista sistemático, a noção de execução mostra-se mais abrangente e independe de imputação. Assim é que o codificador, reiteradas vezes, associa o não cumprimento ou inadimplemento à imputabilidade, ao passo que a expressão “inexecução da prestação” é utilizada tanto para hipóteses de imputabilidade (art. 403)³ quanto de inimputabilidade (arts. 253 e 254).⁴

³ CC, art. 403. “Ainda que a *inexecução* resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual” (grifos nossos).

⁴ CC, art. 253. “Se uma das duas prestações não puder ser objeto de obrigação ou se tornada *inexeqüível*, subsistirá o débito quanto à outra” (grifos nossos); CC, art. 254. “Se, *por culpa do devedor, não se puder cumprir* nenhuma das prestações, não competindo ao credor a escolha, ficará aquele obrigado a pagar o valor da que por último se impossibilitou, mais as perdas e danos que o caso determinar” (grifos nossos).

Constatada a inexecução da prestação, que conceituada doutrina designa, de modo eloquente, como *cooperazione mancata*,⁵ há que se investigar se o fato superveniente que impossibilita a prestação é imputável ao devedor. Avulta neste momento o conceito de imputabilidade, como nexos de atribuição da responsabilidade pela inexecução ao devedor.

Tradicionalmente, tendo em conta provavelmente a centralidade da responsabilidade subjetiva na responsabilidade civil, reduzia-se a imputabilidade à culpabilidade do devedor.⁶ Em consequência, seria considerado responsável pelo inadimplemento, relativo ou absoluto, o agente culpado pelo descumprimento do dever jurídico, contratual ou extracontratual. Tal era a leitura, a título ilustrativo, que se fazia do revogado art. 955, CC1916, em linguagem idêntica à do atual art. 394, Código Civil (“Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer”), e do art. 963 do regime anterior, correspondente à dicção do atual art. 396: “Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora”.

Gradualmente, contudo, com a expansão das hipóteses de responsabilidade objetiva, seja pela legislação especial, como o Código de Defesa do Consumidor⁷ e a legislação ambiental,⁸ seja pelo próprio codificador civil,⁹ estabeleceu-se no direito brasileiro sistema dualista de responsabilidade, em que a responsabilidade subjetiva, cuja imputabilidade se subordina à culpa ou dolo do agente (arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil),¹⁰ convive, lado a lado, com a responsabilidade objetiva, decorrente da imputação legal de riscos associados a determinadas atividades. Tal critério objetivo de reponsabilidade, normalmente vinculado a imperativos de segurança e de garantia, justificam, em larga medida, a difusa alusão à

⁵ BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1953. v. I. p. 107. Em tradução livre, “ausência de cooperação” ou “cooperação fracassada”.

⁶ Extraí-se, curiosamente, o resquício de tal redução conceitual na própria linguagem do codificador. Cfr., v.g., o art. 408: “Incorrer de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, *culposamente*, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora”. Mostra-se significativo que, no preceito equivalente do Código Civil de 1916, não havia a referência à inculpação: art. 921. “Incorrer de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que se vença o prazo da obrigação, ou, se o não há, desde que se constitua em mora”.

⁷ Cfr. Lei nº 8.078/90, art. 12 e ss.

⁸ Cfr. art. 14, §1º, Lei nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente.

⁹ Cfr., v.g., arts. 927, parágrafo único, 931 e 933, CC, *in verbis*: art. 927, parágrafo único: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”; art. 931. “Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”; art. 933. “As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

¹⁰ CC, art. 186. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”; art. 927. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

denominada *objetivação da responsabilidade civil*.¹¹ Tal tendência metodológica, presente nos últimos trinta anos, justifica-se quer pelo crescente leque de atividades sujeitas à imputação objetiva do dever de indenizar, quer pelo fato de que, mesmo no campo de imputabilidade subjetiva, esmorece pouco a pouco a concepção da culpa de matriz volitiva, caracterizada pela intenção do agente, em favor da denominada culpa normativa, definida pela ruptura, pelo agente, de padrões de comportamento socialmente exigidos em cada espécie de relação contratual ou extracontratual. Neste âmbito, a exoneração do devedor demanda ruptura do próprio nexo de causalidade, como ocorre em decorrência de caso fortuito ou de força maior. O elemento fortuito se constitui, nesta hipótese, no evento causador do dano. Ambas as expressões, caso fortuito ou força maior, equivalem-se, na tradição codificada brasileira, como vetores exonerativos do dever de indenizar, tornando-se ociosa, desse modo, a distinção conceitual.

Para propiciar a exoneração da responsabilidade, o evento que impossibilita a prestação, superveniente à celebração do contrato, há de ser dotado de inevitabilidade e necessariedade. Vale dizer, o evento, irresistível, torna-se causa da inexecução em razão de sua necessariedade; ao devedor apresenta-se incontornável, já que não tem meios para impedir que produza aquele efeito. A imprevisibilidade, por outro lado, não se mostra requisito essencial, já que muitas contingências, como os fenômenos da natureza, recorrentes em determinadas áreas geográficas, embora previsíveis, tornam-se por vezes inevitáveis e configuram, assim, força maior, “como força indomável e irresistível”.¹² De outra parte, para serem considerados de força maior e permitirem a exoneração de responsabilidade, mesmo quando necessários, os eventos devem escapar ao possível controle do contratante, que se reconhece impotente para evitar a sua materialização, mesmo com o emprego dos meios razoavelmente exigíveis naquela espécie de relação obrigacional.

Por outro lado, na hipótese de responsabilidade objetiva, em que o dever de indenizar não decorre da culpa, mas da assunção do risco imputado objetivamente ao agente, desenvolveu-se, em doutrina e jurisprudência, a distinção entre fortuito interno e fortuito externo. Considera-se fortuito interno o evento intrinsecamente relacionado à atividade desenvolvida pelo devedor e que, por isso mesmo, mostra-se insuficiente para gerar a exoneração. Em contrapartida, causa exonerativa da responsabilidade será o denominado fortuito externo, isto é, a circunstância inevitável e necessária cuja externalidade à atividade lhe confere aptidão para o efetivo rompimento do nexo de imputação causal.

¹¹ Sobre o ponto, por todos, TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. v. 4. p. 137 e ss.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 11. ed. atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2016. p. 395.

A distinção entre fortuito interno e externo aplica-se tanto às relações de consumo quanto às relações paritárias, e a sua caracterização depende de circunstâncias fáticas que se alteram ao longo do tempo, de acordo com a intensificação e redução de riscos de cada setor, bem como dos mecanismos de prevenção disponíveis no estado da arte. Mostra-se natural que, diante da ampliação dos engenhos tecnológicos e da crescente complexidade das atividades econômicas, hiperbolize-se o risco e, conseqüentemente, a intensidade das exigências de segurança. Nessa esteira, por exemplo, fraudes em operações bancárias, tornadas corriqueiras, passam a ser consideradas fortuitos internos na percepção social.¹³ Dessa forma, transforma-se o respectivo risco em elemento inerente para o desenvolvimento das respectivas atividades, a afastar a exoneração e, contemporaneamente, estimular a adoção e o fortalecimento dos instrumentos de segurança adotados pelo agente econômico.

Por outro lado, assim como a lei por vezes impõe responsabilidade ao devedor pelos casos fortuitos,¹⁴ admite-se, em relações paritárias, a assunção convencional do fortuito, hipótese em que tais eventos deixam de ser exonerativos em razão da alocação de riscos estabelecida entre as partes.¹⁵ Nesses casos, entende-se que o risco se insere no sinalagma contratual, no âmbito da comutatividade pactuada. Consentindo-se o neologismo da linguagem comercial, afirma-se estar o risco do fortuito de alguma forma “precificado”. Em consequência, se há inexecução, mesmo se decorrente do fortuito, haverá imputação ao devedor, que assumiu, contratualmente, a responsabilidade pelo fortuito.

3 Imputabilidade e impossibilidade superveniente. Relatividade da impossibilidade liberatória

Torna-se indispensável, como visto, para a compreensão da fase patológica do vínculo obrigacional, a investigação da imputabilidade.¹⁶ De acordo com o

¹³ Enunciado nº 479 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”.

¹⁴ Por exemplo, ao devedor em mora o legislador aloca imperativamente os riscos pelo fortuito, como a seguir analisado (art. 399 do Código Civil).

¹⁵ KÖNDRER, Carlos Nelson; KÖNDRER, Cíntia Muniz de Souza. A contratualização do fortuito: reflexões sobre a alocação negocial do risco de força maior. In: TERRA, A. M. V.; GUEDES, G. S. C. (Coord.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 56-58. v. 2.

¹⁶ Sobre a imputabilidade, amplamente, Judith Martins-Costa sublinha a distinção da noção de imputação daquela de inculpação: “imputar não é inculpar, não é atribuir culpa, é atribuir dever e responsabilidade. Responsabilizar é imputar, não é necessariamente inculpar” (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2009. v. V. t. II. p. 135).

sistema de responsabilidade civil contratual, o inadimplemento constitui-se na inexecução imputável.¹⁷ Com efeito, a prestação deve ser executada conforme o pactuado. Como ressaltado em doutrina, “o devedor somente é obrigado a prestar se, *in concreto*, há possibilidade, segundo a concepção do tráfico”.¹⁸ Tal singela afirmação reveste-se de enorme significado. Em primeiro lugar, por exigir do intérprete, no caso de inexecução, a investigação da qualidade do fato superveniente que tornou impossível a prestação. Em segundo lugar, por introduzir no plano interpretativo, o exame em concreto do comportamento do devedor segundo os usos do tráfico (art. 113 do Código Civil),¹⁹ sendo certo que, na lição da mesma doutrina, “essa concepção do tráfico está no conteúdo do negócio jurídico”.²⁰ No caso de inexecução, há que se estabelecer, portanto, a noção, as espécies e as consequências da impossibilidade da prestação.

Tratando-se de impossibilidade superveniente, as partes já se encontram vinculadas e a impossibilidade será subjetiva ou objetiva; total ou parcial, relativa ou absoluta. Se a impossibilidade se afigura subjetiva, isto é, deve-se a dificuldades pessoais do devedor, não há liberação, a menos que a obrigação seja infungível, ou seja, quando somente possa ser cumprida pelo próprio devedor, que enfrenta dificuldade intransponível, impedindo a execução pessoal da prestação.²¹ Afirma-se nesta direção que a impossibilidade que exonera o devedor, extinguindo a obrigação, será a impossibilidade objetiva (total ou parcial), admitindo-se que, nas obrigações de fazer infungíveis, em que a figura do devedor se insere no conteúdo

¹⁷ O inadimplemento ou descumprimento subordinado à imputabilidade é amplamente adotado no Código Civil. Cfr. arts. 389, 390 e 391: art. 389. “*Não cumprida a obrigação*, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”; art. 390. “Nas obrigações negativas o devedor é havido por *inadimplente* desde o dia em que executou o ato de que se devia abster”; art. 391. Pelo *inadimplemento* das obrigações respondem todos os bens do devedor” (grifos nossos).

¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualização de Nelson Nery Junior e Rosa Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. XXXIII. p. 185, §2.795.

¹⁹ Este aspecto é enfatizado por MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2009. v. V. t. II. p. 384.

²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualização de Nelson Nery Junior e Rosa Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. XXXIII. p. 185, §2.795.

²¹ Conforme ressalta Pontes de Miranda, “A impossibilidade não se há de confundir com a *difficultas*, ou seja, a impossibilidade subjetiva, ou seja a existência de obstáculos a que se preste” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualização de Nelson Nery Junior e Rosa Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. XXXIII. p. 185). No mesmo sentido, Antunes Varela aparta a impossibilidade da prestação da mera *difficultas praestandi*: “Para que a obrigação se extinga, é necessário, segundo a letra e o espírito da lei, que a prestação se tenha tornado verdadeiramente impossível, seja por determinação da lei, seja por força da natureza (caso fortuito ou força maior) ou por ação do homem. Não basta que a prestação se tenha tornado extraordinariamente onerosa ou excessivamente difícil para o devedor, como pode suceder com frequência nos períodos de mais acentuada inflação monetária ou de súbita valorização de certos produtos” (ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. reimpr. da 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004. v. II. p. 68).

da prestação, circunstâncias subjetivas possam se tornar objetivamente impeditivas, como no caso do pianista que adoece no dia no recital para o qual fora contratado.²²

A doutrina clássica considerava que a impossibilidade da prestação, para ser liberatória, deveria ser absoluta, ou seja, caracterizada por hipótese de cumprimento física ou juridicamente impossível (v.g., perecimento ou perda do objeto, impossibilidade de acesso ao local da execução ou ilicitude superveniente). A esta concepção de objetividade absoluta, desenvolvida em página clássica pela doutrina italiana,²³ contrapôs-se intensamente Emilio Betti, para quem a impossibilidade liberatória, embora objetiva, será sempre relativa, já que aferida no tipo de relação jurídica em que se atua, a exigir específico esforço de cooperação, que variará conforme a relação jurídica de que se trata.²⁴ Na tentativa de conciliação das posições contrapostas do antigo debate, tem-se afirmado que é possível admitir-se como absoluta a impossibilidade objetiva de modo relativo, desde que se apreenda não o vínculo obrigacional abstratamente considerado, mas tendo em conta “os meios concretamente disponíveis naquele tipo de obrigação”.²⁵

²² Na síntese de Antunes Varela: “Tratando-se de prestação não fungível, ou seja, de prestação em que, pela sua natureza intrínseca, pela estipulação das partes ou por disposição da lei, o devedor não possa ser substituído por terceiro, basta a impossibilidade subjetiva para que a obrigação se extinga [...] A, artista de variedades, obriga-se a participar num espetáculo em certa data. Adoece gravemente desse dia, ficando impossibilitado de cumprir: a obrigação extingue-se” (ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. reimpr. da 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004. v. II. p. 72).

²³ OSTI, Giuseppe. *Impossibilità sopravveniente*. In: *Novissimo digesto italiano*, VIII. 3. ed. Torino: Utet, 1962. p. 289, para quem a impossibilidade da prestação inimputável é somente aquela “assoluta, insuperabile dalle forze umane, o superabile solo con un’attività illecita o con rischio per l’integrità fisica o per un altro attributo della personalità del debitore” (em tradução livre, “absoluta, insuperável pelas forças humanas, ou superável somente com uma atividade ilícita ou com risco para a integridade física ou para um outro atributo da personalidade do devedor”).

