**INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES**

1. **Disposições Gerais:**

Obrigação é a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio (MONTEIRO, 1979, p. 8).

Desta forma, as obrigações surgem para ter existência transitória, uma vez cumpridas, exaurem seu papel no campo social, mas se descumprida ou mal cumprida, ou cumprida com atraso, desempenha o papel de uma célula doente no organismo social (VENOSA, 2010, p.299).

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, o inadimplemento da obrigação é a falta da prestação devida, respondendo o patrimônio do devedor, pelo seu cumprimento, tendo o art. 391 do Código Civil, estabelecido que:

**Art. 391:** Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

As obrigações consistem no cumprimento de uma prestação de dar, fazer e não fazer, sendo direito do credor o seu adimplemento. Pode ocorrer, desta prestação se impossibilitar. Deve-se distinguir o inadimplemento e a impossibilidade da prestação, ligando-se a primeira à noção de uma falta cometida pelo devedor, e a segunda à ausência de participação sua na inexecução do obrigado (PEREIRA, 2010, p. 309).

O inadimplemento pode ser absoluto ou relativo. Diz-se absoluto quando a obrigação não foi cumprida em tempo, lugar e forma convencionados e não mais poderá sê-lo (VENOSA, 2012, p. 302), ou seja, falta completamente a prestação, de forma que o credor não receba aquilo que o devedor se obrigou, e não há mais possibilidade de ser executada a obrigação (PEREIRA, 2010, p. 309). Como exemplo, cita-se o contrato de um show de um cantor famoso para determinado evento e ele deixa de comparecer, assim, de nada adiantará para o contratante do evento, que o cantor se disponha a apresentar-se no dia seguinte.

Será relativa se apenas parte da *res debita* deixou de ser prestada, ou se o devedor não cumpriu oportunamente a obrigação, havendo possibilidade de que ainda venha a fazê-lo (PEREIRA, 2010, p. 310), constitui matéria denominada mora. Como exemplo, numa obrigação de fazer, contrata-se um pintor para um retrato, haverá mora de sua parte se não finalizar a obra no prazo, ou se não realizar a pintura a contento, ou se entregar em local não convencionado.

Em ambos os casos, há inadimplemento da obrigação, visto que o credor tem direito à prestação devida, na forma contratada e no tempo certo.

Desta forma, o art. 389, do C.C, traz as consequências para o devedor que descumpre a obrigação:

**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.

Assim, o inadimplemento da obrigação, cria para o sujeito passivo o dever de prestar ou indenizar, e para o credor a faculdade de exigir. Não se extingue a obrigação, nem nasce outra cujo objeto sejam as perdas e danos. É a mesma obrigação que sofre mutação objetiva. A prestação é que difere, em razão de ter o devedor ficado em falta (PEREIRA, 2010, p. 310). É importante destacar, que nem sempre a prestação devida e não cumprida, se transforma em perdas e danos, existem exceções para essa regra geral, como por exemplo, em uma obrigação de fazer, se fungível, o credor pode mandar fazê-la à custa do devedor, caso este esteja inadimplente.

Importante considerar, que a inadimplência nas obrigações de não fazer, se dá com a execução do ato que o devedor se obrigou a abster:

**Art. 390:** Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster.

Já o art. 392 do C.C, trata da responsabilidade contratual:

**Art. 392:**Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.

Brevemente, faz-se uma distinção entre dolo e culpa. Dolo é a infração do dever legal ou contratual com a consciência de não cumprir. Na culpa encontra-se o fator inadimplemento, porém despido da consciência da violação (PEREIRA, 2010, p. 314).

Assim, é pressuposto essencial da reparação, em regra, a imputabilidade da falta, contratual ou extracontratual, ao agente. Faltando a imputabilidade, descabe indenização (PEREIRA, 2010, p. 340).

Ao passo que o art. 393, trata da impossibilidade da prestação por imposição de acontecimento estranho ao poder do devedor, ficando extinta a obrigação, sem que caiba ao credor ressarcimento:

**Art. 393:** O devedor não se responsabiliza pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

**Parágrafo único:** O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa, quando o devedor está em mora, é atingido pela indenização, mesmo com as excludentes do caso fortuito e força maior.

