

ASPECTOS RELEVANTES DO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES

Rafael Medeiros Antunes Ferreira¹

RESUMO: Este artigo discorre sobre alguns aspectos relevantes a respeito do inadimplemento das obrigações, com ênfase nos institutos das perdas e danos, juros moratórios, cláusula penal e arras.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil. Perdas e danos. Juros moratórios. Cláusula penal. Arras.

1 INTRODUÇÃO

Quando se fala em inadimplemento das obrigações, a mora é o tema mais comentado e estudado. No entanto, há outros institutos importantes que possuem larga aplicação prática.

No presente trabalho, abordaremos alguns aspectos relevantes a respeito do inadimplemento das obrigações, com ênfase nos institutos das perdas e danos, juros moratórios, cláusula penal e arras.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 PERDAS E DANOS

As perdas e danos estão reguladas nos artigos 402 a 405 do Código Civil e dividem-se em danos emergentes e lucros cessantes.

As definições de dano emergente e lucro cessante estão previstas no art. 402 do Código Civil. Dano emergente é aquilo que a pessoa “efetivamente perdeu”, é sinônimo de dano positivo. Lucro cessante é aquilo que a pessoa “razoavelmente deixou de lucrar”.

¹ Juiz de Direito do Estado de Pernambuco. Ex-membro do Ministério Público de Minas Gerais.

Em regra, as perdas e danos abrangem os prejuízos comprovados, com as seguintes exceções, nas quais não se exige a demonstração do prejuízo: cláusula penal (artigos 408 e 416 do Código Civil), juros moratórios (artigos 404 e 407 do Código Civil) e arras penitenciais (art. 420 do Código Civil).

Os juros moratórios representam uma indenização mínima nas obrigações pecuniárias em decorrência de lei, que não afasta a possibilidade de as partes pactuarem cláusula penal (art. 404, parte final, do Código Civil). Na sistemática anterior do Direito Civil, se não houvesse cláusula penal acordada entre as partes, a indenização devida abrangeria apenas o juros, mas o Código Civil de 2002, em homenagem ao princípio da reparação integral dos danos, prevê que o juiz pode conceder indenização suplementar ao credor, caso não haja cláusula penal e os juros moratórios não cubram o prejuízo (art. 404, parágrafo único, do Código Civil).

Sob uma ótica bastante progressista, é possível até mesmo afirmar que o juiz poderia conceder a indenização suplementar de ofício, porque a reparação integral do dano é uma projeção do princípio constitucional da solidariedade. Na jurisprudência, no entanto, esse entendimento não é aceito em respeito ao princípio da inércia.

Se houver previsão de cláusula penal, a indenização suplementar só é cabível se as partes tiverem ajustado essa possibilidade (art. 416, parágrafo único, do Código Civil). Há presunção relativa de que não cabe indenização suplementar à cláusula penal, logo no silêncio das partes, não é cabível a indenização suplementar. Assim, se as partes acordarem que “a cláusula penal é de R\$ 500,00, mas pode o credor exigir indenização suplementar se comprovar prejuízo superior”, a indenização suplementar é cabível. Contudo, se as partes acordarem simplesmente uma cláusula penal de R\$ 500,00, o credor não pode exigir indenização suplementar.

Além dos prejuízos comprovados e dos juros de mora, as perdas e danos abrangem os honorários de advogado, segundo o art. 404 do Código Civil. Muitos autores criticaram o Código Civil de 2002, sob o argumento de que os honorários de advogados já estão disciplinados no art. 20 do Código de Processo Civil, ou seja, a matéria teria cunho processual. O Enunciado nº 161 do Conselho da Justiça Federal – CJF tratou do tema, mas não se posicionou sobre a questão, já que sua redação prevê o óbvio.

Mas o Superior Tribunal de Justiça – STJ combateu essa crítica ao entender que o art. 404 do Código Civil refere-se aos honorários contratuais, e não os sucumbenciais (REsp nº 1.134.725). Os honorários sucumbenciais são titularizados pelo advogado do credor, e não pelo credor. As perdas e danos, por outro lado, são titularizadas pelo credor. Por isso, os honorários incluídos nas perdas e danos só podem ser os honorários contratuais. Portanto, se um credor contratou um advogado por R\$ 2.000,00 para acionar o devedor judicialmente, esse valor compõe o montante devido a título de perdas e danos. Para evitar abuso do direito, o STJ entende que a tabela da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB pode servir como parâmetro para aferição do montante devido a título de honorários contratuais.