²⁴ BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1953. v. I. p. 112: “l’impossibilità giuridicamente rilevante in confronto del creditore è solo quella oggettiva; ma essa è anche essenzialmente relativa al tipo di rapporto obbligatorio di cui si tratta. Non si deve infatti credere che i vari tipi di rapporti di obbligazione governino uniformemente la condotta dovuta dal debitore: tali rapporti richiedono una intensità di sforzo, di impegno, che varia secondo il tipo cui appartengono. È proprio in vista di rapporti per i quali è richiesto il grado maggiore di intensità che – adoperando un concetto limite – si parla di impossibilità ‘assoluta’ (per esempio per le obbligazioni di genere)” (em tradução livre: “a impossibilidade juridicamente relevante diante do credor é somente aquela objetiva; mas esta é também essencialmente relativa ao tipo de relação obrigacional de que se trata. Não se deve, de fato, acreditar que os vários tipos de relação obrigacional governam uniformemente a conduta devida pelo devedor: tais relações requerem uma intensidade de esforço, de empenho, que varia segundo o tipo a que pertencem. É justamente tendo em vista relações para as quais é necessário o maior grau de intensidade que – adotando um conceito limite – se fala de impossibilidade ‘absoluta’ (por exemplo, para as obrigações genéricas)”). Em crítica direta a Osti, o autor acrescenta: “quando si dice che il debitore è esonerato solo nel caso di impossibilità assoluta, si adopera un qualifica enfatica, idonea solo ad ingenerare equivoci, perché in realtà si tratta solo di identificare un caso-limite di impossibilità relativa” (em tradução livre: “quando se diz que o devedor fica exonerado somente no caso de impossibilidade absoluta, se adota uma qualificação enfática, idônea apenas a gerar equívocos, porque, na realidade, se trata somente de identificar um caso-limite de impossibilidade relativa”) (*Ibid.*).

²⁵ CABELLA PISU, Luciana. Dell’impossibilità sopravvenuta (art. 1.463-1466). In: GALGANO, Francesco (A cura di). *Commentario del codice civile Scialoja-Branca Libro quarto – delle obbligazioni*. Bologna-Roma: Zanichelli-

No direito brasileiro prevalece entendimento equivalente, sublinhando-se que a impossibilidade objetiva superveniente é insuperável quando a dificuldade somente possa ser vencida “se sacrificados interesses desproporcionadamente maiores do que aqueles que estão em causa”: nesta hipótese, a desproporcionalidade dos gastos se torna impossibilidade objetiva.²⁶ Na mesma linha, considera-se também como fato superveniente imputável, apto a conduzir à liberação do devedor, “mesmo a impossibilidade que não é absoluta no sentido das Ciências Naturais, mas que assim possa ser razoavelmente qualificada, considerados dados fáticos e normativos que englobam considerações de ordem social, econômica e cultural”.²⁷

Sob tal ângulo de visão, compreendem-se os exemplos trazidos pela doutrina de situações limítrofes, em que se admite a impossibilidade liberatória quando só seria possível ao devedor a execução mediante esforço descomunal. De fato, na obrigação de dar “a coisa que caiu no abismo ou no mar e só mediante despesas desproporcionadas poderia ser apanhada é para o dono coisa derelicta e a prestação, que a tivesse por objeto, estaria impossibilitada”.²⁸

Tal processo de relativização da impossibilidade absoluta e liberatória permitiu a admissão de conceito de impossibilidade menos rigoroso,²⁹ que tem sido observado na experiência brasileira e estrangeira. No direito alemão, a reforma do direito obrigacional de 2001 acrescentou, no âmbito da impossibilidade liberatória, a noção de inexigibilidade, mediante a qual se avalia, na concreta relação jurídica, o limite do esforço subjetivo exigível do devedor.³⁰

Foro Italiano, 2002. p. 45. Para a autora, o acolhimento das observações críticas de Betti não significa “il rigetto della nozione assoluta di impossibilità, mas solo la sua riformulazione: essa non veniva più circoscritta agli impedimenti insuperabili con un sforzo esorbitante dall’entità astrattamente considerata del vincolo obbligatorio, mas ricomprendeva anche gli impedimenti insuperabili con i mezzi concretamente dedotti in quel tipo di obbligazione” (em tradução livre: “a rejeição da noção absoluta de impossibilidade, mas somente a sua reformulação: não mais limitada aos impedimentos insuperáveis com um esforço exorbitante por parte da entidade abstratamente considerada do vínculo obrigacional, mas incluindo também os impedimentos insuperáveis com os meios concretamente deduzidos naquele tipo de obrigação”) (*Ibid.*).

²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualização de Nelson Nery Junior e Rosa Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. XXXIII. p. 185. O mesmo autor, para ilustrar a impossibilidade objetiva, oferece o exemplo do transportador que “prometeu levar à montanha o material de construção; a ponte sobre o rio caiu; para levá-lo até o lugar que se designou seria preciso dar a volta à montanha e entrar por outro caminho, o que custaria muitíssimo mais do que o preço dos transportes” (*ob. loc. cit.*).

²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2009. v. V. t. II. p. 385. Na mesma direção, MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Tratado de direito civil*. Direito das obrigações – Introdução sistema e direito europeu – Dogmática geral. Coimbra: Almedina, 2012. v. VI. p. 103, para quem “a impossibilidade deve ser tomada em sentido sócio-cultural: não físico ou naturalístico”.

²⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualização de Nelson Nery Junior e Rosa Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. XXXIII. p. 185.

²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2009. v. V. t. II. p. 386.

³⁰ A tradução é de Menezes Cordeiro (*Tratado de direito civil*. Direito das obrigações – Introdução sistema e direito europeu – Dogmática geral. Coimbra: Almedina, 2012. v. VI. p. 89), que analisa a reforma

No que concerne à impossibilidade superveniente, preceitua o §275(2), BGB, que o

devedor pode recusar o cumprimento sempre que a prestação exija um esforço que, tendo em vista o conteúdo da relação obrigacional e as exigências da boa-fé, esteja em grave desproporção em relação ao interesse do credor no cumprimento. Ao determinar os esforços que podem ser razoavelmente esperados do devedor, deve-se igualmente levar em conta se o devedor é responsável pelo impedimento ao cumprimento.³¹

Na alínea (3), o mesmo §275 do BGB estabelece: “O devedor pode igualmente recusar o cumprimento se tiver de realizar a prestação pessoalmente e, ponderados os obstáculos do devedor ao cumprimento frente ao interesse do credor, *não for razoável esperar que o devedor cumpra*”.³²

Ao comentar a reforma do Código Civil alemão, Menezes Cordeiro ressalta que a redação do §275/2 “pretendeu operar uma clivagem entre uma impossibilidade fáctica e a mera impossibilidade econômica, conhecida como limite do sacrifício e que apenas poderia ser integrada no instituto da alteração das circunstâncias, agora codificado no §313, BGB”.³³ O autor português oferece, ainda, dois exemplos contidos na justificação de motivos da reforma legislativa e formulados por Heck. Em primeiro lugar, figura a obrigação de dar o anel que o devedor, ao se encaminhar para a entrega ao credor, deixou cair em lago arenoso. Neste caso, a execução da prestação, embora faticamente possível, dependeria de gastos descomunais exigidos para a dragagem do lago e procura da joia: “Haveria, todavia e perante a boa-fé, um grave desequilíbrio em face do interesse do credor”.³⁴ Na

legislativa alemã. Quanto à alteração das bases do negócio, a nova redação do 313(3), do BGB, dedicada a interferências na base do negócio, preceitua que “Quando uma modificação do contrato não seja possível *ou surja inexigível* para uma das partes, pode a parte prejudicada resolver o contrato”.

³¹ Tradução livre de “Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat”.

³² Tradução livre de “Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann”.

³³ MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Tratado de direito civil*. Direito das obrigações – Introdução sistema e direito europeu – Dogmática geral. Coimbra: Almedina, 2012. v. VI. p. 103.

³⁴ MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Tratado de direito civil*. Direito das obrigações – Introdução sistema e direito europeu – Dogmática geral. Coimbra: Almedina, 2012. v. VI. p. 103. O exemplo é também referido por MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2009. v. V. t. II. p. 384.

mesma linha se situaria o segundo exemplo, ainda mais emblemático, “da cantora que se recusa a atuar no espetáculo para estar à cabeceira do filho, gravemente doente”: a reforma assinalaria, na arguta percepção de Menezes Cordeiro, o “alargamento” da noção de impossibilidade.³⁵

No direito italiano, percebeu-se igualmente tal ampliação da noção de impossibilidade,³⁶ já tendo sido reconhecida, pela Corte Constitucional, nos anos 90 do século passado, a inexigibilidade de prestação por motivo existencial superveniente. Sustenta-se, nessa linha de entendimento, a necessidade de sopesar os interesses do credor e do devedor, para verificar a razoabilidade da exigibilidade da execução diante de dificuldades supervenientes justificáveis. Na aludida decisão, em particular, admitiu-se como justificável o descumprimento de obrigação exigida pela legislação especial de Bozzano, que vinculava os benefícios do recebimento de mútuo subsidiado para a aquisição de moradia à efetiva ocupação e permanência no imóvel, sem qualquer interrupção, por 10 anos. No caso, a mudança de domicílio e de cidade pelo mutuário deveu-se à necessidade de assistência ao genitor idoso e incapaz de vida autônoma. Ou seja, considerou-se inexigível e, portanto, hipótese de impossibilidade superveniente liberatória, sob pena de inconstitucionalidade da lei regional, a execução da obrigação pelo locatário diante da necessidade existencial merecedora de tutela prevalente.³⁷

³⁵ MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Tratado de direito civil*. Direito das obrigações – Introdução sistema e direito europeu – Dogmática geral. Coimbra: Almedina, 2012. v. VI. p. 103-104.

³⁶ Sobre o ponto, observa Mauro Paladini: “Assiste-se, assim, a um fenômeno que se poderia definir como *expansão* da extinção das obrigações sem adimplemento que, no plano exclusivamente sistemático, representa uma contratendência em relação ao sensível estreitamento da categoria operada pelo codificador de 1942. No original: “Si assiste, così, a un fenomeno che si potrebbe definire di ‘espansione’ dell’estinzione dell’obbligazione senza adempimento che, sul piano esclusivamente sistemático, rappresenta una controtendenza rispetto al sensibile snellimento della categoria operata dal codificatore del 1942” (PALADINI, Mauro. L’estinzione dell’obbligazione negli incerti confini tra doverosità dell’adempimento e inesigibilità della prestazione. In: PALADINI, Mauro (Coord.). *L’estinzione dell’obbligazione senza adempimento*. Torino: Utet, 2010. Introdução, p. XII).

³⁷ *Sentenza di 3.2.1994, n. 19, in Giur. Cost. 1994, 136*. No texto da decisão, ressaltou-se: “non v’è dubbio che il caso di una persona, che non può assolvere alla condizione posta dalla legge per continuare a beneficiare del contributo pubblico sul mutuo edilizio, consistente nell’occupazione effettiva, continuativa e stabile della propria abitazione, a causa dell’esigenza di assistere in altra città il proprio padre gravemente ammalato e incapace di una vita autonoma, rientri fra le ipotesi di contemperamento con un superiore dovere di solidarietà sociale, qualificato come «inderogabile» dagli artt. 2 e 29 Cost., in grado di costituire una ragionevole giustificazione d’l’inadempimento del predetto onere” (em tradução livre, “não há dúvida de que o caso de uma pessoa que não possa preencher a condição legal para continuar a beneficiar-se da contribuição pública sobre o financiamento imobiliário, consistente na ocupação efetiva, continuada e estável da sua habitação, em virtude da necessidade de assistir o pai gravemente doente em outra cidade e incapaz de uma vida autônoma, enquadra-se na hipótese de ponderação com um dever superior de solidariedade social, qualificado como ‘inderrogável’ pelos artigos 2º e 29 da Constituição, capaz de constituir uma justificativa razoável para o descumprimento do referido ônus”). Do ponto de vista metodológico, a Corte discordou do magistrado, que circunscrevia a aplicação dos princípios constitucionais às relações do cidadão para com o Poder Público alcançando, por extensão, o mútuo subsidiado pelo Estado – para firmar posição quanto à vinculação direta de todo o direito obrigacional aos princípios

Em apoio a tal entendimento, tem-se afirmado:

a referência à boa-fé, precisamente em termos de inexigibilidade, possa ser recuperada, ademais, do lado do credor, valendo como critério de avaliação da sua conduta de modo a excluir, em particular, que possa se considerar conforme o direito – ou seja, não abusiva – a exigência de adimplemento.³⁸

Essa forte referência da doutrina italiana à boa-fé e ao dever de diligência permite a compreensão da inexigibilidade como hipótese de impossibilidade superveniente, em virtude de motivos relevantes existenciais em face dos quais a exigência creditória se torna abusiva.³⁹ Vale dizer, “a inexigibilidade segundo boa-fé abrange hipóteses de obstáculos superáveis somente com o emprego de meios que excedem o empenho que o regulamento contratual atribui ao devedor”. Dessa forma, a impossibilidade aproxima-se da noção de inexigibilidade em hipóteses em que a preservação de valores existenciais depende de “circunstâncias

constitucionais. É ver-se: “Contrariamente a quanto mostra di ritenere il giudice a quo, il principio appena ricordato non è applicabile soltanto nell’ambito dell’ordinamento giuridico statale. *Coinvolgendo categorie e valori di rilevanza costituzionale e trattandosi di un principio generale concernente i rapporti obbligatori come tali, esso deve avere applicazione universale nell’ordinamento giuridico e non può, dunque, essere trascurato neppure nell’interpretazione della legge della Provincia autonoma di Bolzano oggetto di contestazione nel presente giudizio. Quest’ultima, anzi, solo se interpretata in armonia con il ricordato principio, evita di comportare il contrasto con il principio costituzionale di eguaglianza prospettato dal giudice a quo*” (em tradução livre, “Ao contrário do que o juízo a quo demonstra acreditar, o princípio que acabamos de mencionar não é aplicável apenas no âmbito do ordenamento jurídico estatal. Envolvendo categorias e valores de significado constitucional e tratando-se de um princípio geral concernente às relações obrigacionais enquanto tais, ele deve ter aplicação universal no ordenamento jurídico e não pode, portanto, ser negligenciado nem mesmo na interpretação da lei da Província Autônoma de Bolzano objeto de contestação neste julgamento. Esta lei, ao contrário, somente se interpretada em harmonia com o referido princípio, deixa de entrar em conflito com o princípio constitucional da igualdade proposto pelo tribunal de primeira instância”).

³⁸ PASSARO, Emanuele. L'impossibilità sopravvenuta della prestazione. In: PALADINI, Mauro (Coord.). *L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento*. Torino: Utet, 2010. p. 407. No original: “il riferimento alla buona fede, proprio in termine di inesigibilità, potrà esse recuperato, al più, a *latere creditoris*, valendo come critério di giudizio della sua condotta da escludere, in particolare, che possa considerarsi conforme a diritto – ossia non abusiva – la pretesa di adempimento”. O autor acrescenta, ainda: “a inevitabilidade do evento impeditivo deve ser valorada em relação à diligência do devedor (geral ou específica), na medida em que varia o conteúdo da relação obrigatória”. No original: “L'inevitabilità dell'evento impeditivo [...] debba essere valutata alla stregua della diligenza del debitore (generica o specifica), al variare del contenuto del rapporto obbligatorio” (*ibid.*).