Para o Código Civil, o caso fortuito e a força maior, são situações invencíveis, que refogem às forças humanas, ou às forças do devedor em geral, impedindo e impossibilitando o cumprimento da obrigação. É o devedor faltoso, o inadimplente que deve provar a ocorrência desses fatos (VENOSA, 2012, p. 320).

O ideal seria que na convivência social, todos os homens cumprissem as obrigações sociais, morais e jurídicas. Mas como isso não se dá na prática, é importante sabermos como a legislação pátria trata o inadimplemento das obrigações jurídicas.

1. **Da Mora:**

A mora é o retardamento injustificado da parte de algum dos sujeitos da relação obrigacional no tocante à prestação (PEREIRA, 2010, p. 293). A mora constitui o retardamento ou mal cumprimento culposo no cumprimento da obrigação, quando se trata de mora do devedor. Na mora *solvendi*, a culpa é essencial. A mora do credor, *accipiendi*, é simples fato ou ato e independe de culpa. Assim, o simples retardamento no cumprimento da obrigação não tipifica a mora do devedor. Há que existir culpa (VENOSA, 2012, p. 304).

Disciplina o art. 394 do C.C, que:

**Art. 394:** 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.

Vê-se assim, que tanto o sujeito passivo quanto o sujeito ativo da obrigação, podem incorrer em mora, porém é mais comum o devedor encontra-se nessa situação.

Além disso, o devedor moroso responde pelos prejuízos a que a sua mora der causa, neste sentido, o art. 395, dita que:

**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.

**Parágrafo único:** Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

Assim, responde o devedor pelos prejuízos a que der causa o retardamento da execução, ficando obrigado a indenizar o credor pelo dano que o atraso lhe causar, seja mediante o pagamento de juros moratórios legais ou convencionais, seja ressarcindo o que o retardo tiver gerado. A indenização moratória não é substitutiva da prestação devida, vale dizer que pode ser reclamada juntamente com ela, se ainda for proveitosa ao credor. Mas se tornar-se inútil ao credor em razão da mora do devedor, tem ele o direito de exigir a satisfação das perdas e danos completa, mediante a conversão da *res debita* no seu equivalente pecuniário (PEREIRA, 2010, p. 296).

Para facilitar o entendimento, distinguem-se então a mora em:

1. **Mora do devedor (*solvendi* ou *debendi*):**

É a ausência do pagamento oportuno por parte do devedor, caracteriza-se por três fatores:

**- Exigibilidade imediata da obrigação:** (liquidez e certeza) é necessário que haja uma dívida certa e que decorra da obrigação, estando apurado o seu montante, verificando ainda o seu vencimento, uma vez que na pendência de condição suspensiva, ou antes, do termo final, não é possível a incidência de mora. Nestes termos, disciplina o art. 397:

**Art. 397:** O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

**Parágrafo único:** Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

Nas obrigações de prazo indeterminado, há a necessidade de constituição em mora, por meio de *interpelação, notificação* ou *protesto*. Trata-se da denominada mora *ex persona* (VENOSA, 2012, p. 306).

**- Inexecução culposa**: a culpa é requisito subjetivo para que o devedor incorra em mora. É importante destacar, que o nosso direito é expresso no que diz respeito a existência de culpa para configurar a mora do devedor, sendo que o simples retardamento no cumprimento da obrigação, não implicará o reconhecimento de mora:

**Art. 396:** Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, essa regra não comporta dúvida, não obstante a culpa, a *parte debitoris* é suscetível de verificação presumida:

**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.

Tal presunção é *iuris tantum*, e não *iuris et de iure*, pois embora o retardo faça presumir a conduta culposa, cabe ao devedor evidenciar que o atraso lhe foi imposto por um acontecimento, cujos efeitos não teve ele condições de evitar ou impedir (PEREIRA, 2010, p. 295).

**- Constituição em mora:** para que os ônus da mora sejam exigíveis, há de existir a constituição em mora. Na mora *ex re*, a situação é automática, com o decurso do prazo. Na mora *ex persona*, o credor deve tomar a iniciativa de constituir em mora o devedor (VENOSA, 2012, p. 307).