2.2 JUROS MORATÓRIOS

Os juros podem ser legais ou convencionais, e ainda, compensatórios ou moratórios. Em regra, os juros moratórios são legais, enquanto que os juros compensatórios são convencionais. Mas, as classificações não se confundem, podendo as partes convencionar, por exemplo, juros moratórios diferentes da taxa legal (juros moratórios convencionais).

Em relação ao termo inicial para contagem dos juros de mora, o art. 405 do Código Civil prevê que eles são devidos desde a citação inicial. Essa é a regra geral da contagem dos juros de mora, que possui quatro importantes exceções.

Em primeiro lugar, no caso de ato ilícito extracontratual, há um aparente conflito entre o art. 405 e 398 do Código Civil, que prevê a contagem dos juros de mora desde a prática do ato. Esse conflito resolve-se pela aplicação da regra da especialidade: o art. 398, que trata do ilícito extracontratual, é regra especial em relação ao art. 405. Assim, em caso ato ilícito extracontratual, os juros de mora contam-se a partir da prática do ato, ao passo que em caso de responsabilidade civil contratual, os juros de mora contam-se a partir da citação inicial (Súmula nº 54 do STJ e Enunciado nº 163 do CJF).

O STJ também pacificou a discussão a respeito da indenização do seguro obrigatório DPVAT (Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre), ao estabelecer que os juros de mora fluem desde a citação (Súmula nº 426). Implicitamente, o STJ determinou que o seguro DPVAT é caso de responsabilidade contratual.

Em caso de responsabilidade extracontratual objetiva, os juros de mora só fluem a partir da citação (art. 405 do Código Civil). O art. 398 do Código Civil só se aplica à responsabilidade extracontratual subjetiva, porque ele menciona o “ato ilícito”, que em regra, pressupõe dolo ou culpa. Logo, se não restar caracterizado o ato ilícito, a regra especial do art. 398 não pode ser aplicada. A exceção é o abuso do direito, que gera responsabilidade objetiva e é um ato ilícito, ao menos *lato sensu* (art. 187 do Código Civil).

Em segundo lugar, o início da contagem dos juros de mora também é diferenciado no caso de dano moral. Dentro da dicotomia entre ilícito contratual e extracontratual, o STJ já decidiu que os juros moratórios decorrentes de dano moral fluem a partir do arbitramento judicial do *quantum debeatur* (REsp nº 903.258). O STJ baseou-se no fato de ser impossível ao devedor cumprir a prestação antes da fixação do valor pelo juiz. Se o devedor não tem como cumprir a prestação, não há mora. Além disso, o art. 407 do Código Civil serve como reforço de argumentação: nas obrigações não pecuniárias, os juros de mora só incidem quando o valor pecuniário estiver fixado por sentença.

Apesar da argumentação lógica, é preciso salientar que esses argumentos são falhos. Sob o ponto de vista principiológico, esse entendimento confere mais proteção ao dano patrimonial (fluência dos juros a partir da prática do ato ou citação inicial) do que ao dano extrapatrimonial (fluência dos juros a partir da fixação do valor). Há uma tutela diferenciada em favor da vítima de dano patrimonial, em detrimento da vítima de uma lesão a um direito da personalidade, o que subverte a lógica da despatrimonialização do Direito Civil.

A redação do art. 407 do Código Civil de 2002 prevê que, nas obrigações não pecuniárias, os juros de mora incidem “uma vez que” a sentença haja fixado o valor da indenização. O Código Civil de 1916 continha a expressão “desde que” a sentença haja fixado o valor da indenização. Nesse aspecto, a redação do Código Civil de 1916 era melhor, pois parece sugerir que, apesar de a fixação em dinheiro ser premissa para o cálculo dos juros, uma vez fixada a dívida em pecúnia, os juros moratórios fluiriam a partir da citação (ou da prática do ato, dependendo do caso). Esse era o entendimento da jurisprudência. A redação atual, ao contrário, parece sugerir que a contagem dos juros opera-se a partir do momento da fixação em pecúnia, o que representa um prêmio ao inadimplemento. O entendimento atual do STJ a respeito da obrigação de dano moral segue essa interpretação.