³⁹ Em tal direção, Umberto Breccia (*Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*. Milano: Giuffrè, 1968. p. 55-56) afirma que o critério da boa-fé como medida da prestação permite não somente superar a noção de impossibilidade como absoluta, como considerar o devedor liberado nas hipóteses em que, para alcançar o resultado fosse necessário desempenhar atividade considerada estranha ao conteúdo da obrigação (“isto é, um esforço tal que o devedor não possa considerar-se, segundo boa-fé, empenhado ao seu emprego”). No original: “cioè uno sforzo tale che il debitore non possa ritenersi, secondo buona fede, impegnato al sua impiego”.

intrínsecas ao conteúdo da prestação”, de tal forma que “a execução da prestação se torna, por si mesma, perigosa”.⁴⁰

4 Abrangência e peculiaridades da mora no ordenamento brasileiro

Desde que não haja inimizabilidade liberatória, a inexecução ou a execução inexata, mantendo-se a possibilidade da prestação e o interesse do credor, acarretam a mora. Na linguagem do art. 394 do Código Civil, “considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer”. Significa dizer que, ao contrário das legislações portuguesa⁴¹ e alemã anterior à reforma de 2002,⁴² bem como da apreensão comum do vocábulo na tradição doutrinária brasileira,⁴³ normalmente associado a atraso temporal no pagamento, encontra-se em mora igualmente o devedor que não efetua o pagamento nos exatos termos pactuados.

O Código Civil adota, com efeito, conceito amplo de mora, que compreende a execução inexata da obrigação, seja em relação ao tempo, no caso de retardamento da prestação, seja quanto ao lugar ou ao modo de cumprimento pactuados. A mora designa-se inadimplemento relativo, contrapondo-se ao inadimplemento absoluto, quando definitiva. Por esse motivo, a noção de mora subordina-se à permanência do interesse útil do credor à prestação, como estatui o art. 395,⁴⁴ sob pena de caracterizar-se o inadimplemento absoluto, com a extinção do vínculo obrigacional originário e sua substituição pelo dever indenizatório, a possibilitar, ainda, nos contratos bilaterais, a resolução contratual. No caso da mora do credor, ou *mora accipiendi*, embora o legislador não tenha previsto a imputação subjetiva para a sua configuração, entende-se que o respeito à boa-fé objetiva vincula devedor e

⁴⁰ CABELLA PISU, Luciana. Dell'impossibilità sopravvenuta (art. 1.463-1466). In: GALGANO, Francesco (A cura di). *Commentario del codice civile Scialoja-Branca Libro quarto – delle obbligazioni*. Bologna-Roma: Zanichelli-Foro Italiano, 2002. p. 49-50.

⁴¹ CCp, art. 804^a, 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” (grifos nossos). Conforme João de Matos Antunes Varela, “A mora do devedor (*mora solvendi*) é o atraso (demora ou dilatação) culposos no cumprimento da obrigação” (ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. reimpr. da 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004. v. II. p. 113-114 – grifos no original).

⁴² BGB, §286 (redação original). “(1) Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen”. Em tradução livre: “(1) O devedor deverá indenizar o credor pelos danos causados pelo atraso” (grifos nossos).

⁴³ Nos termos de Clovis Bevilacqua, “Mora é o retardamento na execução da obrigação” (*Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Rio, 1982. p. 110 – grifos no original).

⁴⁴ CC, art. 395. “Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

credor ao dever de cooperação para a extinção do vínculo contratual, devendo o credor receber de forma leal o pagamento e contribuir, assim, para o adimplemento da obrigação pelo devedor.

Duas são as consequências da mora do devedor. Em primeiro lugar, o agravamento da obrigação, com a imputação ao devedor moroso, nos termos do art. 395, dos prejuízos causados, acrescidos de juros, atualização monetária, e honorários advocatícios. Ainda no âmbito do agravamento da obrigação, destaca-se o deslocamento da atribuição dos riscos da coisa, inclusive aqueles decorrentes de caso fortuito ou força maior, ao devedor que se encontre em mora. A redação do art. 399 não é feliz, por condicionar a possibilidade de exoneração da responsabilidade do devedor moroso à demonstração da isenção de culpa, circunstância que, a rigor, excluiria a caracterização da mora, na imputação subjetiva.⁴⁵

O dispositivo mantém idêntica redação ao seu predecessor no CC1916 (art. 957), o qual parece ter sido inspirado no art. 103 do Código suíço de obrigações (1911).⁴⁶ Entretanto, a ressalva do dispositivo suíço quanto à prova de ausência de culpa se justifica naquele contexto, já que o legislador suíço inicia a seção sobre a inexecução afirmando a responsabilidade do devedor pelos danos decorrentes do atraso, salvo prova de ausência de culpa. Assim, diante da presunção de culpa preliminarmente estabelecida, justifica-se a ressalva de que a responsabilidade pelo fortuito cessa uma vez ilidida essa presunção pelo devedor.⁴⁷ No final das contas, sendo o devedor imputável pela mora, também no direito suíço o devedor somente se exonera da responsabilidade pela impossibilidade superveniente da prestação se provar a ruptura da causalidade entre a mora e a impossibilidade.⁴⁸

⁴⁵ CC, art. 399: “O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada”.

⁴⁶ COs, art. 103. “Le débiteur en demeure doit des dommages-intérêts pour cause d’exécution tardive et répond même du cas fortuit. 2 Il peut se soustraire à cette responsabilité en prouvant qu’il s’est trouvé en demeure sans aucune faute de sa part ou que le cas fortuit aurait atteint la chose due, au détriment du créancier, même si l’exécution avait eu lieu à temps”. Em tradução livre: “O devedor em mora deve perdas e danos por atraso no cumprimento e responde mesmo por casos fortuitos. 2 Ele pode se exonerar desta responsabilidade provando que não teve culpa no atraso ou que o caso fortuito teria atingido a coisa devida, em detrimento do credor, ainda que a execução tivesse ocorrido oportunamente”.

⁴⁷ A conexão entre a exceção do art. 103 e a presunção do art. 97 pode ser encontrada na doutrina suíça clássica (FUNK, Fritz. *Commentaire du Code Fédéral des obligations*. Genève: Delachaux & Niestlé, 1930. p. 87) e contemporânea (THÉVENOZ, Luc; WERRO, Franz (Coord.). *Commentaire Romand – Code des obligations I*. Genève: Helbing & Lichtenhahn, 2003. p. 617).

⁴⁸ Explica Andreas Von Tuhr: “S’il a encouru la demeure par sa propre faute, il répond même de la perte ou détérioration fortuite de la chose, art. 103. Cette responsabilité pour le *casus mixtus* découle des principes généraux relatifs au rapport de causalité. Le cas fortuit est bien un événement imprévisible, mais il est aussi une conséquence indirecte de la demeure, car il ne se serait pas produit si le débiteur avait exécuté son obligation à temps” (VON TUHR, Andreas. *Partir générale du Code fédéral des Obliations*. Lausanne: G. Vaney-Burnier, 1929. v. 1. p. 542 – em tradução livre: “Se ele incorreu em mora por culpa própria, responde ainda pela perda ou deterioração fortuita da coisa, art. 103. Esta responsabilidade

No ordenamento brasileiro, reproduzindo-se a redação da disposição suíça de forma descontextualizada, o preceito foi de plano reputado “defeituoso”: se a mora pressupunha inexecução culposa, a prova de ausência de culpa a excluiria, tornando inaplicável o dispositivo, cujo pressuposto é justamente estar “o devedor em mora”.⁴⁹

Admitindo-se, todavia, a imputabilidade objetiva do devedor, em que a mora prescinde de culpa, é de se indagar a possibilidade de a exceção de prova de ausência de culpa afastar, em tais casos, a responsabilidade pela impossibilidade superveniente da prestação. A despeito de respeitável posição em contrário,⁵⁰ parece contraditório conceber que possa o devedor eximir-se da responsabilidade pela conservação da coisa comprovando que não teve culpa no atraso, e não conseguir afastá-la no caso de inimputabilidade objetiva. Imagine-se a transportadora que se responsabilizou objetivamente pela entrega de maquinário e, apesar dos seus cuidados, acaba por cumprir a prestação em lugar diverso do avençado, por erro escusável na compreensão do endereço do destinatário. No local em que foi entregue, o bem vem a ser furtado por terceiros. Ainda que não tenha havido culpa da devedora na entrega imperfeita, que a constituiu em mora, nem no furto que impossibilitou a prestação, não poderá o devedor exonerar-se alegando esse fato, sob pena de esvanecer-se a própria *ratio* da responsabilização objetiva, agravada pela mora a ponto de alcançar, por compreensível opção legislativa, até mesmo a impossibilidade decorrente de caso fortuito (ou seja, prescindindo do nexo de causalidade).

Assim, a interpretação mais adequada parece reconhecer a imprecisão da redação: quis o legislador referir-se à imputabilidade do devedor, de modo que, provando o devedor que não era imputável pelo atraso ou cumprimento imperfeito, não estava em mora, o que afasta *de per se* a incidência do artigo e a responsabilidade agravada pela conservação da prestação. Condiç, por exemplo, com a

pelo *casus mixtus* decorre dos princípios gerais relativos ao nexo de causalidade. O caso fortuito é sim um evento imprevisível, mas é também uma consequência indireta da mora, pois não teria ocorrido se o devedor tivesse cumprido sua obrigação oportunamente”).

⁴⁹ A expressão é de Carvalho Santos: “[...] é preciso convir que é defeituoso o Código ao admitir a alegação desse facto, que constituiria defesa oportuna para negar a própria mora, quando pressuppõe esta já evidenciada, não mais podendo ser contestada, o que se percebe claramente quando dispõe o texto supra, de início: *o devedor em mora*... Ora, si a mora pressuppõe a culpa, não se pode em devedor em mora sem que tenha culpa. Logo, admitida a móra, não se concebe possa livrar-se dos riscos com prova de isenção de culpa, mesmo porque, como é evidente, si elle não tinha culpa não era um devedor em mora” (CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil interpretado principalmente do ponto de vista prático*. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1936. p. 326).

⁵⁰ Na visão de Judith Martins-Costa (*Comentários ao Novo Código Civil*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2009. v. V. t. II. p. 418-419), o codificador pretendeu estabelecer “exceção ao rigor da regra” da imputabilidade, criando de fato o benefício ao devedor de se exonerar com a demonstração de ausência de culpa, para afastar a imputabilidade da responsabilidade civil. Para a conceituada professora, “Tratando-se de uma exceção à regra de o moroso responder, a demonstração da inexistência de culpa é um plus, um ônus imposto ao moroso”.

orientação adotada pelos legisladores alemão⁵¹ e italiano,⁵² que, cientes que a exceção da ausência de culpa dizia respeito à peculiaridade da responsabilidade por mora do devedor no regime suíço, limitaram-se a preconizar, como única saída para o devedor em mora exonerar-se da responsabilidade pela impossibilidade superveniente da prestação, a prova de que a prestação seria igualmente prejudicada caso tivesse sido entregue ao credor.

Em síntese, o legislador impõe o ônus de prova extremamente difícil a cargo do devedor já constituído em mora que, não logrando demonstrar a ausência de imputabilidade, assume a responsabilidade pelo fortuito, salvo se a parte que se encontra em mora puder demonstrar que o dano ocorreria ainda que a obrigação houvesse sido cumprida adequadamente, nos termos da denominada “relevância negativa da causa virtual”.⁵³

Relativamente à mora do credor, o art. 400 enumera três efeitos relativos ao agravamento do vínculo obrigacional.⁵⁴ Em primeiro lugar, isenta o devedor da responsabilidade pela conservação ou deterioração da coisa, exceto na hipótese de dolo. Em seguida, impõe ao credor o dever de ressarcimento pelas despesas efetuadas com a conservação da coisa. Finalmente, atribui ao devedor o direito de receber a prestação pela estimação que lhe for mais favorável, na hipótese de oscilação do respectivo valor entre a data prevista para o pagamento e a do efetivo cumprimento. Além dos efeitos previstos expressamente pelo Código Civil, doutrina e jurisprudência entendem que a mora do credor, adicionalmente, libera o devedor da pena convencional estipulada para o caso de inadimplemento e dos juros de mora, fazendo surgir, por outro lado, para o devedor, a possibilidade de

⁵¹ BGB, §287. “Verantwortlichkeit während des Verzugs. Der Schuldner hat während des Verzugs jede Fahrlässigkeit zu vertreten. Er haftet wegen der Leistung auch für Zufall, es sei denn, dass der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde”.

⁵² CCi, art. 1221. “Effetti della mora sul rischio. Il debitore che è in mora non è liberato per la sopravvenuta impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, se non prova che l’oggetto della prestazione sarebbe ugualmente perito presso il creditore. [...]”. Em tradução livre: “Efeitos da mora sobre o risco. O devedor em mora não se exonera pela impossibilidade superveniente da prestação decorrente de causa que não lhe seja imputável, se não provar que o objeto da prestação teria perecido igualmente com o credor. [...]”. Explica Pietro Perlingieri: “L’effetto liberatorio si può produrre soltanto per le prestazioni aventi ad oggetto una cosa determinata, qualora, il debitore provi che la cosa sarebbe egualmente perita presso il creditore” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 5. ed. Napoli: ESI, 2005. p. 279-280).

⁵³ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 250.

⁵⁴ CC, art. 400. “A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação”. Cuida-se de política legislativa destinada a tutelar as vítimas de dano injusto e, por essa razão, doutrina e jurisprudência, com a ampliação dos fatores de imputação da responsabilidade pelo dano injusto, estendem a solução legislativa para as hipóteses de responsabilidade extracontratual objetiva. Em se tratando de dano injusto, a sua verificação deflagra, assim, os juros moratórios em favor da vítima.

consignar em pagamento a prestação, como meio de se desobrigar, nos termos do art. 335, inc. I, do Código Civil.

Sublinhe-se, por oportuno, que o ônus decorrente da oscilação do valor da prestação, entre o originariamente pactuado e o da data do pagamento efetivo, embora não previsto para o caso de mora do devedor, deve alcançar seu suporte fático por analogia. Nesta direção, entende conceituada doutrina ser

justo presumir, a favor do credor, que este a teria alienado no dia em que atingiu o máximo do preço. Por isso, deverá o devedor pagar esse preço máximo. E, se a coisa não pereceu, deverá entregá-la e mais a diferença do preço, tendo em vista a oscilação, a fim de compensar o credor.⁵⁵

Para a verificação da mora do devedor, exige-se a sua constituição em mora, que poderá exigir, para a sua caracterização, a interpelação do devedor pelo credor (*mora ex personae*) ou decorrer automaticamente de fato previsto no negócio ou na lei (*mora ex re*). Neste caso, encontra-se a mora pelo simples transcurso da data aprazada, em se tratando de prestação positiva e líquida (CC, art. 397, *caput*); pela ocorrência de dano injusto extracontratual (*mora ex delicto* – art. 398 do Código Civil);⁵⁶ ou ainda, no âmbito das obrigações negativas, cujo cumprimento se efetua pela abstenção do devedor, considera-se em mora o devedor desde o dia em que se executou a atividade a que se obrigara a não fazer (art. 390).⁵⁷ Nesta última hipótese, observe-se que, não obstante a topologia e redação do dispositivo, associadas a entendimento doutrinário tradicional, prevalece hoje a

⁵⁵ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 110-111. Na mesma direção, anotou-se em outra sede: “Aplica-se aqui analogicamente, em favor do credor, a norma contida no art. 400, Código Civil, que autoriza ao devedor, diante da mora do credor, a receber o bem pela estimação que lhe for mais favorável, se o valor oscilar entre o dia estabelecido para pagamento e o da sua efetivação” (TEPEDINO, Gustavo. O conceito de parte contratual em face dos princípios da obrigatoriedade dos pactos e da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. *Opiniões doutrinárias: novos problemas de direito privado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. v. III. p. 229).

⁵⁶ CC, art. 398. “Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou”.