Constituído o devedor em mora, e positivada ela, duas são as ordens de seus efeitos: a responsabilidade pelas perdas e danos e a perpetuação da obrigação (PEREIRA, 2010, p. 296). A perpetuação da obrigação não deve ter caráter absoluto, o devedor moroso responde pela impossibilidade da prestação, ainda que decorra de caso fortuito ou força maior (art. 399), porém há casos em que o dano sempre sobreviria à coisa, e então, escusa-se o devedor moroso, comprovando, além da falta de culpa específica na danificação, a circunstância de que o evento dar-se-ia ainda que a obrigação tivesse sido oportunamente desempenhada (PEREIRA, 2010, p. 297). Um exemplo clássico é o da coisa fixada ao solo, e destruída por um raio, ainda que tivesse o devedor cumprido a tempo a obrigação, perderia o credor a coisa.

1. **Mora do Credor (*accipiend* ou *credendi*):**

A mora do credor não está ligada à culpa. O credor que não pode, não consegue ou não quer receber está em mora (VENOSA, 2012, p. 308). O credor não pode se recusar ao devedor a faculdade de liberar-se do vínculo obrigacional. Cabe assim, ao credor, um dever negativo, de se não opor a que o devedor se desvencilhe da obrigação (PEREIRA, 2010, p. 299).

Deve ser entendida como recusa do credor não apenas sua afirmação peremptória, isto é, expressa, como também a forma tácita de recusa: o credor opõe dificuldades e entraves ao pagamento. Só a recusa justificada do recebimento isenta o credor de sua mora, independendo de culpa (VENOSA, 2012, p. 309).

São características da *mora creditoris* o vencimento da obrigação e a constituição em mora. Enquanto não há dívida vencida, não há de se falar de direito do devedor libera-se dela, a antecipação do pagamento não pode ser imposta ao credor, pois somente no momento que a prestação estiver vencida é que se reputará aparelhado para o recebimento (PEREIRA, 2010, p. 298).

Os efeitos da mora do credor resumem-se basicamente em dois: isenção de responsabilidade do devedor e liberação dos juros, e da pena convencional. Incorrendo em mora, o credor subtrai o devedor isento de dolo da responsabilidade pela conservação da coisa, cujos riscos assume:

**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 de sua efetivação.

Assim, perecendo ou deteriorando a coisa, o credor em mora sofre-lhe a perda ou terá que recebê-la no estado em que se encontrar sem direito a abatimento ou indenização, e se o devedor tiver feito despesas para conservá-la, deve o credor ressarci-las.

Destaca-se, no entanto, em ambos os casos- mora do devedor e mora do credor- a importância da natureza quesível ou portável da dívida, como elemento informativo da conduta do devedor ou do credor. Se a dívida é quesível, cabe ao credor, se é portável, tem o devedor o dever de levar a prestação ao credor (PEREIRA, 2010, p. 300).

Os doutrinadores relacionam ainda a mora accipiendi à consignação em pagamento, meio de que se vale o devedor para liberar-se da obrigação, impondo solução ao credor, de forma que prevaleça a palavra jurisdicional como quitação do obrigado (PEREIRA, 2010).

**2.1- Purgação da Mora:**

Purgar a mora é o ato pelo qual a parte que nela incorreu suprime-lhe os efeitos. Aplica-se tanto no caso do devedor, como no caso do credor. A purgação da mora gera efeitos para o futuro, *ex nunc*. A partir da purgação não fica mais o agente sujeito aos ônus da mora, todavia continuará a responder pelas cominações pretéritas, tais como juros e correção monetária, até a efetiva purgação (VENOSA, 2012, p. 311).

Cumpre salientar, que nem sempre a mora poderá ser purgada, é inadmissível quando o atraso se confunde com a inexecução cabal, como na hipótese de tornar-se a prestação inútil ao credor, ou quando a consequência, legal ou convencional, do retardamento for a resolução. Em tais casos a mora é insuscetível de emenda, e produz seus efeitos irretratavelmente (PEREIRA, 2010, p. 301).

Para purgar a mora o devedor oferecerá a prestação, mais a importância dos prejuízos decorrentes até o dia da oferta, abrangendo os juros moratórios, e o dano emergente para o credor, acrescida daquilo que ele razoavelmente deveria ganhar, se a *solutio* fosse oportuna (PEREIRA, 2010, p. 301).