Em julgado recente, o STJ reafirmou a posição no sentido de que os juros de mora no dano moral fluem a partir do arbitramento (REsp nº 903.258). Nesse mesmo julgado, o STJ explicitamente afirmou que, no dano material, ainda que ilícido, os juros de mora fluem a partir da citação, diferenciando-se da sistemática do dano moral. Em outras palavras, em caso de dano patrimonial, o STJ entende que a expressão “uma vez que” do art. 407 do Código Civil deve ser interpretado como “desde que”. A razão para esse entendimento do STJ reside no fato de que, no dano patrimonial, o devedor tinha como cumprir a obrigação de fazer anteriormente à fixação do *quantum debeatur*, mas, no dano moral, o devedor não tem como honrar antes do arbitramento.

Ainda, o termo inicial do cômputo dos juros de mora é diferente no caso de ato ilícito contratual envolvendo obrigação com mora *ex re*. Conforme visto, em regra, no ilícito contratual, os juros fluem desde a citação inicial (art. 405 do Código Civil), porém se o ilícito contratual contiver obrigação com termo certo (mora *ex re*), os juros de mora fluem a partir do término do termo de pagamento, e não da citação, conforme previsão do art. 397, *caput*, do Código Civil (“no seu termo”). Exemplificando, se um indivíduo com obrigação contratual de efetuar o pagamento no dia 5 não realiza o pagamento nesta data, os juros de mora fluem a partir do dia 6, e não da eventual citação da ação de cobrança.

Por fim, conta-se os juros de mora de forma distinta na interpelação extrajudicial em caso de ato ilícito contratual envolvendo obrigação com mora *ex persona*. A mora *ex persona* pode constituir-se mediante interpelação judicial ou extrajudicial (art. 397, parágrafo único, parte final, do Código Civil). Assim, se o ilícito contratual não tiver data certa, a prévia interpelação extrajudicial constitui a mora, e não apenas a citação.

Com isso, observa-se que, em tese, o art. 405 do Código Civil é a regra geral a respeito do início da contagem dos juros de mora, mas, diante de tantas exceções, ela acaba sendo pouco aplicado.

No Código Civil de 1916, o legislador expressamente previa que, em regra, os juros moratórios corriam à taxa de 6% ao ano. Todavia, no Código Civil de 2002, o legislador previu que, em regra, os juros moratórios devem ser fixados “segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional” (art. 406 do Código Civil).

Por conta dessa alteração, parcela da doutrina entende que a taxa aplicável para mora de pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional é a taxa SELIC, que é a taxa utilizada para pagamento de impostos à Fazenda Nacional. Esse entendimento foi inicialmente adotado quando o Código Civil entrou em vigor, mas foi, posteriormente, alvo de diversas críticas, já que a taxa SELIC já contém cálculo de juros e correção monetária. Logo, haveria enriquecimento sem causa em virtude da dupla incidência de correção monetária. Essa crítica não é insuperável, tendo em vista que o próprio STJ definiu que a aplicação da taxa SELIC afasta a aplicação de qualquer outro índice de correção monetária (REsp nº 1.102.552). Além disso, passou-se a criticar a adoção da taxa SELIC, porque o objetivo dos juros moratórios é reparar os danos, ao passo que o objetivo básico da taxa SELIC é ditar a política macroeconômica. Há uma ampla discricionariedade do Banco Central em alterar essa taxa, em virtude de política governamental relativa a consumo e inflação. Dessa forma, o mesmo dano poderia ser reparado por diferentes valores em função de conjecturas macroeconômicas.

Em virtude dessas críticas, outra corrente doutrinária entende que deve ser aplicada a taxa de 1% ao mês (art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional). Em âmbito jurisprudencial, a questão ainda não está definitivamente resolvida. Nas turmas de direito privado do STJ (3ª e 4ª Turmas), é predominante a aplicação do Código Tributário Nacional. O mesmo entendimento é adotado pela doutrina civilista majoritária, representada pelo Enunciado nº 20 do CJF. No entanto, esse entendimento não é unânime. A Corte Especial do STJ já determinou a aplicação da taxa SELIC (Informativo nº 367). Posteriormente a esse julgado, a Súmula nº 379 do STJ adotou o Código Tributário Nacional para taxa de juros nos contratos bancários.

Em relação ao direito intertemporal, o STJ aplica o art. 2.035 do Código Civil, que prevê a retroatividade mínima. Por isso, os juros vencidos sob a vigência do Código Civil de 1916 continuam submetidos ao respectivo diploma legal. Por outro lado, os juros vencidos imediatamente após a vigência do Código Civil de 2002 passam a submeter-se à lógica do Código Civil atual (REsp nº 611.991).