⁵⁷ CC, art. 390. “Nas obrigações negativas do devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster”. A mora, neste caso, se transforma em inadimplemento absoluto se, pela natureza da obrigação e circunstâncias do negócio jurídico, as consequências da execução do ato não puderem mais ser desfeitas, perdendo o credor o interesse útil à abstenção do devedor. O Código de Processo Civil prevê que o juiz possa, a pedido do credor, determinar prazo para o desfazimento do ato pelo devedor (CPC, art. 822), sendo possível, ainda, a cominação de *astreintes* (CPC, arts. 536 e 814). No caso de recusa ou mora, o credor poderá requerer ao juiz o desfazimento do ato à custa do devedor, impondo-lhe ainda perdas e danos. Se impossível o desfazimento, há inadimplemento absoluto, extinguindo-se a obrigação com perdas e danos (CC, art. 825).

compreensão de que nem todo descumprimento de obrigação negativa acarreta necessariamente inadimplemento absoluto, franqueando-se ao credor muitas vezes pretender a execução específica da abstenção do devedor que ainda lhe interesse, como nos casos de obrigações de não concorrência e exclusividade.⁵⁸

Além dessas vicissitudes associadas ao agravamento do vínculo obrigacional, a mora acarreta, como segunda ordem de consequências, a *perpetuatio obligationis*, impedindo a liberação de quem nela se encontre até que haja a purgação da mora. Purgar a *mora* equivale a debelar o inadimplemento relativo, fazendo cessar, assim, o agravamento da dívida, com a assunção das perdas e danos e consectários da mora até a data do efetivo pagamento pelo devedor moroso ou o recebimento da prestação pelo credor refratário. A purgação pressupõe a preservação do interesse útil à prestação, pois, do contrário, como anteriormente ressaltado, a mora daria lugar ao inadimplemento absoluto, tornando inviável a sua cura. Pela mesma ordem de motivos, não será possível a purgação da mora se há cláusula resolutiva expressa, ou termo essencial, que levariam diretamente à resolução.

Por outro lado, não se confunde a purga da mora com as hipóteses de extinção da obrigação por meios diversos do pagamento, como nas hipóteses de novação ou renúncia à dívida, que eliminam os efeitos pretéritos e futuros da mora. Em contrapartida, a purgação da mora produz efeitos somente para o futuro (*ex nunc*), devendo-se oferecer, com a prestação, o ressarcimento dos prejuízos produzidos pela execução inexacta até a data da cura.

Sem purga da mora, seja pela inocorrência das providências necessárias a debelá-la, seja porque há termo essencial ou porque as circunstâncias fáticas, legais ou contratuais impedem a cura, tem-se caracterizado o inadimplemento absoluto. Nessa direção, o parágrafo único do art. 395 estabelece a diferença entre o inadimplemento relativo e o absoluto. Na linguagem do dispositivo: “Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos”. Como se vê, por decorrer da perda do interesse útil à prestação, autoriza-se o credor rejeitá-la, exigindo a satisfação das perdas e danos, com possível efeito extintivo da relação contratual na qual está inserida (art. 475).

A matéria exige especial atenção do intérprete nos casos em que, ausente termo essencial ou disposição contratual expressa, a persistência do atraso acaba por atingir a confiança e o patrimônio do credor, ainda que persista seu interesse em receber a prestação. Trata-se de encontrar delicado equilíbrio entre, de um lado, evitar o arbítrio do credor que pretende pôr fim ao contrato por atraso pouco significativo, e, de outro lado, não aprisionar o credor ao vínculo com o devedor

⁵⁸ Sobre o tema, entre outros, TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil: obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. v. 2. p. 89-90.

impontual que resiste a purgar a mora com presteza. Para debelar a incerteza dessa hipótese, o direito alemão⁵⁹ prevê a prerrogativa do credor de estipular prazo razoável para que o devedor purgue a sua mora (o chamado “prazo de cura” ou “período de graça”, em tradução de *Nachfrist*), findo o qual, não realizada a prestação, lhe é facultada a resolução extrajudicial do contrato.⁶⁰

Para ambos os cenários – seja mora ou inadimplemento absoluto – podem as partes precaverem-se com o recurso à cláusula penal. Trata-se de efeito associado, necessariamente, à inexecução imputável ao devedor. De fato, o art. 408, que inaugura o capítulo sobre cláusula penal do Código Civil, diferentemente da codificação anterior, prevê expressamente que somente incorre na pena convencional o devedor que não cumprir sua obrigação culposamente.⁶¹ Associou-se, de forma essencial, o surgimento da obrigação prevista na multa convencional ao inadimplemento da obrigação à qual ela acede. A expressão “culposamente” adotada no aludido art. 408, assim como na redação do art. 399, acima examinada,

⁵⁹ BGB, §323. “Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung. (1) Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten. [...]”. Em tradução livre: “Resolução por incumprimento ou por cumprimento não conforme com o contrato (1) Se, no caso de um contrato sinalagmático, o devedor não cumprir ou não cumprir em conformidade com o contrato, o credor pode rescindir o contrato se tiver fixado ao devedor, sem sucesso, um prazo razoável para o cumprimento ou cumprimento posterior”. Destaca-se que, a partir da reforma, se não houver impossibilidade, a mora só permite a resolução se decorrido o prazo fixado pelo credor para o cumprimento (EHMANN, Horst; SUSTSCHET, Holger. *La reforma del BGB*. Tradução de Claudia López Díaz e Ute Salach. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2006. p. 55).

⁶⁰ A figura foi incluída também em instrumentos internacionais, como a CISG, e é referida no direito italiano como *diffida ad adempiere*. O direito francês parece ter tomado rumo similar com a recente reforma: CCf, art. 1226 (*modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 – art. 2*): “Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure mentionne expressément qu’à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. Lorsque l’inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l’inexécution”. Em tradução livre: “O credor pode, por sua conta e risco, rescindir o contrato mediante pré-aviso. Exceto em caso de urgência, o credor deve notificar previamente o devedor em mora para que este cumpra a sua obrigação num prazo razoável. A notificação deve indicar expressamente que, se o devedor não cumprir a sua obrigação, o credor tem o direito de resolver o contrato. Se o incumprimento persistir, o credor notificará o devedor da resolução do contrato e das razões que a motivam. O devedor pode, a qualquer momento, recorrer à justiça para contestar a resolução. O credor deverá então provar a gravidade do incumprimento”. Afirma-se, assim, que a reforma mudou o sistema pelo qual a resolução exigia decisão judicial: o credor vítima do inadimplemento pode resolver o contrato com base não somente em cláusula resolutiva expressa, mas também por notificação fundada em inexecução suficientemente grave, devendo, salvo em caso de urgência, conceder ao devedor prazo razoável para purgar a mora (MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Droit des obligations*. 10. ed. Paris: L.G.D.J., 2018. p. 513). Sobre o tema, na experiência brasileira, cf. SOUZA, Amanda Guimarães Cordeiro de. *Período de graça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018).

⁶¹ CC, art. 408. “Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora”.

suscita dúvida quanto à sua adoção, de modo atécnico, no sentido de imputabilidade (subjéitiva ou objéitiva), ou à opção deliberada do legislador em circunscrever a cláusula penal à hipótese de inadimplemento culposo (imputabilidade subjéitiva).⁶² Em sentido contrário, todavia, argumenta-se que a cláusula penal se subordina à inexecução imputável (de modo subjéitivo ou objéitivo), aferida com a constituição em mora, devendo ser afastado, para sua deflagração, o requisito adicional da culpa, “em homenagem à coerência do sistema”.⁶³

Em tal perspectiva, o problema da imputabilidade no âmbito da cláusula penal só parece suscitar dificuldade quando se trata de obrigação com múltiplos devedores, em que nem todos agiram culposamente. Para evitar eventual incerteza, o legislador encaminhou o problema conforme a natureza da obrigação principal que ela garante. Se divisível, também a pena acessória deve ser fracionada, de modo que somente possa ser exigida do devedor culpado, e proporcionalmente à sua quota parte na dívida.⁶⁴ Se indivisível a obrigação principal, entretanto, facultou-se ao credor a opção entre exigir a pena integralmente do culpado ou proporcionalmente dos demais devedores, cabendo a estes o direito de regresso contra o culpado.⁶⁵

Não tratou o codificador especificamente da exigibilidade da cláusula penal por descumprimento imputável a somente um dos devedores solidários. No projeto original, Clovis Bevilacqua havia inserido a referência à solidariedade no dispositivo da cláusula penal. A referência foi retirada, o que foi aplaudido por João Luiz Alves, sob o argumento de se evitar confusão conceitual, já que a solidariedade era tratada em outros dispositivos. Bevilacqua, todavia, rebateu, entendendo que a supressão é que causaria confusão. Apesar do silêncio do legislador, como observado, prevalece o entendimento de que, ante a solidariedade dos devedores, a cláusula penal é exigível de qualquer um deles, mesmo dos não culpados. A interpretação condiz com o já exposto raciocínio de que a função indenizatória não é da

⁶² Este último entendimento é sustentado por MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2009. v. V. t. II. p. 634-635.

⁶³ TEPEDINO, Gustavo *et alli*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. 1. p. 750. Na mesma direção, admite-se a previsão de cláusula penal também para “hipóteses em que o inadimplemento independe de culpa, pois basta a constatação objétiva do descumprimento da obrigação”, quando a expressão culposamente “deve ser havida como noção de mera imputação” (BDINE JR., Hamid Charaf. *Código Civil comentado*. Coordenação de Cesar Peluso. 13. ed. São Paulo: Manole, 2019. p. 413).

⁶⁴ CC, art. 415. “Quando a obrigação for divisível, só incorre na pena o devedor ou o herdeiro do devedor que a infringir, e proporcionalmente à sua parte na obrigação”.

⁶⁵ CC, 414. “Sendo indivisível a obrigação, todos os devedores, caindo em falta um deles, incorrerão na pena; mas esta só se poderá demandar integralmente do culpado, respondendo cada um dos outros somente pela sua quota. Parágrafo único. Aos não culpados fica reservada a ação regressiva contra aquele que deu causa à aplicação da pena”.

essência da cláusula penal e que, diferentemente das perdas e danos, a obrigação prevista pela cláusula penal foi risco determinado voluntariamente assumido pelos demais codevedores.⁶⁶

No que tange ao dano, contudo, o legislador repetiu o modelo anterior, limitando-se a afirmar que para exigir a cláusula penal não é necessário que o credor alegue prejuízo.⁶⁷ A disposição ensejou a certa doutrina considerar que apenas seria dispensada a prova de dano pelo credor; embora estivesse autorizado o devedor, por outro lado, a eximir-se da pena comprovando a ausência de prejuízo do credor em decorrência do inadimplemento. O debate aqui se mistura à controvérsia acerca da função da cláusula penal: para aqueles que a reputam essencialmente ou predominantemente mecanismo indenizatório, a comprovada ausência de dano afastaria o cabimento desse instrumento ressarcitório.⁶⁸

Entretanto, partindo-se da premissa de que a cláusula penal pode desempenhar função indenizatória ou coercitiva, já se afasta a possibilidade de o dano, *de per se*, interferir em sua exigibilidade. Não obstante, ainda que se esteja diante de cláusula penal com função indenizatória, deve-se afastar o cabimento dessa “exceção de ausência de dano”, tendo em vista que abriria espaço para a longa e custosa discussão judicial sobre a extensão do dano, que a cláusula penal visava justamente a evitar. Parece haver aqui confusão entre a cláusula penal e a denominada “cláusula de indenização” (*liquidated damages clause, liquidazione convenzionale del danno, clause de dommages-intérêts, pauschalierter Schadensersatz*), esta sim condicionada à existência de dano, já que tem por função somente sua liquidação antecipada.⁶⁹ Nesse sentido, já se afirmou que a cláusula

⁶⁶ Conforme registrado por João Luiz Alves, o projeto final do Código Civil “firmou o princípio de que os devedores não culpados só respondem pela sua parte proporcional no valor da cláusula penal”. Além disso, “suprimiu também o texto a restritiva final do al. 1º do Projeto Clovis Bevilacqua, *por desnecessária*, desde que, sendo solidária a obrigação da cláusula penal, será ela regida pelos dispositivos dos arts. 904 e seguintes” (ALVES, João Luiz. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil anotado*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia Editores-Livreiros, 1926). A incisiva resposta de Clovis merece transcrição: “A contravenção de um só, quando a obrigação é indivisível, determina a cominação da pena a todos. Qualquer que seja a função da pena quando a obrigação indivisível se converte na indenização de prejuízos, torna-se, em regra, divisível, porque a indeminização se fará, ordinariamente, em dinheiro ou quantidade. Sendo divisível a obrigação de indenizar, cada um dos co-devedores responde pela sua quota, e, assim, cada um dos herdeiros. Mas, se a pena for indivisível, se consistir na perda de uma coisa determinada, indivisível, todos os co-obrigados a devem integralmente. O mesmo se dirá, quando a pena for estipulada com solidariedade. Por isso dizia o *Projecto primitivo* que, em regra, a pena só ao culpado podia ser pedida integralmente, ressalvando o caso da indivisibilidade, e o da solidariedade. Pareceram essas ressalvas ociosas a João Luiz Alves; mas a omissão delas é que poderia suscitar as dúvidas, que ele imaginou, se a doutrina e a jurisprudência não completarem o dispositivo” (BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Alves, 1934. v. IV. p. 77).

⁶⁷ CC, art. 416, *caput*: “Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo”.

⁶⁸ PINTO MONTEIRO, Antonio. Responsabilidade contratual: cláusula penal e comportamento abusivo do credor. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, 2004. p. 170.

⁶⁹ SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina, 2022. p. 79.

penal firma verdadeira “presunção absoluta de dano”.⁷⁰ Corrobora esse entendimento a previsão constante do parágrafo único do mesmo art. 416, segundo o qual o credor não pode pretender indenização suplementar comprovando dano superior à multa, se isso não tiver sido expressamente convencionado.⁷¹ Desse modo, enquanto de um lado a cláusula penal dispensa o credor de discutir e comprovar prejuízo, de outro lado, limita o montante indenizatório que ele pode pretender, já que, sem previsão contratual específica, não lhe seria franqueada a possibilidade de indenização suplementar.

5 Releitura da execução por terceiro e do desfazimento forçado nas obrigações de fazer e não fazer

Imputabilidade e dano colocam-se com especial destaque na disciplina dos riscos das obrigações de fazer e de não fazer. Além da diversidade de efeitos associados à dicotomia entre a resolução decorrente de impossibilidade e a obrigação de indenizar ligada à imputabilidade do devedor (isto é, a projeção nos contratos bilaterais da impossibilidade superveniente imputável ou não imputável), o codificador acrescentou dois remédios específicos: a execução por terceiro nas obrigações de fazer e o desfazimento forçado nas obrigações de não fazer. Na primeira hipótese, o art. 249 do Código Civil autoriza o credor, ante a mora ou recusa do devedor, a contratar terceiro para executar a prestação à custa dele. Na segunda hipótese, o art. 251 permite que o credor, realizada a conduta de que deveria o devedor se abster, exija o desfazimento pelo devedor, sob pena de também poder contratar terceiro para desfazer à custa dele. Em ambos os casos, a contratação do terceiro independe de prévia autorização judicial se houver urgência.