Dita o art. 401, I, que:

**Art. 401:** Purga-se a mora: I- por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta;

Se for do credor a mora, oferecer-se-á ele a receber a coisa no estado em que se encontrar, com todas as consequências dela. Assim, o art. 401, II, estabelece que:

II- por parte do credor, oferecendo este a receber o pagamento e sujeitando-se aos efeitos da mora até a mesma data.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, considera-se ainda purgada a mora, por parte do credor ou do devedor, quando aquele que se julgar por ela prejudicado renunciar aos direitos que a mesma lhe possam advir, ocorre assim, a cessação da mora, pois há assim sua terminação, sem que produza seus efeitos naturais. Esta renúncia pode ser expressa ou tácita, é expressa quando vem traduzida na intenção do agente, é tácita ou presumida quando se configura incompatibilidade entre a conduta daquele a quem a mora aproveitaria e a utilização de seus efeitos, induzindo-se inequivocamente de seu comportamento (PEREIRA, 2010, p. 302).

**2.2- Constituição em Mora:**

A constituição em mora é elementar na caracterização do atraso. A mora pode ser *ex re* ou *ex persona*.

É *ex persona* quando, não há um termo certo para a obrigação, não podendo se falar em mora automaticamente constituída, ela começará pela interpelação que o interessado promover, e seus efeitos produzir-se-ão ex nunc, isto é, a contar do dia da intimação (PEREIRA, 2010, p. 303).

A mora *ex re* vem do próprio mandamento da lei, independe da provocação da parte interessada, como consta no artigo 397, já trabalhado anteriormente.

Nas obrigações provenientes de ato ilícito, também opera-se a constituição automática em mora, independente de intimação ao ofensor, a contar de quando foi praticado o ato ilícito.

Neste sentido disciplina o art. 398, do C.C:

**Art. 398:** Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

Assim, o Código Civil de 2002, adotou a mora ex re nas obrigações positivas, líquidas e a termo (PEREIRA, 2010, p. 305).

1. **Das Perdas e Danos:**

No Direito das Obrigações, o dano corresponde a um prejuízo sofrido por uma das partes em razão de inadimplemento total, parcial ou de mora pela outra parte (credora ou devedora), cabendo a esta, enquanto agente do dano, suportar o ônus respectivo, uma vez que descumpriu um prévio dever específico da relação, o qual pode ser não só aquele relacionado à prestação principal, como também um anexo, decorrente da boa-fé objetiva (PEREIRA, 2010, p. 329).

Concluem Stolze Gagliano e Pamplona Filho: “Perdas e danos, afinal de contas, significa isso: indenizar aquele que experimentou um prejuízo, uma lesão em seu patrimônio material ou moral, por força do comportamento ilícito do transgressor da norma” (GACLIANO; PAMPLONA FILHO, 2002, p. 309).

Disciplina o art. 402 do C.C que:

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

O texto codificado, refere-e tanto ao dano emergente quanto ao lucro cessante (PEREIRA, 2010, p. 329). O lucro cessante corresponde a tudo aquilo que a vítima deixou razoavelmente de ganhar em virtude da inexecução da obrigação (PEREIRA, 2010, p. 333).

Assim, a indenização do dano será mensurada por sua extensão, não se atendo, na sua quantificação, ao grau de culpa do agente, mas somente ao vulto efetivo dos prejuízos.

**Art. 944:** A indenização mede-se pela extensão do dano. **Parágrafo único:** Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Do dano, exigem-se como pressupostos para a responsabilização civil e a subsequente reparação, a ação e o nexo de causalidade (PEREIRA, 2010, p. 331).

O art. 403 do C.C disciplina que:

**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.

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, este artigo implicaria na rejeição à indenização do dano indireto e remoto e, excluiria a aplicação da teoria da equivalência das causas ou *conditio sine qua non*, afastando a indenização do próprio dano em ricochete, admitido pelos tribunais pacificamente (PEREIRA, 2010, p. 331).

A prova do dano incumbe a quem alegar, que deverá prová-lo em toda sua extensão, seja com relação ao dano emergente ou ao lucro cessante, no tocante ao dano material, ao passo que a mesma prova não é exigida no dano moral, onde considera-se o prejuízo decorrente do simples fato da violação (PEREIRA, 2010).

Disciplina ainda o art. 404, C.C, que:

**Art. 404:** As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogados, sem prejuízo da pena convencional. **Parágrafo único:** Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.