O STJ entende que não há ofensa à coisa julgada na aplicação do Código Civil atual, mesmo às sentenças proferidas na vigência do Código Civil anterior, apesar do trânsito em julgado (REsp nº 1.111.117). No caso prático, a sentença fixou os juros de mora em 6% ao ano,

porque à época ainda vigia o Código Civil de 1916. No momento da execução, no entanto, o Código Civil de 2002 já estava em vigor. Os juros aplicáveis são aqueles vigentes no momento do exercício da pretensão.

O STJ também já reconheceu que a fixação do dia de início dos juros de mora é matéria de ordem pública (REsp nº 998.93564). No caso particular, o STJ percebeu que o acórdão regional fixou equivocadamente o início da fluência dos juros de mora. Apesar de o Recurso Especial ter sido admitido sob outro fundamento, o STJ conheceu da questão e corrigiu o equívoco.

Ainda, em julgado bastante recente, o STJ entendeu que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos cemitérios particulares, apesar da natureza pública emprestada aos serviços funerários. Além disso, o Ministério Público tem legitimidade para mover ação civil pública em relação aos contratos envolvidos (REsp nº 1.090.044). No caso específico, havia discussão a respeito dos juros de mora aplicáveis: o cemitério cobrava os juros de 10% ao mês, previstos no contrato de serviços funerários, mas o STJ limitou os juros à taxa de 2%, conforme previsão do art. 52, § 1º, do Código Consumerista.

2.3 CLÁUSULA PENAL

A cláusula penal está prevista nos artigos 408 a 416 do Código Civil. Ela é também chamada de multa contratual ou pena convencional (*stipulatio poenae*). Apesar do nome, a cláusula penal não é um instituto privativo dos contratos, pois é possível a inserção de cláusula penal em negócio jurídico unilateral, cujo exemplo típico é o testamento: o testador pode estabelecer cláusula penal para que o herdeiro cumpra o legado.

A cláusula penal tem um duplo fundamento: reforçar o vínculo obrigacional e liquidar antecipadamente as perdas e danos. Ela representa a pré-fixação do *quantum debeatur*. Por isso, ela é uma exceção à regra geral do art. 402 do Código Civil, já que o credor não precisa demonstrar efetivo prejuízo (art. 416 do Código Civil).

Contrariando a natureza da cláusula penal, em um caso prático recente, no qual um consorte desistiu do consórcio, o STJ afastou a incidência da cláusula penal, sob o argumento de que não houve danos ao consórcio (AgRg no REsp nº 1.172.476). Em alguns casos (previstos no

art. 413 do Código Civil), é sustentável a redução da cláusula penal, mas não o seu afastamento. O julgado do STJ declarou que a questão é probatória (ocorrência de dano) e, portanto, não caberia discussão em sede de Recurso Especial. Ocorre que a questão não é probatória, mas sim de direito.

A cláusula penal pode ser moratória ou compensatória. A cláusula penal moratória (art. 411 do Código Civil) tem como objetivo reparar os prejuízos decorrentes da mora. Um dos efeitos da mora do devedor é a obrigação de reparar as perdas e danos sofridas pelo credor (art. 395 do Código Civil). Essa cláusula penal abrange apenas a pré-fixação das perdas e danos, previstas no art. 395 do Código Civil, por isso ela é também chamada de cláusula penal cumulativa: o credor pode exigir cumulativamente a prestação e a cláusula penal.

Por outro lado, a cláusula penal compensatória (art. 410 do Código Civil) tem como finalidade substituir a prestação descumprida. Nesse caso, o credor não pode exigir a prestação descumprida, sob pena de enriquecimento sem causa. Por isso, ela também é chamada de cláusula penal substitutiva. Na prática, ela tem sempre um valor igual ou muito próximo ao valor da prestação inadimplida.

O fato de haver mora não gera necessariamente a aplicação da cláusula penal moratória. A redação legal pode induzir a esse erro. Da mesma forma, a cláusula penal compensatória não se destina exclusivamente aos casos de inadimplemento absoluto. É possível que as partes tenham acordado uma cláusula penal compensatória, mesmo que a prestação ainda seja útil ao credor, ou seja, pode haver incidência da cláusula penal compensatória em caso de mora. Tome-se a hipótese das partes que acordam a entrega de um quadro no dia 10 e estipulam cláusula penal compensatória. Nesse caso, mesmo que a prestação ainda seja útil ao credor no dia 15, a cláusula penal compensatória pode ser acionada.