A admissão desses remédios insere-se historicamente no contexto de significativa resistência à execução forçada dessas obrigações. A intangibilidade da pessoa do devedor, cujo inadimplemento poderia atingir-lhe somente no patrimônio, era levada a extremo de privar o credor de qualquer mecanismo coercitivo que servisse a pressionar o devedor refratário à realização da conduta efetivamente devida. Indisposto o devedor a fazer o que lhe incumbia, a solução restringia-se ao pagamento de perdas e danos, sob pena de se reputar ferida sua

⁷⁰ Sobre o tema, seja consentido remeter a TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos sobre a cláusula penal a partir da superação da tese da dupla função. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 31, 2023. p. 363-364.

⁷¹ CC, art. 416. “[...] Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente”.

liberdade individual: *nemo potest cogi ad factum*.⁷² A única hipótese em que se admitia a execução específica consistia na adjudicação compulsória: negando-se o promitente vendedor à (obrigação de fazer traduzida na celebração do contrato de compra e venda para a) transferência do domínio, o diploma processual assegurava a substituição da sua vontade pela ordem judicial de adjudicação da propriedade ao promitente comprador.⁷³ A exceção vinha no esteio do significativo impacto social das promessas de compra e venda de imóveis, cuja legislação específica se contrapôs historicamente ao regime geral do Código Civil. Este, de fato, ao permitir o arrependimento de qualquer das partes mediante o ressarcimento de perdas e danos, conferia ao contratante com maior poder econômico relativa liberdade para descumprir os compromissos quando surgissem oportunidades mais convenientes.⁷⁴

A resistência à execução forçada pelo próprio devedor, em homenagem à sua liberdade individual, abria concessão a outro mecanismo de busca da satisfação efetiva do credor com a obtenção da prestação que lhe foi prometida, consistente na execução por terceiro.⁷⁵ Trata-se de operação substitutiva, já que terceiro realiza para o credor a prestação devida, que incumbia ao devedor, razão pela qual se justifica lhe transferir o custo econômico dessa substituição.

⁷² A regra encontrava-se expressamente prevista no Código Civil francês (CCf), art. 1142. “Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d’inexécution de la part du débiteur” (em tradução livre: “Toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos em caso de inexecução por parte do devedor”) – mas desde o início do século passado é objeto de crítica na própria doutrina francesa: “On voit qu’en définitive le législateur eût mieux fait de ne pas écrire la disposition de l’art. 1142. Si on la prend à la lettre, on lui attribue une portée qui est incompatible avec le respect dû aux conventions. Si on pénètre son esprit, on arrive à cette conclusion qu’elle est à peu près inutile, car, pratiquement, elle se résume en cette constatation que le créancier doit se contenter de dommages-intérêts quand il lui est impossible d’obtenir l’exécution en nature” (BAUDRY-LACANTINERIE, G.; BARDE, L. *Traité théorique et pratique de droit civil, XII, Des obligations*. 3. ed. Paris: Sirey, 1906. t. I. p. 473 – em tradução livre: “Vemos que, definitivamente, o legislador teria feito melhor em não escrever o disposto no art. 1142. Tomado ao pé da letra, atribui-se a ele um alcance incompatível com o respeito devido às convenções. Penetrando em seu espírito, chega-se à conclusão de que ele é quase inútil, pois, praticamente, se resume à observação de que o credor deve contentar-se com a indenização quando lhe for impossível obter a prestação em espécie”).

⁷³ CPC/1973 (Lei nº 5.869/1973), art. 466-B. “Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado” (incluído pela Lei nº 11.232, de 2005).

⁷⁴ Sobre o tema, seja consentido remeter a TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e disciplina do contrato preliminar no Código Civil brasileiro. In: BARBOSA, H.; SILVA, J. C. F. (Coord.). *A evolução do direito empresarial e obrigacional: 18 anos do Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. v. 2. p. 28.

⁷⁵ Afirmava Tito Fulgêncio: “Quer na primeira, quer na segunda hypothese não se attenda contra a regra – *nemo potest praecise cogi ad factum*, em nenhuma ha coacção directa à pessoa do devedor para fazer; na primeira, mandando fazer o trabalho por outro, arreda a pessoa do devedor, e obtm o cumprimento perfeito da obrigação; na segunda, o constrangimento recae sobre os bens, não sobre a pessoa do devedor” (FULGÊNCIO, Tito. *Das modalidades das obrigações*. In: LACERDA, Paulo de (Coord.). *Manual do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: São José, 1927. v. X. p. 127).

A operacionalização da execução por terceiro, todavia, disciplinada pelo legislador processual, tornou-se pouco eficaz para a satisfação do interesse do credor. Com efeito, o CPC1973, em sua versão original, exigia a realização de verdadeira licitação, com nomeação prévia de perito para avaliação e abertura de concorrência pública e, ainda assim, cumpria ao credor o adiantamento das custas ao terceiro.⁷⁶ A Lei nº 11.382/2006 simplificou o processo, instituindo o procedimento incorporado pelo CPC vigente, segundo o qual o credor adianta as quantias ao terceiro conforme proposta que ele apresentar e que, ouvidas as partes, o juiz houver aprovado.⁷⁷

Em termos práticos, todavia, deve-se constatar que essa opção dispensaria previsão específica, já que os gastos com a substituição da prestação não cumprida já configurariam danos emergentes indenizáveis, compondo as perdas e danos que seriam devidos pelo devedor inadimplente. Desse modo, o procedimento apresentado pela previsão processual serve somente a dar maior segurança quanto à indenizabilidade dessas verbas, mas, se o credor não tiver condições de arcar com os custos da substituição, a legislação não oferece amparo, salvo se ainda lhe incumbir contraprestação ao devedor sobre a qual possa efetuar compensação.⁷⁸ Assim, mesmo com a simplificação do procedimento processual, em comparação com os progressos relativos à execução específica, a execução por terceiro persiste submetida à regulação de limitada utilidade prática.⁷⁹

⁷⁶ CPC1973, art. 634. “Se o fato puder ser prestado por terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá decidir que aquele o realize à custa do devedor. §1º O juiz nomeará um perito que avaliará o custo da prestação do fato, mandando em seguida expedir editais de concorrência pública, com o prazo máximo de trinta (30) dias. §2º As propostas serão acompanhadas de prova do depósito da importância, que o juiz estabelecerá a título de caução. §3º No dia, lugar e hora designados, abertas as propostas, escolherá o juiz a mais vantajosa. §4º Se o credor não exercer a preferência a que se refere o art. 637, o concorrente, cuja proposta foi aceita, obrigará-se-á, dentro de cinco (5) dias, por termo nos autos, a prestar o fato sob pena de perder a quantia caucionada. §5º Ao assinar o termo, o contratante fará nova caução de vinte por cento (20%) sobre o valor do contrato. §6º No caso de descumprimento da obrigação assumida pelo concorrente ou pelo contratante, a caução, referida nos §§4º e 5º, reverterá em benefício do credor. §7º O exequente adiantará ao contratante as quantias estabelecidas na proposta aceita”. Nesse contexto, destacava Humberto Theodoro Jr.: “Esse quadro normativo frustra praticamente o direito de o credor tomar a iniciativa de levar adiante a obra inadimplida pelo executado, tal como lhe faculta o direito material (Código Civil, art. 249)” (THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. III. §312 – recurso eletrônico).

⁷⁷ CPC, art. 817. “Se a obrigação puder ser satisfeita por terceiro, é lícito ao juiz autorizar, a requerimento do exequente, que aquele a satisfaça à custa do executado. Parágrafo único. O exequente adiantará as quantias previstas na proposta que, ouvidas as partes, o juiz houver aprovado”.

⁷⁸ Carvalho de Mendonça ilustrava com os exemplos do locatário que abate do aluguel os custos com a remoção de árvore que fora prometida e não cumprida pelo locador e do dono da obra que desconta de parcela ainda pendente da empreitada os gastos com parte da reforma prometida e não cumprida pelo empreiteiro (MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911. p. 214-215).

⁷⁹ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. n. 227.2, recurso eletrônico.

O sistema brasileiro, ao menos no tocante ao direito material, aparentemente continua a reproduzir modelo estrangeiro que não se encontra mais em vigor. Com efeito, a inspiração do disposto no art. 249 do Código Civil parece residir na legislação original francesa, que trazia disposição redigida de forma bastante similar.⁸⁰ Entretanto, em modificação operada em 1991⁸¹ e consolidada pela recente reforma pela qual passou o direito das obrigações francês, foi modificada a disciplina da execução por terceiro com duas possibilidades. Permitiu-se, ao lado da prerrogativa de o credor recorrer à execução por terceiro sem prévia autorização judicial, arcando com os custos e pleiteando depois o ressarcimento contra o devedor, a possibilidade de o credor igualmente, se os custos foram razoáveis, requerer judicialmente, *ab initio*, a condenação do devedor a adiantar as custas para a contratação do terceiro.⁸² A autorização judicial deixa de ser requisito para a execução de terceiro, tornando-se necessária somente para o credor que pretenda a condenação do devedor ao adiantamento dos valores exigidos pelo terceiro.⁸³ A medida adotada pela legislação francesa, mais eficiente que a literalidade

⁸⁰ Previam originalmente os arts. 1143 e 1144 do CCf: art. 1143. “Néanmoins, le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l’engagement soit détruit; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts s’il y a lieu”; art. 1144. “Le créancier peut aussi, en cas d’inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l’obligation aux dépens du débiteur”. Em tradução livre: “Art. 1143. Não obstante, o credor tem o direito de exigir que seja destruído o que teria sido feito pelo descumprimento do compromisso; e poderá ser autorizado a destruí-lo às expensas do devedor, sem prejuízo de indenização e juros, se houver. Art. 1.144. O credor também pode, em caso de inadimplemento, ser autorizado a fazer ele mesmo cumprir a obrigação às expensas do devedor”.

⁸¹ *Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991*.

⁸² CCf, art. 1222. “Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l’obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin. Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction”. Em tradução livre: “Depois da constituição em mora, o credor poderá ainda, em prazo e a custo razoáveis, executar ele próprio a obrigação ou, com prévia autorização do juiz, destruir o que tiver feito em desacordo com ela. Pode pedir ao devedor o reembolso das quantias empenhadas para o efeito. Pode ainda requerer judicialmente que o devedor adiante as quantias necessárias a esta execução ou a esta destruição”.

⁸³ Destacava Denis Mazeaud sobre o projeto de reforma: “[...] Dans le code actuel, le créancier d’une obligation de faire peut, à condition d’obtenir l’autorisation préalable du juge, faire exécuter par un tiers l’obligation souscrite par le débiteur défaillant, aux frais de ce dernier. L’ordonnance modifie très sensiblement le mécanisme puisque, dans ce même cas de figure, le créancier insatisfait peut procéder de la même façon, mais sans demander une autorisation préalable au juge. Aussi, la faculté de remplacement sera-t-elle désormais unilatérale, du moins pour les obligations de faire” (MAZEAUD, Denis. Les sanctions de inexécution. In: BROS, Sarah (Coord.). *Les innovations de la réforme du droit des contrats*. Paris: Institut Universitaire Varenne, 2018. p. 92 – em tradução livre: “No código atual, o credor de obrigação de fazer pode, desde que obtenha autorização prévia do juiz, mandar executar por terceiro a obrigação contraída pelo devedor inadimplente, a expensas deste. A *ordonnance* modifica significativamente o mecanismo, pois, nesse mesmo cenário, o credor insatisfeito pode proceder da mesma forma, mas sem solicitar autorização prévia do juiz. Além disso, a opção de substituição passará a ser unilateral, pelo menos para as obrigações de fazer”).

do nosso procedimento legislado, não se mostra, todavia, avessa ao ordenamento brasileiro, sob a perspectiva da interpretação sistemática. Assim, em síntese, poderia o credor realizar a execução por terceiro às suas expensas independentemente de prévia autorização judicial ou urgência, recorrendo ao Judiciário para pretender do devedor o ressarcimento dos gastos com a contratação do terceiro, ou poderia ainda recorrer previamente ao Judiciário para não somente obter a autorização para a execução por terceiro, mas principalmente para a condenação do devedor a arcar *ab initio* com o custo da contratação do terceiro.⁸⁴

Traçado esse quadro, pode-se retomar o mote dessa investigação, principiando por avaliar se esses remédios pressupõem a caracterização de dano. A execução por terceiro, no âmbito das obrigações de fazer, é costumeiramente tida por forma de execução específica, que independe de caracterização de prejuízo ao credor.⁸⁵ Por exemplo, o médico que informa de manhã que não realizará no final do dia a cirurgia para a qual foi contratado pode ser substituído por terceiro a tempo de evitar qualquer prejuízo ao paciente que o contratou.

O desfazimento forçado, todavia, embora possa também resultar em execução por terceiro, como destaca a similar redação do dispositivo legal, costuma ser considerado forma de reparação *in natura*, já que, realizada a conduta de que prometera o devedor se abster, estaria consumado o dano, servindo o desfazimento do resultado material produzido como mecanismo de reparação desse dano.⁸⁶ Na doutrina francesa, entretanto, parece prevalecer o entendimento de que ele também seria uma forma de execução, independente do dano, especialmente ante sua configuração como opção do credor.⁸⁷ Com efeito, partindo da premissa de

⁸⁴ A despeito do silêncio do legislador, indica-se na doutrina processualista a conveniência de o magistrado, após a aprovação da proposta de contratação do terceiro, antes de demandar ao credor o adiantamento das quantias, intimar o devedor a realizar o pagamento em juízo do valor devido ao terceiro: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 335; DIDIER JR., Fredie *et al.* *Curso de direito processual civil*. Execução. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 5. p. 1050.

⁸⁵ Na doutrina processualista, é comum encontrar a referência à *execução por transformação* (entre outros, ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. §58, recurso eletrônico).

⁸⁶ Entre outros, NANNI, Giovanni Ettore. *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, [s.d.]. p. 405. Em sentido contrário, afirmava Tito Fulgêncio: “É direito de todo o credor obter a execução *in natura*, o cumprimento exacto da obrigação, seja positiva, seja negativa. Na primeira, a execução consiste na pratica do acto positivo que o devedor prometeu; na segunda, na pratica tambem do acto prometido, mas, como este era uma abstenção e não foi praticada, a execução em natureza remata-se no desfazimento do acto feito em contravenção a promessa” (FULGÊNCIO, Tito. *Das modalidades das obrigações*. In: LACERDA, Paulo de (Coord.). *Manual do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: São José, 1927. v. X. p. 132).