Assim, nas obrigações em dinheiro, as perdas e danos consistem nos juros de mora e custas, além da correção monetária cabível, e deve também o devedor pagar os ônus processuais da sucumbência (custas e honorários de advogados). A correção monetária trata de mera reavaliação pelo que o credor deixou de receber no tempo fixado para o cumprimento. Sem a correção monetária, não haverá indenização, sob pena de se premiar o mau pagador (VENOSA, 2012, p. 325).

Já os juros de mora são disciplinados pelo art. 405 do C.C:

**Art. 405:** Contam-se os juros de mora desde a citação inicial.

Desta forma, o termo inicial para a contagem dos juros moratórios, em se tratando de responsabilidade civil contratual, é a citação inicial. Ver jurisprudência a respeito[[1]](#footnote-1).

Ainda quanto à indenização de perdas e danos, existem os que defendem a necessidade de limitar sua reparabilidade.

**3.1- Dano Moral:**

O Dano Moral é um prejuízo que não afeta o patrimônio econômico, mas afeta a mente, a reputação da vítima. Trata-se de lesão que atinge valores físicos e espirituais da pessoa (VENOSA, 2012, p. 327).

Foi disciplinado tanto pela Constituição da República de 1988[[2]](#footnote-2), quanto pelo Código Civil de 2002[[3]](#footnote-3).

No dano moral, não há reparação de prejuízo, mas uma compensação, a reparação é indireta.

A Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça diz que: “São cumuláveis a indenização por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

A doutrina e a jurisprudência já vêm admitindo a indenização por danos morais à pessoa jurídica (VENOSA, 2012, p. 329).

1. **Dos Juros Legais:**

Juros legais são aqueles impostos por lei, como no caso do ressarcimento das perdas e danos e de outras situações de fato que se verifiquem na prática, podendo consistir em juros moratórios ou compensatórios (PEREIRA, 2010, p. 336).

Pode-se conceituar "juros compensatórios" como o preço do uso do capital, que remunera o credor por ficar privado do capital, pagando o credor pelo risco de não o receber de volta. Os "juros moratórios" constituem indenização pelo prejuízo resultante do retardamento culposo.

Assim, dita o art. 406 do C.C, que:

**Art. 406:** Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Desta forma, devem-se observar as seguintes regras: inicialmente faz-se necessário atentar acerca do que foi estipulado na convenção entre credor e devedor em matéria dos juros moratórios, se houver taxa estipulada, desde que observado o teto máximo do dobro da taxa legal, respeita-se a autonomia privada; caso não haja a previsão negocial, verificar-se-á a existência de lei especial que a estabeleça; na ausência de previsão legal, tendo o negócio determinado a incidência de juros sem fazer referencia a taxa, aplica-se a taxa prevista para a mora do pagamento dos impostos à Fazenda Nacional (PEREIRA, 2010).

O art. 407 do C.C, disciplina que:

**Art. 407:** Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes.

Desta forma, os juros moratórios serão aplicados às dívidas em dinheiro e também de outra natureza, desde que o valor pecuniário esteja fixado por sentença judicial, arbitramento, ou convenção entre as partes.

1. **Da Cláusula Penal:**

Cláusula Penal é uma obrigação de natureza acessória, que insere uma multa na obrigação, para a parte que deixar de dar cumprimento ou apenas retardá-lo. Possui a finalidade de indenização prévia de perdas e danos e de penalizar o devedor moroso, trata-se de uma modalidade de pena (VENOSA, 2012).

Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira dita que, a cláusula penal ou pena convencional é uma cláusula acessória, em que se impõe sanção econômica, em dinheiro ou outro bem pecuniariamente estimável, contra a parte infringente de uma obrigação.

Desta forma disciplina o art. 408 do C.C, que:

**Art. 408:** Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

Assim, quando a obrigação é a prazo, incorre o devedor de pleno direito na multa, desde que se verifique o inadimplemento no termo. Mas, se não houver prazo marcado, é necessária a constituição do devedor em mora, sem o que não pode ser pedida a aplicação da penal, pois que, não sendo a obrigação a termo, a inexecução somente se caracteriza como consequência da constituição em mora (PEREIRA, 2010, p. 145).

A cláusula penal deve estar em consonância com os princípios do direito contratual, como a função social do contrato, o equilíbrio das prestações e a boa-fé objetiva.