O próprio legislador deixou claro que a cláusula penal compensatória aplica-se ao caso de inadimplemento total (art. 410 do Código Civil), que é diferente de inadimplemento absoluto. Além disso, a cláusula penal compensatória é uma “alternativa a benefício do credor” (art. 410 do Código Civil). Se essa cláusula só se aplicasse ao caso de inadimplemento absoluto, não haveria alternativa para o credor, já que a única via possível seria a exigência da cláusula penal.

Na prática, o credor não recebe a cláusula penal compensatória na data do pagamento, pois, primeiro, ocorre o inadimplemento e, posteriormente, o credor recebe a cláusula penal compensatória pela via judicial ou extrajudicial. Com base nisso, GUSTAVO TEPEDINO² pondera que a cláusula penal compensatória não tem o condão de reparar os prejuízos decorrentes do atraso. Com efeito, é possível o recebimento cumulativo de cláusula penal compensatória e moratória. Assim, se o indivíduo recebe a cláusula penal compensatória seis meses depois do inadimplemento, a incidência da cláusula penal compensatória não afastará a incidência de cláusula penal moratória referente aos seis meses de atraso. Se as partes ajustaram cláusula penal compensatória, mas não ajustaram cláusula penal moratória, o credor pode pleitear a cláusula penal compensatória, mais perdas e danos, específicas para o período de atraso no pagamento da cláusula penal compensatória.

A cláusula penal moratória também pode segurar uma cláusula determinada (art. 411 do Código Civil). E, pelo princípio da autonomia privada, as partes também podem ajustar cláusula penal compensatória para o caso de inadimplemento de uma cláusula determinada, no caso de determinada cláusula ser tão relevante que seu inadimplemento torne toda a prestação inútil.

A cláusula penal também pode ser estipulada para o descumprimento dos deveres anexos, que configura a violação positiva do contrato (uma espécie de inadimplemento). Essa possibilidade mitiga a redação do art. 408 do Código Civil, tendo em vista que a inobservância dos deveres anexos não depende de culpa para se configurar. Importante notar que a redação desse dispositivo é um resquício do Código Civil de 1916. No contexto contemporâneo, há inúmeras outras hipóteses de responsabilidade objetiva, nas quais é possível aplicar a cláusula penal pactuada.

A respeito da possibilidade de o credor dispensar a cláusula penal compensatória, SILVIO RODRIGUES³ e CARLOS ROBERTO GONÇALVES⁴, representantes da corrente majoritária, entendem que o credor pode fazê-lo. O credor pode renunciar à cláusula penal e

² TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao novo Código Civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Forense, 2008. v. X.

³ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Teoria Geral das Obrigações*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

exigir perdas e danos pelas vias tradicionais, ou seja, ele pode discutir o *quantum debeatur*. A cláusula penal é uma “alternativa” (art. 410 do Código Civil).

No entanto, para GUSTAVO TEPEDINO⁵, CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD⁶, o credor só pode dispensar a cláusula penal compensatória se houver previsão expressa das partes. A “alternativa” prevista no art. 410 do Código Civil abrange apenas a possibilidade de escolha entre o cumprimento da prestação e o recebimento da cláusula penal, mas não a possibilidade de renúncia à cláusula penal para discussão do *quantum debeatur*. Se o credor só pode exigir indenização suplementar com expressa previsão das partes (art. 416, parágrafo único, do Código Civil), com muito mais razão ele só poderá dispensar a cláusula penal compensatória com expressa previsão das partes.

A possibilidade de exigência de indenização suplementar era extremamente controversa no Código Civil de 1916, mas foi pacificada no art. 416, parágrafo único, do Código Civil de 2002. Atualmente, há presunção relativa de que o credor não pode exigir indenização suplementar. Ele só pode exigí-la se as partes tiverem convencionado expressamente. Por isso, se o credor puder renunciar à cláusula penal sem previsão expressa das partes para discutir o *quantum debeatur*, o credor estará, na realidade, burlando o art. 416, parágrafo único, do Código Civil.

Sob uma ótica progressista, esse entendimento atende ao princípio da cooperação. A cláusula penal não é um instrumento dedicado apenas a beneficiar o credor, mas também serve de segurança jurídica, uma vez que ela desperta em ambas as partes uma legítima expectativa em relação à pré-fixação das perdas e danos.