⁸⁷ CHONE-GRIMALDI, Anne-Sophie. Art. 1222. In: DOUVILLE, T. (Dir.). *La réforme du droit des contrats*. Issy-les-Moulineaux: Gualino, 2016. p. 225. Afirmam Philippe Malaurie e Laurent Aynès: “C’est une mesure d’exécution; elle s’impose même si aucun préjudice ne résulte de l’inexécution, sous réserve que le coût de la mesure ne soit pas manifestement disproportionné à son intérêt pour le créancier qui

que o inadimplemento não configura, por si só, um dano, seria possível conceber que a violação do dever de abstenção, mesmo gerando o resultado material a ser desfeito, pode não configurar prejuízo atual ao credor. Basta imaginar o exemplo recorrente do vizinho que constrói bloqueando a vista que prometera ao seu confiante. Se o credor ainda estava construindo um edifício no seu terreno, a violação da obrigação negativa pelo vizinho que bloqueia a vista ainda não chegou a prejudicá-lo, já que a obra ainda não está pronta. Todavia, encontra-se já legitimado a pretender o desfazimento forçado, com base no descumprimento da obrigação de não construir. Ou seja, tanto a execução por terceiro como o desfazimento forçado parecem ser remédios ensejados imediatamente pelo inadimplemento, ainda que não se tenha produzido dano ao credor.⁸⁸

A imputabilidade do devedor, por outro lado, costuma ser tida como requisito para essas medidas. Para o desfazimento forçado o legislador refere-se expressamente apenas à prática do ato cuja abstenção se esperava, mas se reconhece que, se essa prática não lhe é imputável – como a imposição do fazer por fato do príncipe – sequer poderá lhe ser imposta a obrigação de desfazer. Já no tocante à execução por terceiro, o dispositivo faz expressa referência à recusa ou mora do devedor, a sugerir que a imputabilidade do devedor seria requisito para a adoção desse remédio.

A questão acaba por recair na fungibilidade ou infungibilidade da prestação. Com efeito, a execução por terceiro é remédio tradicionalmente limitado à inexecução de obrigações de fazer fungíveis, embora a qualificação da obrigação quanto à fungibilidade não seja elemento ontológico da sua estrutura, senão reflexo da composição de interesses a que ela atende. Por esse motivo, a classificação exige a análise da obrigação sob perfil dinâmico e funcional. Dessa forma, é possível que o transcorrer do tempo, especialmente se atrasado o cumprimento, permita reputar fungível a obrigação originalmente infungível, em vista do interesse do credor.⁸⁹ Basta imaginar a peça teatral cuja abertura precisa ser postergada por

la réclame, comme en dispose l'article 1221 à titre général" (MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Droit des obligations*. 10. ed. Paris: L.G.D.J., 2018. p. 503 – em tradução livre: “É uma medida de execução; ela se impõe mesmo se nenhum prejuízo resultar da inexecução, desde que o custo da medida não seja manifestamente desproporcional ao seu interesse para o credor que a reclama, conforme previsto no artigo 1221 de forma geral”).

⁸⁸ Na doutrina processual, afirma Luiz Guilherme Marinoni: “a tutela que determina o desfazimento do que não deveria ter sido feito faz valer a obrigação de não-fazer, estabelecendo o seu adimplemento. Quem é obrigado a desfazer o que não deveria ter feito e obrigado a adimplir a obrigação de não-fazer e não a reparar um dano” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 290).

⁸⁹ A predominância do interesse do credor na avaliação de fungibilidade da prestação sobressai na disposição portuguesa, segundo a qual a infungibilidade decorre de acordo entre as partes ou de prejuízo ao credor: Código Civil português (CCp), art. 767^o, 2. “O credor não pode, todavia, ser constrangido a receber de terceiro a prestação, quando se tenha acordado expressamente em que esta deve ser feita pelo devedor, ou quando a substituição o prejudique”.

problema de saúde do ator principal, mas a demora no seu tratamento acaba por fazer o diretor preferir contratar outro ator para protagonizar o espetáculo; ou o paciente que prefere adiar a cirurgia para fazê-la com seu médico de confiança, que se viu impedido de chegar por problemas de transporte; e, posteriormente, opta por outro médico ao perceber que o retorno do cirurgião anteriormente eleito levaria mais tempo do que imaginado. Nesses casos, a impossibilidade temporária relativa à pessoa do devedor, que inviabilizava o cumprimento de forma absoluta e inimputável em razão da infungibilidade, coloca-se sob nova qualificação por conta do efeito da passagem do tempo sobre o interesse do credor, de modo a autorizar no caso concreto o remédio da execução por terceiro.⁹⁰

6 Fundamentos da distinção entre o regime das perdas e danos e dos juros pela inexecução imputável a somente um dos codevedores solidários

Os efeitos da inexecução imputável a apenas um dos codevedores solidários colocam um dilema ao legislador. Por um lado, estender a responsabilidade a todos pela culpa de um codevedor pode configurar injustiça significativa, agravando a situação dos não culpados para além do encargo já assumido. Por outro lado, restringir os efeitos ao culpado reduz sobremaneira a garantia do credor, que deveria ser resguardada pela solidariedade passiva. Ante essa dificuldade, o legislador brasileiro adotou posição peculiar: enquanto a impossibilidade da prestação por culpa de um devedor exonera os demais das perdas e danos, incumbindo-lhes somente responsabilidade pelo equivalente (CC, art. 279),⁹¹ no tocante aos juros, todos os devedores solidários são responsáveis perante o credor, sem prejuízo do direito ao reembolso contra o culpado em ação regressiva (CC, art. 280).⁹²

A distinção de regimes, estabelecida desde o Código Civil de 1916, parece sempre ter causado algum desconforto na doutrina. No que tange ao atual art. 279 do Código Civil (art. 908 da legislação anterior), a mera distinção entre

⁹⁰ Como explica Antunes Varella: “A fungibilidade da prestação interessa ainda à questão de saber quando é que a impossibilidade relativa à pessoa do devedor importa, por equiparação à impossibilidade *objectiva*, a extinção da obrigação (art. 791^º). A equiparação só se dá quando o devedor se não possa fazer substituir por terceiro no cumprimento da obrigação” (ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. I. p. 99).

⁹¹ CC, art. 279. “Impossibilitando-se a prestação por culpa de um dos devedores solidários, subsiste para todos o encargo de pagar o equivalente; mas pelas perdas e danos só responde o culpado”. Para uma análise do conceito de “equivalente”, v. NUNES DE SOUZA, Eduardo. O equivalente no direito das obrigações: uma proposta hermenêutica. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 12, n. 1, p. 1-69, 2023.

⁹² CC, art. 280. “Todos os devedores respondem pelos juros da mora, ainda que a ação tenha sido proposta somente contra um; mas o culpado responde aos outros pela obrigação acrescida”.

a responsabilidade solidária pelo equivalente e a responsabilidade exclusiva do devedor imputável pelas perdas e danos foi objeto de significativa controvérsia. Destacava-se que, integrando ambos o interesse do credor prejudicado, não haveria razão para a separação.⁹³ Sua raiz costuma ser atribuída a possível contradição entre textos romanos, com embates entre glosadores para conciliá-los, até que a solução da separação teria sido determinada pela primeira vez no Código Civil francês.⁹⁴ Ao propósito, a distinção entre a responsabilidade pelo equivalente (solidária) e pelas perdas e danos (exclusiva do devedor culpado) encontrava-se na versão original do art. 1205 do *Code*⁹⁵ (reproduzida também pelos códigos civis italiano⁹⁶ e português),⁹⁷ em que foi objeto de significativa controvérsia. Ressaltou-se, comumente, tratar-se de opção legislativa menos guiada pela lógica do que pela equidade.⁹⁸

⁹³ Segundo Tito Fulgêncio: “O preço da coisa ou *aestimatio rei*, o equivalente do nosso texto, bem como o *damnum*, perdas e *damnos* do texto, representam o interesse que o credor tinha na execução da obrigação, e, portanto, para ser completamente representado esse interesse, cumpre que um e outros se ajuntem. Nada justifica a diversidade da solução para os dois elementos” (FULGÊNCIO, Tito. *Das modalidades das obrigações*. In: LACERDA, Paulo de (Coord.). *Manual do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: São José, 1927. v. X. p. 306).

⁹⁴ Explica Carvalho de Mendonça: “Essa distinção entre o preço da coisa ou o equivalente da prestação e indenização de perdas e *damnos*, na solidariedade, é relativamente recente. [...] Tal disposição teve sua origem histórica na tentativa de conciliação de textos romanos entre si contraditórios. Entendiam uns que os efeitos da culpa dos *correi debendi* se estendia a todos: outros estabeleciam princípio contrário. Desde os glosadores até os precursores do Código Civil Francez, diversas tentativas foram feitas para operar a conciliação e a última entrou no domínio da lei francesa” (MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911. p. 355-356).

⁹⁵ CCf, art. 1205 (revogado). “Si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l’un ou de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont point déchargés de l’obligation de payer le prix de la chose; mais ceux-ci ne sont point tenus des dommages et intérêts. Le créancier peut seulement répéter les dommages et intérêts tant contre les débiteurs par la faute desquels la chose a péri, que contre ceux qui étaient en demeure”. Em tradução livre: “Se a coisa devida tiver perecido por culpa ou durante a mora de um ou mais dos devedores solidários, os outros codevedores não se eximem da obrigação de pagar o preço da coisa; mas estes não são responsáveis por perdas e danos. O credor só pode demandar as perdas e danos tanto contra os devedores culpados pelo perecimento ou que estavam em mora”.

⁹⁶ CCI, art. 1307. “(Inadempimento). Se l’adempimento dell’obbligazione è divenuto impossibile per causa imputabile a uno o più condebitori, gli altri condebitori non sono liberati dall’obbligo solidale di corrispondere il valore della prestazione dovuta. Il creditore può chiedere il risarcimento del danno ulteriore al condebitore o a ciascuno dei condebitori inadempienti”. Em tradução livre: “(Inadimplemento). Se o cumprimento da obrigação se tornar impossível por causa imputável a um ou mais codevedores, os outros codevedores não se exoneram da obrigação solidária de pagar o valor da prestação devida. O credor pode pedir a reparação dos danos ulteriores ao codevedor ou a cada um dos codevedores inadimplentes”.

⁹⁷ CCp, art. 520^a. “(Impossibilidade da prestação) Se a prestação se tornar impossível por facto imputável a um dos devedores, todos eles são solidariamente responsáveis pelo seu valor; mas só o devedor a quem o facto é imputável responde pela reparação dos danos que excedam esse valor, e, sendo vários, é solidária a sua responsabilidade”.

⁹⁸ Segundo Baudry-Lacantinerie e Barde, “Cette disposition est critiquée para beaucoup d’auteurs, et, nous le reconnaissons, la distinction qu’elle établit ne peut, au point de vue de la logique, se justifier. [...] Pourquoi la solution ne serait-elle pas la même pour les deux éléments? [...] Les rédacteurs du Code, trouvant dans Pothier la distinction entre le prix de la chose périée et les dommages-intérêts, ont cru devoir la reproduire. Telle est l’origine de la disposition de l’art. 1205. Beaucoup d’auteurs, nous l’avons dit, considèrent cette disposition comme illogique. Mais si, au point de vue des principes, leur appréciation est fondée, la décision du Code peut se justifier au point de vue de l’équité: Ne serait-il pas dur de faire

Talvez por conta das controvérsias, o dispositivo francês foi revogado pela recente reforma das obrigações, instituindo-se regra geral segundo a qual todos os devedores solidários respondem pelos efeitos da inexecução, ainda que, ao final, nas relações internas, o encargo recaia somente sobre o culpado.⁹⁹ Essa foi a orientação também no novo Código Civil argentino¹⁰⁰ e que já era a linha adotada pelo direito espanhol,¹⁰¹ no qual se fala de forma geral de “comunicação da culpa” em razão da solidariedade.¹⁰²

A dificuldade se intensifica no ordenamento brasileiro justamente pela previsão do art. 280 do Código Civil (art. 909 da legislação anterior) de que os juros da mora, ao contrário, podem ser exigidos de qualquer devedor solidário, ainda que o atraso seja imputável a somente um deles. O Código Civil francês, em sua redação

retomber intégralement sur les débiteurs innocents les conséquences de la faute de leur codébiteur?” (BAUDRY-LACANTINERIE, G.; BARDE, L. *Traité théorique et pratique de droit civil, XII, Des obligations*. 3. ed. Paris: Sirey, 1906. t. I. p. 337-338 – em tradução livre: “Esta disposição é criticada por muitos autores e, reconhecemos, a distinção que ela estabelece não pode, do ponto de vista da lógica, justificar-se. [...] Por que a solução não seria a mesma para os dois elementos? [...] Os redatores do Código, encontrando em Pothier a distinção entre o preço da coisa perecida e as perdas e danos, julgaram necessário reproduzi-la. Esta é a origem da disposição do art. 1205. Muitos autores, como dissemos, consideram esta disposição ilógica. Mas se, do ponto de vista dos princípios, a sua apreciação for fundamentada, a decisão do Código pode justificar-se do ponto de vista da equidade: Não seria difícil impor inteiramente aos devedores inocentes as consequências da culpa do seu codevedor”). No mesmo sentido, mais recentemente destacam os Mazeaud: “Cette restriction a été inspirée aux rédacteurs du Code civil para des considérations d’équité; ils n’ont pas voulu que les codébiteurs aient à supporter les conséquences d’une exécution tardive, alors qu’ils n’avaient par été mis en demeure d’exécuter. Elle est, d’ailleurs, conforme à l’idée dégagée par Doumoulin: la représentation ne doit pas avoir pour résultat d’augmenter la dette de chacun” (MAZEAUD, Henri *et al. Leçons de droit civil. Obligations: théorie générale*. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998. v. 1. t. II. p. 1110 – em tradução livre: “Essa restrição foi inspirada nos redatores do Código Civil por considerações de equidade; eles não queriam que os codevedores tivessem que arcar com as consequências do cumprimento tardio, quando não haviam sido notificados para cumprir. Coaduna-se, aliás, com a ideia expressa por Doumoulin: a representação não deve resultar no aumento da dívida de cada um”).

⁹⁹ CCf, art. 1319. “Les codébiteurs solidaires répondent solidairement de l’inexécution de l’obligation. La charge en incombe à titre définitif à ceux auxquels l’inexécution est imputable”. Em tradução livre: “Os devedores solidários respondem solidariamente pelo inadimplemento da obrigação. O ônus recai definitivamente sobre aqueles a quem o inadimplemento é imputável”.

¹⁰⁰ CCarg, art. 838. “Responsabilidad. La mora de uno de los deudores solidarios perjudica a los demás. Si el cumplimiento se hace imposible por causas imputables a un codeudor, los demás responden por el equivalente de la prestación debida y la indemnización de daños y perjuicios. Las consecuencias propias del incumplimiento doloso de uno de los deudores no son soportadas por los otros”. Em tradução livre: “Responsabilidade. A mora de um dos devedores solidários prejudica os demais. Se o cumprimento for impossibilitado por fato imputável a um codevedor, os demais respondem pelo equivalente à prestação devida e pela indenização dos danos e prejuízos. As consequências da violação dolosa de um dos devedores não são suportadas pelos outros”.

¹⁰¹ CCE, art. 1147. “Si la cosa hubiese perecido o la prestación se hubiese hecho imposible sin culpa de los deudores solidarios, la obligación quedará extinguida. Si hubiese mediado culpa de parte de cualquiera de ellos, todos serán responsables, para con el acreedor, del precio y de la indemnización de daños y abono de intereses, sin perjuicio de su acción contra el culpable o negligente”. Em tradução livre: “Se a coisa pereceu ou a prestação se tornou impossível sem culpa dos devedores solidários, extingue-se a obrigação. Se houve culpa de algum deles, todos responderão, perante o credor, pelo preço e indenização por perdas e danos e abono de interesses, sem prejuízo da sua ação contra o culpado ou negligente”.