Poderá ser estipulado conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, nesse sentido, dita o art. 409:

**Art. 409:** A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.

Têm-se aí, as duas modalidades da cláusula penal: a moratória e a compensatória.

A cláusula penal compensatória é aposta para o descumprimento total da obrigação (inadimplemento absoluto), ou de uma de suas cláusulas, sua finalidade é compensar a parte inocente pelos entraves e infortúnios decorrentes do descumprimento.

Constitui prefixação de perdas e danos, basta ao credor provar o inadimplemento imputável ao devedor, ficando este obrigado ao pagamento da multa estipulada. Não existindo a previsão de multa, deve o credor, como regra geral, provar a ocorrência de perdas e danos e seu respectivo montante (VENOSA, 2012, p. 333).

Disciplina o art. 410, C.C, que:

**Art. 410:** Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

Isto é, o credor pode pedir o valor da multa ou o cumprimento da obrigação. Há quem denomine essa categoria como cláusula penal alternativa. Escolhida uma via, não pode o credor exigir também a outra. O devedor, pagando a multa, nada mais deve, porque ali já está fixada antecipadamente uma indenização pelo descumprimento da obrigação. Se, por outro lado, a prestação não tenha mais utilidade para o credor, só lhe restará cobrar a multa. (VENOSA, 2010, p. 334).

A outra forma da cláusula penal, a moratória, se apõe a multa para o cumprimento retardado da obrigação, mas ainda útil para o credor, assim, o devedor moroso pagará um *plus* pelo retardamento no cumprimento de sua obrigação.

A cláusula penal moratória é instituída para o inadimplemento parcial da obrigação, ou simples mora propriamente dita, ou a infração de uma ou alguma cláusula contratual (VENOSA, 2010, p. 336). Nestes termos dita o art. 411:

**Art. 411**: Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

Essa hipótese permite a cumulação da multa compensatória com a multa moratória. O credor tem o direito a pleitear cumulativamente a penal com o desempenho da obrigação principal. E, caso esta não seja possível, ou lhe não mais convenha, pode o credor exigir com as perdas e danos, resultantes do inadimplemento de obrigação principal, a penal moratória, desde que naquelas não ficarem estas embutidas (PEREIRA, 2010, p. 148).

Existe, no entanto, o limite na lei:

**Art. 412:** O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

O excesso de valor não pode ser exigido. Destaca-se ainda o disciplinado no art. 413:

**Art. 413:** A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Essa redução é um dever do juiz, onde no caso concreto, reduzirá a multa se esta for manifestadamente excessiva, levando-se em conta a natureza e finalidade do negócio.

Não obstante, nas obrigações indivisíveis que incorrem cláusula penal, é importante observar o disposto no art. 414:

**Art. 414:** Sendo indivisível a obrigação, todos os devedores e seus herdeiros, 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 o que deu causa à aplicação da pena.

Desta forma, sendo indivisível a obrigação, basta que só um dos codevedores infrinja-a, para que se torne exigível a multa. Só do culpado é que se pode pedir a multa por inteiro. Dos demais devedores, não culpados, só se pode demandar sua quota respectiva. Estes depois terão ação regressiva contra o culpado, que suportará o total do ônus (VENOSA, 2012, p. 344).

Já no caso de obrigações divisíveis, observa-se o disposto no art. 415:

**Art. 415:** Quando a obrigação for divisível, só incorre na pena o devedor, ou herdeiro do devedor, que a infringir; e proporcionalmente à sua parte na obrigação.

Como visto, a multa possui caráter punitivo, assim, o ordenamento jurídico procura isentar quem não concorreu para o fato, o que fica claro quando se trata de obrigações divisíveis.

Para concluir, há de se apontar a redação trazida pelo art. 416:

**Art. 416:** Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

**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.

O *caput* do artigo estabelece a noção geral da cláusula penal, já o parágrafo único, esclarece sobre o valor da multa, que pode sempre ser exigido na hipótese de inadimplemento. Se o credor entender que seu prejuízo supera seu valor, somente poderá cobrar o excesso se o contrato assim permitir expressamente e, nesse caso, quanto ao valor que sobejar, deve provar o prejuízo, seguindo, então, neste último aspecto, a regra geral de perdas e danos. Nada impede, também, que as partes tenham estabelecido um limite para esse plus indenizatório (VENOSA, 2012, p. 335).