No que tange à licitude da cláusula de irredutibilidade da cláusula penal, a corrente doutrinária minoritária, defendida por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA⁷, sustenta que, dada a possibilidade de redução da cláusula penal (art. 413 do Código Civil), tal cláusula é lícita. O art. 413 do Código Civil trata de direitos patrimoniais, portanto, disponíveis. Esse entendimento fazia sentido no contexto do Código Civil de 1916. No entanto, para a corrente

⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao novo Código Civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Forense, 2008. v. X.

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil. Direito das Obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. II.

majoritária (Enunciado nº 355 do CJF), essa cláusula é ilícita. O art. 413 do Código Civil é inspirado pela vedação ao enriquecimento sem causa, que é matéria de ordem pública.

O Enunciado nº 356 do CJF permite inclusive a redução da cláusula penal de ofício pelo juiz, entendimento que não é unânime. Para que haja a redução da cláusula penal prevista no art. 413 do Código Civil, é necessário que o adimplemento parcial tenha sido útil ao credor. Assim, por exemplo, se, ao invés de entregar um carro, o devedor entrega um pneu, não deve haver redução da cláusula penal.

O adimplemento substancial não afasta a incidência da cláusula penal, mas apenas propicia a sua redução, que será drástica, mas não haverá o afastamento total da cláusula penal.

Para aplicação da redução, o art. 413 do Código Civil determina que a natureza e a finalidade do negócio devem ser ponderadas. Por isso, GUSTAVO TEPEDINO⁸ julga importante diferenciar o contrato paritário do contrato de adesão, já que o controle sobre a abusividade das cláusulas penais deve ser mais rigoroso nos contratos de adesão. Nessa mesma análise, o renomado autor afirma que também há importância na distinção entre contrato comutativo e contrato aleatório. Os contratos aleatórios são contratos de risco, logo a cláusula penal deve ter valor menor. Por isso, o controle sobre a cláusula penal do contrato comutativo deve ser mais rigoroso. Além disso, os contratos entre empresários merecem um controle menor sobre abusividade da cláusula penal.

Quanto ao teto da cláusula penal, o art. 412 do Código Civil impede que o valor da cláusula penal exceda o valor da obrigação principal. É incontroverso que esse dispositivo aplica-se à cláusula penal compensatória, já que ela busca eminentemente substituir a prestação devida.

Em relação à cláusula penal moratória, a corrente clássica e ainda predominante entende que o teto imposto pelo Código Civil não é aplicável, mas sim aquele previsto no art. 9º do Decreto nº 22.626/1933 (Lei de Usura), que fixa o percentual de 10%. Este é o teto geral, já que há tetos especiais previstos em leis especiais, como o Código de Defesa do Consumidor e Lei de Locações (Lei nº 8.245/91). A Lei de Usura só foi revogada parcialmente pelo Código Civil de 2002, naquilo que lhe é incompatível.

⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao novo Código Civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Forense, 2008. v. X.

Por outro lado, JUDITH MARTINS-COSTA⁹ e GUSTAVO TEPEDINO¹⁰ entendem que os artigos 8º e 9º da Lei de Usura foram revogados tacitamente pelo Código Civil de 2002. O novo Código Civil envolve um sistema aberto, que inclui cláusulas gerais, conceitos indeterminados e novos princípios. O art. 413 do Código Civil confere maior liberdade ao julgador no controle da abusividade das cláusulas penais. Assim, o art. 412 do Código Civil é aplicável também à cláusula penal moratória. Na sistemática atual, o Estado possui maior liberdade para intervenção nas relações privadas, logo é desnecessário o engessamento promovido pela Lei de Usura. No sistema anterior, que promovia a primazia total do princípio da autonomia privada, esse engessamento era necessário. Ademais, segundo os autores, para situações de maior densidade social, o ordenamento prevê regras específicas, como por exemplo: art. 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor; art. 1.336, § 1º, do Código Civil (cota condominial); art. 11-F do Decreto-Lei nº 58/37 e art. 26, V, da Lei nº 6.766/79 (compromisso de compra e venda de imóveis loteados); e art. 34, I, do Decreto-Lei nº 70/66.

Como decorrência desses entendimentos, a primeira corrente defende que não cabe a redução da cláusula penal moratória prevista no art. 413 do Código Civil. O único limitador da cláusula penal moratória é o teto estabelecido pela Lei de Usura. Apenas no caso de a cláusula penal moratória ser fixada em patamar superior a 10%, o juiz poderá reduzi-la.