¹⁰² DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2016. v. II. t. I. p. 122.

anterior, também determinava que a demanda de juros em face do devedor atingia todos os codevedores solidários, o que gerou objeções da doutrina, embora com a modificação do regime das perdas e danos a aparente incoerência tenha sido eliminada.¹⁰³ O argumento principal a favor da distinção era que os juros moratórios são previsíveis ao tempo da contratação, não sendo propriamente acréscimo à carga do devedor inocente.¹⁰⁴ Além disso, sustentava-se que, se a perspectiva de ter que arcar com os juros moratórios e só depois regredir contra o culpado for inconveniente demais para o codevedor inocente, ele poderia evitar a imposição dos juros arcando por conta própria com o adimplemento oportuno da dívida – embora se afirme que esse argumento foi levantado *a posteriori*, já que os legisladores teriam feito escolha de política legislativa em favor do credor.¹⁰⁵ Também na doutrina brasileira é possível encontrar o argumento de que os juros moratórios

¹⁰³ Trata-se do antigo art. 1207, atual art. 1314: “La demande d’intérêts formée contre l’un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l’égard de tous”. Em tradução livre: “A demanda de juros formulada contra um dos devedores solidários faz correr juros ante todos”.

¹⁰⁴ Tal é a justificativa de Clovis Bevilacqua, para quem “as perdas e danos, porém, já são um acréscimo à obrigação estipulada. É justo que recaiam, comente, sobre aquele que lhe deu causa” (BEVILACQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1958. v. IV, art. 908, p. 60).

¹⁰⁵ Explicam Planiol e Ripert: “Le Code a attribué à la solidarité un effet nouveau qu’elle ne produisait pas dans l’ancien droit. La demande d’intérêts formée contre l’un des codébiteurs les fait courir contre tous (art. 1207). Pothier décidait justement le contraire par application de l’idée de Dumoulin qu’il n’y a que celui qui est en demeure qui soit tenu des dommages dus en raison de son retard; son opinion était suivi par Bourjon et la plupart des autres. Les rédacteurs du Code ont ici abandonné l’opinion dominante pour suivre une opinion à peu près isolée émise par Henrys et approuvée par Bretonnier et par Ferrière. Les auteurs modernes expliquent que cette solution est conforme à l’idée d’un mandat donné *ad conservandum sed non ad augendam obligationem*. Ils disent que le cours des intérêts n’augmente pas la charge des autres codébiteurs, car si celui d’entre eux qui a été poursuivi le premier avait payé aussitôt le créancier, les intérêts courraient à son profit; dès lors qu’il importe à ses codébiteurs de payer ces intérêts à lui ou au créancier ? Si cette charge leur semble trop onéreuse, ils ont un moyen d’y mettre un terme en payant eux-mêmes le créancier puisque la dette est échue. C’est une explication très ingénieuse mais à laquelle les auteurs du Code n’ont certainement pas songé. Ils ont voulu tout simplement augmenter les avantages de la solidarité en permettant au créancier d’obtenir par une poursuite unique le même résultat que par des actions multiples” (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français – Obligations*. 2. partie. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1952. t. VII. p. 457-458 – em tradução livre: “O Código deu à solidariedade um novo efeito que não produzia na antiga lei. A demanda de juros feita contra um dos codevedores faz com que estes corram contra todos (art. 1207). Pothier decidiu exatamente o contrário, aplicando a ideia de Dumoulin de que somente aquele que está inadimplente é responsável pelos danos devidos em razão de seu atraso; sua opinião foi seguida por Bourjon e pela maioria dos outros. Os redatores do Código abandonaram aqui a opinião predominante para seguir uma opinião mais ou menos isolada expressa por Henrys e aprovada por Bretonnier e por Ferrière. Autores modernos explicam que esta solução é consistente com a ideia de um mandato dado *ad conservandum sed non ad augendam bonds*. Dizem que o curso dos juros não aumenta o ônus dos demais codevedores, pois se aquele dentre eles que foi demandado primeiro tivesse pago imediatamente ao credor, os juros correriam para seu benefício; portanto, o que importa aos seus codevedores pagar esses juros a ele ou ao credor? Se essa cobrança lhes parece muito onerosa, eles têm um meio de acabar com ela pagando eles mesmos ao credor, pois a dívida é devida. Esta é uma explicação muito engenhosa, mas na qual os autores do Código certamente não pensaram. Eles simplesmente queriam aumentar as vantagens da solidariedade, permitindo ao credor obter por uma única ação o mesmo resultado que por múltiplas ações”).

poderiam ter sido evitados pelo codevedor solidário inocente, razão pela qual ele responderia pelo acréscimo perante o credor.¹⁰⁶ O debate foi permeado pela ideia de que a solidariedade criaria sistema de representação recíproca, compreensão que hoje é reputada “mais engenhosa do que precisa”.¹⁰⁷

Prevaleceu, assim, na reforma do direito obrigacional francês, a responsabilidade de todos pelos efeitos da inexecução, como observado.¹⁰⁸ Pesou para a alteração legislativa a reiterada crítica à incoerência do regime das perdas e danos: se o objetivo era reforçar a posição do credor, permitindo-lhe haver de qualquer devedor os efeitos da inexecução, que seriam imputados, em última instância, somente ao culpado, não se justificaria não permitir também demandar de qualquer deles o ressarcimento pelas perdas e danos.¹⁰⁹ A crítica parte da premissa

¹⁰⁶ FULGÊNCIO, Tito. *Das modalidades das obrigações*. In: LACERDA, Paulo de (Coord.). *Manual do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: São José, 1927. v. X. p. 312; RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral das obrigações*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1997 v. 2. p. 79.

¹⁰⁷ MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Droit des obligation*. 10. ed. Paris: L.G.D.J., 2018. p. 760.

¹⁰⁸ MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Droit des obligation*. 10. ed. Paris: L.G.D.J., 2018. p. 761.

¹⁰⁹ Assim explicam Baudry-Lacantinerie e Barde: “Plusieurs auteurs pensent même qu’on peut justifier au point de vue juridique la disposition de l’art. 1207, alors même qu’on fait dériver la représentation réciproque des codébiteurs d’un mandat qu’ils sont réputés s’être donné *ad pertuandam*, non *ad augendam obligationem*. Ils raisonnent ainsi: D’abord, du moment que le législateur règle à forfait les dommages-intérêts qui seront dus pour le retard dans l’exécution des obligations de sommes d’argent, on peut dire que les débiteurs solidaires ont consenti, par une clause pénale tacite, à devoir les intérêts par cela seul que ceux-ci auront été demandés à l’un d’entre eux. Ainsi, dès le moment où naît l’obligation, elle comprend éventuellement la dette d’intérêts. C’est, d’ailleurs, nécessaire pour que la solidarité atteigne son but, car ce but est de permettre au créancier d’obtenir, en agissant contre un seul codébiteur, les mêmes résultats que s’il agissait contre tous. Mais, à notre avis, la disposition de l’art. 1207 ne concorde pas avec celle de l’art. 1205. Les intérêts moratoires ne sont pas autre chose que des dommages-intérêts alloués à raison du retard apporté à l’exécution de l’obligation. Dans le cas de l’art. 1205, les dommages-intérêts ne sont pas à la charge des codébiteurs qui n’ont pas été mis en demeure. Logiquement, il devrait en être de même dans l’hypothèse prévue para l’art. 1207. Si, dans le premier cas, le législateur s’est prononcé comme il l’a fait, c’est parce que la demeure de l’un des coobligés ne doit pas augmenter l’obligation à l’égard des autres. Le même motif devrait le conduire à décider que le débiteur en demeure serait seul tenu des intérêts moratoires. On dit que la disposition de l’art. 1207 est nécessaire pour que la solidarité atteigne son but, qui est de permettre au créancier d’obtenir, en poursuivant un seul des codébiteurs, les mêmes résultats que s’il agissait contre tous. Mais la disposition de l’art. 1205 suppose qu’en matière de dommages-intérêts, le législateur n’a pas admis ce point de vue. Donc, si l’on rapproche l’une de l’autre les dispositions des art. 1205 et 1207, on doit reconnaître qu’elles sont disparates” (BAUDRY-LACANTINERIE, G.; BARDE, L. *Traité théorique et pratique de droit civil, XII, Des obligations*. 3. ed. Paris: Sirey, 1906. t. I. p. 342-343 – em tradução livre: “Vários autores chegam a pensar que é possível justificar do ponto de vista jurídico a previsão do art. 1.207, ainda que a representação recíproca dos codevedores decorra de mandato que se presume terem-se dado *ad pertuandam*, e não *ad augendam obligationem*. Assim raciocinam: Em primeiro lugar, desde que o legislador pague as indenizações que serão devidas pela mora no cumprimento das obrigações de quantias em dinheiro, pode dizer-se que os devedores solidários consentiram, por tácita sanção cláusula, a dever os juros pelo simples fato de estes terem sido solicitados a um deles. Assim, a partir do momento em que surge a obrigação, esta pode incluir os juros da dívida. Isto é, de resto, necessário para que a solidariedade alcance o seu fim, porque esse fim é permitir ao credor obter, agindo contra um único codevedor, os mesmos resultados que teria se atuasse contra todos. Mas, a nosso ver, o disposto no art. 1207 é incompatível com o do art. 1.205. Os juros de mora nada mais são do que a indenização concedida pelo atraso no cumprimento da obrigação. No caso do art.

de que, tanto as perdas e danos como os juros teriam papel indenizatório, o que contrastaria com a distinção de regimes.

A perspectiva funcional mostra-se, com efeito, a mais apropriada para avaliação da distinção normativa. Embora seja incontroversa a função essencialmente indenizatória das perdas e danos, o mesmo não se pode afirmar no que tange aos juros moratórios. Discute-se em doutrina se os juros moratórios servem somente a indenizar o credor pela privação injustificada de sua prestação ou se desempenhariam ainda papel coercitivo, de modo a compelir o devedor a cumprir e sancionar eventual enriquecimento sem causa decorrente da retenção da prestação.¹¹⁰ Dessa forma, não sendo da essência dos juros moratórios a função indenizatória própria das perdas e danos, a distinção de regime poderia justificar-se.

Essa abordagem permite igualmente compreender porque, mesmo sem expressa previsão legal, a doutrina brasileira costuma reconhecer que todos os devedores solidários respondem pela cláusula penal, ainda que a inexecução seja imputável somente a um deles.¹¹¹ A cláusula penal, dessa forma, segue o mesmo regime dos juros moratórios, em lugar do regime aplicável às perdas e danos, porque, ainda que possa vir a desempenhar função indenizatória, esta não é da sua essência, já que o regime normativo aplicável à multa contratual no Brasil compreende tanto as cláusulas com função indenizatória como aquelas com função coercitiva.

7 Projeções das vicissitudes da relação obrigacional sobre o contrato sinalagmático: exceção de contrato não cumprido e resolução

O inadimplemento absoluto da prestação, na doutrina brasileira recente, tem propiciado certa sobreposição conceitual com o descumprimento do contrato, embora tais noções se diferenciem. A rigor, a extinção da relação obrigacional,

1.205, a indenização não é devida pelos devedores que não tenham sido inadimplentes. Logicamente, o mesmo deveria ocorrer na hipótese prevista no art. 1.207. Se, no primeiro caso, o legislador assim se pronunciou, é porque a residência de um dos coobrigados não deveria aumentar a obrigação em relação aos demais. A mesma razão deveria levá-lo a decidir que o devedor faltoso seria o único responsável pelos juros de mora. Diz-se que o disposto no art. 1.207 é necessário para que a solidariedade alcance seu objetivo, que é permitir que o credor obtenha, processando apenas um dos codevedores, os mesmos resultados como se estivesse agindo contra todos eles. Mas a disposição do art. 1.205 assume que o Parlamento não aceitou esta visão em danos. Portanto, se lermos juntas as disposições dos ss. 1.205 e 1.207, devemos reconhecer que são díspares”).

¹¹⁰ TEPEDINO, Gustavo; VIÉGAS, Francisco. Notas sobre o termo inicial dos juros de mora e o artigo 407 do Código Civil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 1, p. 59-60, mar. 2017.

¹¹¹ Entre tantos, FULGÊNCIO, Tito. *Das modalidades das obrigações*. In: LACERDA, Paulo de (Coord.). *Manual do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: São José, 1927. v. X. p. 308; SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. II. p. 157.

quando inserida em contrato sinalagmático, produzirá consequências específicas, podendo resultar inclusive na extinção do contrato, sem, contudo, que ambas as noções sejam equivalentes. Isto porque poderá haver inadimplemento absoluto da prestação (*ex vi* art. 395, parágrafo único) sem que haja reflexo na extinção do programa contratual.

De tal circunstância decorre que as repercussões da mora e do inadimplemento absoluto da prestação, por perda do interesse útil pelo credor – as vicissitudes decorrentes da mora, a execução específica e a pretensão ressarcitória – guardam autonomia conceitual e não coincidem com os instrumentos oferecidos ao contratante para a preservação, suspensão de efeitos e extinção do contrato por inadimplemento imputável ao outro contratante. As diretrizes e reformas encontradas no direito europeu parecem enfatizar essa distinção, apartando a violação de deveres obrigacionais da eventual resolução, que dependerá de elementos adicionais, como a existência de cláusula resolutiva expressa, concessão de prazo sem a purgação da mora ou o impacto do inadimplemento na causa do contrato (inadimplemento essencial, suficientemente grave).¹¹² Imagine-se, a título ilustrativo, a contratação de empreitada complexa, como a construção de usina hidrelétrica, em que o empreiteiro pode vir a não cumprir oportunamente uma das obrigações que lhe cabem (por exemplo, a instalação de torre de controle que seria útil, mas não essencial), ao ponto de perder o dono da obra o interesse em que fosse realizada, sem que isso implique a extinção do interesse na obra como um todo.

Além disso, enquanto os efeitos examinados se associam à imputabilidade do devedor pela inexecução da obrigação – como as perdas e danos, os juros e o agravamento da responsabilidade pela superveniente impossibilidade da prestação –, os remédios tipicamente vinculados ao caráter sinalagmático do contrato prescindem da imputabilidade, decorrendo da mera inexecução, como a resolução e a exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*). Ao projetar-se para o plano contratual a inexecução da prestação, para além das consequências sobre a relação obrigacional, autoriza-se o contratante a valer-se da exceção de contrato não cumprido (art. 476 do Código Civil),¹¹³ de modo a suspender os efeitos de prestações sinalagmáticas. À invocação da *exceptio* bastam a coetaneidade (ou simultaneidade) e a correspectividade (ou sinalagmaticidade) entre a obrigação descumprida e aquela cujo cumprimento se pretende reter, ou seja, que, além do descumprimento anterior da contraprestação (“justificante”), ela esteja em nexo de reciprocidade com aquela obrigação que

¹¹² Ilustrativamente, BGB, §§323 e 324, Ccf, art. 1224 e ss.