Convém destacar, que a cláusula penal não se confunde com a *astreinte*, multa diária fixada pelo juiz na hipótese de não cumprimento na execução da obrigação de fazer, devendo este, impor um limite temporal à mesma, não se trata de multa compensatória.

Depreende-se assim, que a cláusula penal tem efeito intimidativo e coercitivo, trata-se de um reforço para o cumprimento da obrigação, uma forma de garantir seu adimplemento, ampliando as possibilidades de cumprimento da obrigação.

1. **Das Arras ou Sinal:**

De acordo com Venosa, arras ou sinal é uma quantia inicial entregue por uma parte a outra, que confirma a existência do negócio, é dada para demonstrar que os contratantes estão com propósitos sérios a respeito do contrato, com a verdadeira intenção de contratar e manter o negócio.

Considera-se uma convenção acessória real, com a finalidade de assegurar a conclusão do contrato (PEREIRA, 2010, p. 349).

Desempenha um duplo papel: é uma garantia para demonstrar a seriedade do ato e tem a característica de significar princípio de pagamento e adiantamento do preço, e podem servir de indenização em caso de arrependimento de qualquer dos contratantes, quando isto é colocado e facultado na avença. É um pacto acessório, que insere uma condição resolutiva no negócio, se houver possibilidade de arrependimento (VENOSA, 2012, p. 345).

As arras podem ser formalizadas no momento da celebração do contrato, ou em momento posterior, mas sempre antes do cumprimento das prestações do negócio. Em regra geral, é um dos contratantes que dá o sinal, mas nada obsta que o mesmo possa ser dado por ambos os contratantes.

Dadas as arras, considera-se assegurada a conclusão do contrato. Distinguem-se da cláusula penal, pelo fato de ser convenção real, no sentido de que um dos contratantes entrega desde logo ao outro uma importância em dinheiro ou uma outra coisa móvel, ao passo que a cláusula penal consiste numa convenção acessória, pela qual a parte infratora pagará à outra o valor estipulado (PEREIRA, 2010, p. 350).

Disciplina o art. 417, que:

**Art. 417:** Se por ocasião da conclusão do contrato, uma parte der à outra, a título de arras, dinheiro ou outro bem móvel, deverão as arras, em caso de execução, ser restituídas ou computadas na prestação devida, se do mesmo gênero da principal.

Trata da função de início de pagamento ou confirmação do negócio. O sinal em dinheiro deve ser computado no pagamento do preço total. Se as arras dadas forem em coisa diversa do objeto do negócio, sobreleva sua função confirmatória e deve ser restituída (VENOSA, 2012, p. 352).

Ao passo que, quando se tratar de arras sem possibilidade de arrependimento, dita o art. 418 que:

**Art. 418:** Se a parte que deu arras não executar o contrato, poderá a outra tê-la por defeito, retendo-as; se a inexecução for de quem recebeu as arras, poderá quem as deu haver o contrato por desfeito, e exigir sua devolução mais o equivalente, com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado.

O dispositivo trata das arras confirmatórias, o seu efeito é previsto para as hipóteses de inexecução da parte de quem as deu, como daquele que as recebeu. Se o que deu o sinal causar voluntariamente a não realização do contrato, ensejará à outra parte considerá-lo resolvido, retendo-o. Vale dizer, o inadimplente perde-o em favor do contratante inocente. Reversamente, se a inexecução for de quem recebeu as arras, cabe ao outro contratante a faculdade de considerar o contrato por desfeito, sujeitando-se o que as recebeu à devolução em dobro, isto é, restituição do que recebeu, mais outro tanto (PEREIRA, 2010, p. 350).

De acordo com Caio Mario, quando ocorrer a impossibilidade sem culpa, não pode qualquer das partes ser punida. O que recebeu as arras deve restituí-las, simplesmente, porque não pode reter o recebido, sem que haja seu enriquecimento sem causa.

Não obstante, trata o art. 419:

**Art. 419:** A parte inocente pode pedir indenização suplementar, se provar maior prejuízo, valendo as arras como taxa mínima. Pode também, a parte inocente, exigir a execução do contrato, com as perdas e danos, valendo as arras como o mínimo da indenização.