Por outro lado, a segunda corrente entende que a possibilidade de redução da cláusula penal prevista no art. 413 do Código Civil também se aplica à cláusula penal moratória. Assim, o juiz pode entender, por exemplo, que uma cláusula penal moratória de 20% entre empresários é tolerável, mas uma cláusula penal moratória de 8% entre particulares não o é.

No caso de obrigação indivisível, todos os devedores submetem-se à cláusula penal, ainda que a culpa seja de apenas um deles (art. 414 do Código Civil). Todavia, o credor só pode exigir a integralidade da cláusula penal do culpado, respondendo os demais devedores apenas pela sua parte.

⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, t. I e II.

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao novo Código Civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Forense, 2008. v. X.

Em regra, havendo culpa de apenas um devedor, os demais devedores ficam exonerados das perdas e danos (art. 263, § 2º, do Código Civil). Porém, havendo cláusula penal, não há exoneração dos demais devedores. Por isso, considera-se o art. 414 do Código Civil uma regra especial que excepciona a regra geral do art. 263, § 2º, do mesmo diploma.

Na obrigação divisível, as obrigações são autônomas (art. 257 do Código Civil), por isso só incorre na pena o devedor que inadimplir a obrigação e proporcionalmente à sua parte (art. 415 do Código Civil).

Por fim, é importante destacar que a cláusula penal é diferente da multa penitencial. A multa penitencial é uma alternativa a benefício do devedor e está relacionada às obrigações facultativas. É o caso da avença que estabelece que o devedor deve cumprir determinada prestação, mas se exonera pagando a multa penitencial. A cláusula penal, por outro lado, gera o reforço do vínculo obrigacional. Ela é uma alternativa a benefício do credor.

2.4 ARRAS OU SINAL

As arras estão previstas nos artigos 417 e 420 do Código Civil.

A sistemática das arras opera-se da seguinte forma: se quem deu causa à inexecução da obrigação ofereceu o sinal, ele perde o sinal em favor da outra parte. Por outro lado, se quem deu causa à inexecução da obrigação recebeu o sinal, ele deve restituir o sinal mais o equivalente (art. 418 do Código Civil).

O Código Civil de 1916 trazia a expressão “devolução em dobro”. O Código Civil de 2002 menciona “devolução mais o equivalente”. Na prática, essa mudança de nomenclatura produz praticamente nenhuma diferença, mas ela reforça que, em tese, o sinal pode consistir em um bem infungível. Nesse caso, seria impossível operar a devolução do sinal em dobro, daí a impropriedade técnica da expressão anterior.

Se após o oferecimento do sinal tiver ocorrido o adimplemento parcial útil, o sinal deve sofrer uma redução proporcional, por analogia ao art. 413 do Código Civil, cuja lógica resulta da vedação ao enriquecimento sem causa (Enunciado nº 165 do CJF). O enriquecimento sem

causa, que possui aplicação subsidiária (art. 886 do Código Civil), serve como justificativa para o uso da analogia.

As arras são de três espécies: confirmatórias, penitenciais e assecuratórias. As arras confirmatórias buscam confirmar o vínculo (art. 419 do Código Civil), por isso elas não afastam perdas e danos: demonstrado um prejuízo superior, a parte lesada pode pedir indenização suplementar.

Por sua vez, as arras penitenciais buscam propiciar o direito de arrependimento, logo o exercício desse direito é ato lícito (art. 420 do Código Civil). Pela lógica geral do Código Civil, o ato lícito afasta perdas e danos. Essa regra, no entanto, está cada vez mais mitigada por conta da responsabilidade objetiva, mas ainda é considerada a regra geral do Código Civil.

No direito brasileiro, há presunção relativa de que as arras são confirmatórias. As arras só são penitenciais quando há explícita previsão de direito de arrependimento.

Há uma nítida diferença entre a sistemática das arras e da cláusula penal. As arras presumem-se confirmatórias e, portanto, não afastam direito à indenização suplementar. Na cláusula penal, de outra forma, há presunção de que ela afasta a indenização suplementar. Além disso, a diferença mais lembrada pela doutrina é que as arras possuem natureza real: elas se constituem no momento da entrega do sinal. Por outro lado, a cláusula penal tem natureza meramente convencional.