¹¹³ Art. 476. “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

se pretende reter.¹¹⁴ Consequentemente, não é a inexecução de qualquer obrigação inserida em contrato sinalagmático que autoriza a invocação da exceção de contrato não cumprido, mas somente daquela cujo cumprimento dava causa à obrigação que se pretende não cumprir.¹¹⁵ Por outro lado, não é necessário que o descumprimento dessa obrigação seja imputável ao seu devedor, visto que o remédio se volta menos à tutela do crédito em si considerado e mais à proteção do equilíbrio contratual materializado no sinalagma.¹¹⁶ Recuperando-se o exemplo citado, a retenção da contraprestação pela torre de controle na usina pressuporia demonstrar sua sinalagmaticidade, mas independeria de comprovação de que era imputável o devedor pela demora na sua construção.

Da mesma forma, a inexecução definitiva da obrigação autorizará a resolução do contrato bilateral em que se insere, a depender não da imputabilidade do devedor, mas de seu impacto sobre o programa contratual.¹¹⁷ Mesmo consolidado o entendimento na experiência brasileira (ao contrário do caminho que vem se desenhando na legislação europeia) de que a impossibilidade do objeto levaria automaticamente à extinção do negócio – invalidando-o se originária, resolvendo-o se superveniente –, deve atentar o intérprete para o efeito da obrigação sobre o negócio como um todo, distinguindo o objeto deste ante o objeto daquela. Se imputável ao devedor a inexecução, além das já expostas prerrogativas que o inadimplemento atribui ao credor, reconhece-se ao contratante inocente a faculdade de resolver o contrato, conforme a falta dessa obrigação inquiere o negócio como um todo.¹¹⁸

¹¹⁴ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 986.

¹¹⁵ Explica Pontes de Miranda: “[...] nem todas as dívidas e obrigações que se originam dos contratos bilaterais são dívidas e obrigações bilaterais, em sentido estrito, isto é, em relação de reciprocidade. A contraprestação do locatário é o aluguel; porém não há sinalagma no dever de devolução do bem locado, ao cessar a locação, nem na dívida do locatário por indenização de danos à coisa, ou na dívida do locador por despesas feitas pelo locatário. A bilateralidade – prestação, contraprestação – faz ser bilateral o contrato; mas o ser bilateral o contrato não implica que todas as dívidas e obrigações que dele se irradiam sejam bilaterais” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualização de Nelson Nery Junior e Rosa Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. XXXIII. p. 206).

¹¹⁶ Destaca Miguel Maria de Serpa Lopes: “A circunstância de ter ou não havido culpa ou dolo por parte do autor exceto, é indiferente, pois que o dolo ou a culpa não são elementos essenciais à sua arguição. Tudo quanto se requer é o fato de ter o autor acionado a outra parte contratante sem, preliminarmente, haver realizado a prestação que concomitantemente lhe cumpria efetuar” (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções substanciais*: exceção de contrato não cumprido. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 284).

¹¹⁷ Tal perspectiva é desenvolvida por AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* – Resolução. 2. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Aide, 2004, ao longo da obra, apresentando a resolução como consequência de fato superveniente à celebração do contrato, com efeito extintivo sobre a relação bilateral.

¹¹⁸ Tal o pensamento extraído de Pontes de Miranda, com as referências aos artigos do Código Civil anterior, equivalentes aos preceitos atuais do Código Civil de 2002, assim redigido: “há, nos contratos bilaterais, a) a pretensão à prestação devida *mais* a pretensão às perdas e danos pela mora (art. 956); b) a pretensão à indenização total (falta da prestação *mais* perdas e danos pela mora), que o credor, se não tem interesse na prestação (art. 956, parágrafo único, *verbis* ‘se tornar inútil ao credor’), pode preferir; ou, sempre, por em alternativa a favor do devedor; c) exercível a seu libito, a pretensão à resolução do contrato bilateral

Oferece-se, então, ao contratante que não está em mora as providências indicadas no art. 475 do Código Civil, com previsão normativa inovadora em relação à codificação anterior, nos seguintes termos: “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”. Contra a interpretação de que se abriria ao credor a alternativa entre a execução específica ou a resolução, em moldes similares ao que ocorre no art. 410 relativo à cláusula penal, afirma-se que o dispositivo tem por suporte fático já o inadimplemento absoluto, de modo que a escolha do credor se daria entre exigir o equivalente pecuniário da obrigação inadimplida (cumprindo a sua em reverso) ou resolver o contrato ficando de todo exonerado.¹¹⁹

Deve-se ter atenção, todavia, para dois aspectos cruciais à compreensão da controvérsia. Em primeiro lugar, para a aludida distinção efetuada pelo codificador entre o plano obrigacional e aquele contratual, podendo-se, portanto, assim ler o dispositivo do art. 475:

A parte lesada pelo *inadimplemento absoluto da prestação* pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir o cumprimento (*da obrigação definitivamente inadimplida, que se tornou impossível, por seu equivalente*), cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Em segundo lugar, para a perigosa associação em abstrato, e de forma geral, entre a opção adotada pelo credor e a forma indenizatória cabível, ou seja, interesse positivo ou negativo.¹²⁰ Parece possível atribuir ao comando emanado pelo

(art. 1.092, parágrafo único)” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualização de Nelson Nery Junior e Rosa Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. XXXIII. p. 261).

¹¹⁹ Tal era o pensamento de BESSONE, Darcy. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 117. A crítica à sua concepção é atribuída a “dois equívocos que andam juntos: a confusão entre os suportes fáticos que ensejam a execução específica e a resolução, e a questionável interpretação da expressão “preferir exigir-lhe o cumprimento” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 18, out./dez. 2018. p. 51-52).

¹²⁰ Em crítica à associação, afirma Menezes Cordeiro: “A ideia de que, havendo resolução, não faria sentido optar pelo interesse positivo ou do cumprimento... por se ter desistido do contrato é puramente formal e conceitual. Com efeito, o incumprimento acarreta danos. Perante eles, há que prever uma indenização integral. A pessoa que resolva o contrato apenas tenciona libertar-se da prestação principal que lhe incumbia: não pretende, minimamente, desistir da indenização a que tenha direito. A regra é, pois, sempre a mesma, simples e justa: o incumprimento, que se presume culposo, obriga a indenizar por todos os danos causados. Ficarão envolvidos os danos negativos ou de confiança e danos positivos ou de cumprimento, cabendo, caso a caso, verificar até onde vão uns e outros” (MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Tratado de direito civil*. Direito das obrigações – Introdução sistema e direito europeu – Dogmática geral. Coimbra: Almedina, 2012. v. VI. p. 163).

art. 475 espectro de incidência mais tímido que aquele que lhe tem sido atribuído, ou seja, o dispositivo limita-se a estabelecer o direito potestativo à escolha, pelo contratante, do mecanismo extintivo – resolutório ou com a execução pelo valor equivalente à prestação inadimplida, sem que tivesse pretendido o codificador, no mesmo preceito, definir, para cada uma das opções de extinção, as formas indenizatórias pelo interesse positivo e negativo. Tal definição, muito provavelmente, como tem se orientado a jurisprudência, subordina-se ao material probatório disponível no caso concreto, sendo indubitavelmente mais fácil, e por isso mais frequente, a comprovação dos interesses negativos do que dos interesses positivos a que necessariamente faria jus o contratante com a extinção do contrato. Em particular, havendo previsão de cláusula penal compensatória, deve-se ter em vista o cenário ao qual ela se destina (no mais das vezes subordinado à resolução), sob pena de a sobreposição de planos conturbar os resultados obtidos, ensejando inquietante acumulação dos efeitos da execução integral do contrato com a responsabilidade por sua extinção.

8 Apontamentos conclusivos

O aprofundamento setorizado nos efeitos da inexecução da obrigação não pode prescindir do constante olhar do estudioso para o sistema como um todo, de modo a assegurar harmonia e coerência nas escolhas legislativas e interpretativas. O sistema brasileiro relativo à patologia das relações obrigacionais parte da distinção entre os efeitos decorrentes da inexecução da prestação e aqueles associados à imputabilidade do devedor, mesmo diante do alargamento desse nexo de atribuição pelo processo de objetivação da responsabilidade civil. Nesta seara, aborreu-se a excludente de responsabilidade por caso fortuito, temperada pela internalização dos riscos intrínsecos à atividade do devedor, bem como a liberação do devedor pela impossibilidade, conceito relativizado pela boa-fé para incorporar a proporcionalidade dos esforços para o cumprimento da prestação.

Associados à imputabilidade do devedor, encontram-se os efeitos da mora, na acepção peculiar empregada pelo legislador brasileiro, que compreende a execução inexata da obrigação. Nesse âmbito, a liberação da responsabilidade pela prestação, a despeito da tumultuada redação do dispositivo legal, associa-se somente à difícil prova da causa virtual, eis que se inimputável sequer estaria o credor em mora. Da mesma forma, a perda do interesse que converte a mora em inadimplemento absoluto deve ser interpretada com atenção, de modo a equilibrar o risco de extinção arbitrária da obrigação pelo credor em virtude de atraso pouco significativo com a liberação do credor do vínculo com o devedor impontual que resiste a purgar a mora.

Entre os remédios especiais à mora, destacou-se a execução por terceiro e o desfazimento forçado que, a despeito da recente simplificação processual, persistem operacionalizados com limitada utilidade prática, exigindo do intérprete interpretação dinâmica e funcional da própria categoria da fungibilidade. Ainda na seara dos efeitos da mora, observou-se como o inadimplemento imputável a somente um dos devedores solidários enseja distinção de tratamento entre perdas e danos, juros e cláusula penal conforme sua função indenizatória ou coercitiva. No tocante à multa contratual, destacou-se sua associação intrínseca à imputabilidade do devedor, mas dissociada da discussão sobre o dano sofrido pelo credor.

Enfim, observou-se que as repercussões do inadimplemento da obrigação – como as perdas e danos, os juros e o agravamento da responsabilidade pela superveniente impossibilidade da prestação – guardam autonomia conceitual ante os remédios tipicamente vinculados ao caráter sinalagmático do contrato, que prescindem da imputabilidade, decorrendo da mera inexecução, como a resolução e a exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*).

Referências

- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* – Resolução. 2. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Aide, 2004.
- ALVES, João Luiz. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil anotado*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia Editores-Livreiros, 1926.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. I.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. reimpr. da 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004. v. II.
- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G.; BARDE, L. *Traité théorique et pratique de droit civil, XII, Des obligations*. 3. ed. Paris: Sirey, 1906. t. I.
- BDINE JR., Hamid Charaf. *Código Civil comentado*. Coordenação de Cesar Peluso. 13. ed. São Paulo: Manole, 2019.
- BESSONE, Darcy. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1953. v. I.
- BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Alves, 1934. v. IV.
- BEVILAQUA, Clovis. *Direito das obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.
- BRECCIA, Umberto. *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*. Milano: Giuffrè, 1968.

- CABELLA PISU, Luciana. Dell'impossibilità sopravvenuta (art. 1.463-1466). In: GALGANO, Francesco (A cura di). *Commentario del codice civile Scialoja-Branca Libro quarto – delle obbligazioni*. Bologna-Roma: Zanichelli-Foro Italiano, 2002.
- CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil interpretado principalmente do ponto de vista prático*. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1936.
- CHONE-GRIMALDI, Anne-Sophie. Art. 1222. In: DOUVILLE, T. (Dir.). *La réforme du droit des contrats*. Issy-les-Moulineaux: Gualino, 2016.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. reimpr. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexu causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DIDIER JR., Fredie et al. *Curso de direito processual civil*. Execução. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 5.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2016. v. II. t. I.
- EHMANN, Horst; SUSTSCHET, Holger. *La reforma del BGB*. Tradução de Claudia López Díaz e Ute Salach. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2006.
- FULGÊNCIO, Tito. *Das modalidades das obrigações*. In: LACERDA, Paulo de (Coord.). *Manual do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: São José, 1927. v. X.
- FUNK, Fritz. *Commentaire du Code Fédéral des obligations*. Genève: Delachaux & Niestlé, 1930.
- KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. A contratualização do fortuito: reflexões sobre a alocação negocial do risco de força maior. In: TERRA, A. M. V.; GUEDES, G. S. C. (Coord.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 56-58. v. 2.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. t. I.
- MALAUURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Droit des obligation*. 10. ed. Paris: L.G.D.J., 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2009. v. V. t. II.
- MAZEAUD, Denis. Les sanctions de inexécution. In: BROS, Sarah (Coord.). *Les innovations de la réforme du droit des contrats*. Paris: Institut Universitaire Varenne, 2018.
- MAZEAUD, Henri et al. *Leçons de droit civil*. Obligations: théorie générale. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998. v. 1. t. II.
- MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911.
- MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Tratado de direito civil*. Direito das obrigações – Introdução sistema e direito europeu – Dogmática geral. Coimbra: Almedina, 2012. v. VI.

- NANNI, Giovanni Ettore. *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, [s.d.].
- NUNES DE SOUZA, Eduardo. O equivalente no direito das obrigações: uma proposta hermenêutica. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 12, n. 1, p. 1-69, 2023.
- OSTI, Giuseppe. Impossibilità sopravveniente. In: *Novissimo digesto italiano*, VIII. 3. ed. Torino: Utet, 1962.
- PALADINI, Mauro. L'estinzione dell'obbligazione negli incerti confini tra doverosità dell'adempimento e inesigibilità della prestazione. In: PALADINI, Mauro (Coord.). *L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento*. Torino: Utet, 2010.
- PASSARO, Emanuele. L'impossibilità sopravvenuta della prestazione. In: PALADINI, Mauro (Coord.). *L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento*. Torino: Utet, 2010.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 11. ed. atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2016.
- PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 5. ed. Napoli: ESI, 2005.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PINTO MONTEIRO, Antonio. Responsabilidade contratual: cláusula penal e comportamento abusivo do credor. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, 2004.
- PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français – Obligations*. 2. partie. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1952. t. VII.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualização de Nelson Nery Junior e Rosa Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. XXXIII.
- ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001.
- SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina, 2022.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. II.
- SOUZA, Amanda Guimarães Cordeiro de. *Período de graça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- TEPEDINO, Gustavo *et alli*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. 1.
- TEPEDINO, Gustavo. O conceito de parte contratual em face dos princípios da obrigatoriedade dos pactos e da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. *Opiniões doutrinárias: novos problemas de direito privado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. v. III.
- TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos sobre a cláusula penal a partir da superação da tese da dupla função. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 31, 2023.
- TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e disciplina do contrato preliminar no Código Civil brasileiro. In: BARBOSA, H.; SILVA, J. C. F. (Coord.). *A evolução do direito empresarial e obrigacional: 18 anos do Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. v. 2.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil: obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. v. 2.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. v. 4.

TEPEDINO, Gustavo; VIÉGAS, Francisco. Notas sobre o termo inicial dos juros de mora e o artigo 407 do Código Civil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 1, p. 59-60, mar. 2017.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 18, out./dez. 2018.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. III.

THÉVENOZ, Luc; WERRO, Franz (Coord.). *Commentaire Romand – Code des obligations I*. Genève: Helbing & Lichtenhahn, 2003.

VON TUHR, Andreas. *Partir générale du Code fédéral des Obliations*. Lausanne: G. Vaney-Burnier, 1929. v. 1.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Inexecução das obrigações e suas vicissitudes: ensaio para a análise sistemática dos efeitos da fase patológica das relações obrigacionais. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 32, n. 3, p. 159-200, jul./set. 2023. DOI: 10.33242/rbdc.2023.03.009.

Recebido em: 21.08.2023

Aprovado em: 22.08.2023