É o caso da inexecução do contrato, contendo parte inocente, que poderá resolvê-lo ou exigir sua execução, sendo que em qualquer caso poderá acumular o sinal com o ressarcimento do prejuízo. Se optar pela resolução do negócio, poderá pedir indenização, não obstante as arras, uma vez provado ser o prejuízo maior que o valor delas. Se preferir a execução do contrato, pode pedi-la acumulando-se com perdas e danos. Neste caso, funcionam as arras como o mínimo da indenização (PEREIRA, 2010).

O arrependimento perante as arras é disciplinado pelo art. 420, que dita:

**Art. 420:** Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória, caso em que aquele que as deu as perderá em benefício da outra parte; e aquele que as recebeu as devolverá mais o equivalente, não havendo em nenhum dos casos direito à indenização suplementar.

Este diploma cuida das arras penitenciais, pertencentes ao direito de arrependimento, e com esta finalidade, liga-lhe o efeito indenizatório.

A arra penitencial deve ser objeto de estipulação, onde avençado o direito de arrependimento, o valor das arras é a estimativa das perdas e danos. Se o arrependido for quem as deu, perde-as em favor do outro contratante. Se quem as recebeu, restitui-as em dobro, isto é, arras recebidas, e mais o equivalente.

Recuse em todo caso, no entanto, a indenização suplementar nas arras penitenciais. Nesse sentido, diz a súmula 412 do Supremo Tribunal Federal:

**Súmula 412:** No compromisso de compra e venda com cláusula de arrependimento, a devolução do sinal por quem o deu, ou a sua restituição em dobro por quem o deu ou a sua restituição em dobro por quem a recebeu, exclui indenização maior a título de perdas e danos, salvo os juros moratórios e os encargos do processo.

A indenização suplementar, além do valor do sinal, somente se torna possível perante o contrato irretratável. Quando existe a possibilidade de retrato, as arras servem de limite de indenização (VENOSA, 2012, p. 354).

O art. 420, não reporta à correção monetária, juros e honorários, porém, a ausência destes, pode acarretar enriquecimento injusto, e por uma questão de bom senso, poderão ser pleiteados.

1. **Considerações Finais:**

As obrigações surgem para ter existência transitória, com o objetivo de ter seu cumprimento efetivado.

O descumprimento de uma obrigação gera uma verdadeira crise na avença, no contrato, que o direito procura resolver da melhor maneira possível.

Estas formas utilizadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, como os institutos da mora, perdas e danos, juros legais, cláusula penal, e os efeitos das arras ou sinal, foram discutidas no decorrer do presente trabalho.

Depreende-se assim, que o ideal seria que as obrigações fossem cumpridas, sem a necessidade da coerção do direito, de acordo com o bom senso e a boa-fé dos indivíduos, mas como na prática, esse ideal não se efetiva, as medidas previstas na legislação devem ser aplicadas da melhor forma possível, levando a uma maior segurança nas relações jurídicas.

**Referências:**

BRASIL. Código Civil. Vade Mecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. v. 4, 1ª parte.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil.* 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 2: Teoria Geral das Obrigações.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>

< [http://www.tjsp.jus.br/Default.aspx#](http://www.tjsp.jus.br/Default.aspx)>

1. TJSP – Apelação 0050824-85.2008.8.26.0000 – Relator: Miguel Brandi – Comarca: Franco da Rocha – Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado – Data do julgamento: 27/07/2011 – Data de registro: 02/08/2011 – Outros números: 994080508240 – Resolução Contratual – Compromisso de compra e venda de bem imóvel (lote de terra) – Comprador que, após assinatura de termo aditivo de renegociação da dívida, voltou a se tornar inadimplente – Pretensão à rescisão contratual com a restituição dos valores pagos – Admissibilidade – Inteligência das Súmulas 2 e 3 deste Tribunal – Devolução ao autor do percentual de 90% dos valores que efetivamente recebeu, de uma só vez, devidamente corrigidos a partir de cada desembolso pelos índices da Tabela Prática desta Corte,*acrescidos de juros de 1% ao mês a partir da citação, até o efetivo pagamento* – Autorização para que as rés retenham o percentual de 10% (dez por cento) dos valores recebidos, a título de taxa administrativa- Apelo parcialmente provido. [↑](#footnote-ref-1)
2. São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X, CR/88). [↑](#footnote-ref-2)
3. 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. 186, Código Civil, 2002). [↑](#footnote-ref-3)