As diferenças entre os institutos podem ser sistematizadas da seguinte forma:

Cláusula penal	Arras
É a liquidação antecipada das perdas e danos. O credor não pode exigir perdas e danos (indenização suplementar).	É um valor transferido por ocasião da conclusão do contrato que visa confirmar o negócio ou garantir o exercício do direito de arrependimento.
Possui natureza contratual.	Possui natureza real.
Espécies: - Moratória (ou Cumulativa): é o ressarcimento da mora do devedor. O credor pode exigir a prestação cumulativamente. - Compensatória (ou Substitutiva): é a substituição da prestação. Credor não pode exigir a prestação cumulativamente.	Espécies: - Confirmatória: apenas reforça o vínculo obrigacional. O credor pode exigir perdas e danos (indenização suplementar). - Penitencial: propicia exercício do direito de arrependimento. O credor não pode exigir perdas e danos.

Quadro 1. Principais diferenças entre a cláusula penal e as arras.

No âmbito das arras penitenciais, o contratante que exige a prestação da outra parte perde o direito de se arrepender. Conduta contrária configuraria *venire contra factum proprium*. Assim, se uma pessoa celebra um contrato com direito de arrependimento acordado e cobra a prestação da outra parte, ela perde o direito de arrependimento.

Da mesma forma, o direito de arrependimento cessa com a quitação da prestação. A parte que cumpre a integralidade da prestação perde o direito de se arrepender. A mesma lógica aplica-se ao adimplemento substancial (parte que cumpre 99% da prestação devida).

Apesar de ser um autor antigo, FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA¹¹ defendia que o início do pagamento já fazia o sujeito perder o direito de arrependimento, por gerar uma legítima expectativa na outra parte. O entendimento majoritário atual não chega a esse ponto.

As arras penitenciais são vedadas na seara consumerista. Ao tratar do consumidor que contrata fora do estabelecimento comercial, o Código de Defesa do Consumidor prevê que os valores pagos pelo consumidor, a qualquer título, devem ser restituídos de imediato (art. 49, parágrafo único). Trata-se de regra especial em relação ao art. 420 do Código Civil. Se não houvesse essa regra, o fornecedor seria obrigado a conceder o prazo de reflexão ao consumidor por força de expressa previsão legal consumerista (art. 49, *caput*), mas poderia exigir um sinal para conclusão do contrato para retenção no caso de arrependimento do consumidor.

Toda a sistemática das arras pressupõe inadimplemento culposos. Se houver caso fortuito ou força maior, deve-se restaurar o *status quo ante*, já que nessas situações há o rompimento do nexo causal. Não obstante, as partes podem ajustar arras para a responsabilidade objetiva.

Por fim, as arras assecuratórias buscam criar um vínculo na fase pré-contratual (fase das tratativas). Elas não estão previstas no Código Civil, mas são admissíveis em função do princípio da autonomia privada. O Código Civil não as prevê, porque, em tese, na fase das tratativas, as partes não têm vinculação, com exceção dos deveres anexos dos contratos. Por

¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. LVI.

isso, as arras assecuratórias buscam criar um vínculo na fase pré-contratual, que não é criado automaticamente pelo Código Civil. Tal prática é muito comum em negócios que envolvem grande vulto de investimento.

A fase pré-contratual não se confunde com o contrato preliminar. O sinal que é comumente oferecido em compromisso de compra e venda não são arras assecuratórias, já que o compromisso de compra e venda é contrato preliminar.

JUDITH MARTINS-COSTA¹² defende que as arras assecuratórias afastam presumidamente as perdas e danos. Elas por si só reparam todos os prejuízos decorrentes da inobservância das tratativas, representando a pré-fixação das perdas e danos decorrentes da ruptura abrupta das tratativas.

3 CONCLUSÃO

Conforme demonstrado ao longo deste trabalho, não apenas a mora, mas também as perdas e danos, os juros moratórios, a cláusula penal e as arras possuem grande relevância para o estudo do Direito das Obrigações, afinal o inadimplemento das obrigações é, no direito privado, o principal motivo pelos quais as partes litigam.

Assim, conhecer e dominar as diversas peculiaridades destes institutos é fundamental para a correta compreensão dos negócios travados no âmbito das relações privadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil. Direito das obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Teoria Geral das Obrigações*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, t. I e II.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. II.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. LVI.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

¹² MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, t. I e II.

TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao novo Código Civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Forense, 2008. v. X.