

# A RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL NO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL: AS NOVAS CONFIGURAÇÕES DA CLÁUSULA PENAL, DOS JUROS E DA CORREÇÃO MONETÁRIA.

Pedro Duarte Pinto, Luciana dos Santos Nunes

RESUMO: O presente artigo foi formulado pelos autores com a pretensão de realização de um estudo acerca da atual configuração da responsabilidade civil contratual no direito brasileiro, dada a crescente importância dos danos na relação contratual. Dentro dessa temática buscou-se, em específico, inicialmente, a realização de uma diferenciação entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, bem como uma análise elucidativa acerca dos institutos básicos destas. Outrossim, superadas tais considerações iniciais, focar-se-á no estudo do campo da responsabilidade contratual, com ênfase na análise da correção monetária, cláusula penal e juros, de modo a vislumbrar o estudo de sua conceituação, do alcance desses institutos, tal como da posição jurisprudencial sobre a aplicabilidade desses no novo paradigma constitucional e civilista.

Palavras-chaves: Responsabilidade Civil – Responsabilidade Civil Contratual – Cláusula Penal – Juros – Correção Monetária

ABSTRACT: The following article was formulated by the authors with the intention of conducting a study on the current configuration of contractual liability in Brazilian law, given the growing importance of the damages in the contractual relationship. Within this theme we sought, in particular, initially making a distinction between contractual and tort liability, as well as an informative analysis about their basic institutes. Moreover, there will be an approach to the field of contractual liability, with emphasis on the analysis of monetary correction, penalty and interest, in order to glimpse the study of its definition, the scope of these institutes, as jurisprudential position on the applicability of the new paradigm of constitutional and civil

Keywords: Liability - Contractual Liability – Penal Clause - Interest - Restatement

## 1. Introdução

O papel do Direito é o resguardo aos valores tidos como essenciais em determinado período histórico, cabendo a este a proteção do que é considerado lícito, e o estabelecimento de deveres à coletividade com vistas à repressão do ilícito, dentre os quais se destaca o dever geral de não causar dano a outrem, expresso pela máxima romana *neminem laedere*.

O descumprimento desses deveres, e a conseqüente ocorrência de danos, faz surgir a responsabilidade civil do infrator, gerando ao mesmo o dever de indenizar a vítima com vistas ao restabelecimento do *status quo anter*.

Essas violações, outrossim, sobrevêm não somente com relação aos deveres fixados pela lei, mas também com em face das obrigações fixadas livremente pela vontade das partes, ou seja, ocorrem no ambiente contratual, o que demanda uma regulamentação específica por parte do legislador.

Nesse contexto, a formulação do presente trabalho foi marcada pela pretensão de se promover estudo acerca da responsabilidade civil contratual no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, buscar-se-á, inicialmente, promover uma distinção desta para com a

responsabilidade extracontratual, ressaltando a cizânia doutrinária com relação à mesma, bem como a realização de estudo sobre os institutos básicos desta.

Outrossim, almejar-se-á, em específico, um exame dos juro, da correção monetária, da cláusula penal, das arras, uma vez que são institutos que tradicionalmente integram, em particular, essa espécie de responsabilidade civil. Desse modo, vislumbrar-se-á o estudo de suas conceituações, do seus alcances desses institutos, bem como se efetuará análise acerca da configuração dos danos na responsabilidade civil contratual, e da possibilidade de indenização em face desses, tudo em vista da posição doutrinária e jurisprudencial sobre a aplicabilidade dos mesmos no novo paradigma constitucional e civilista.

## **2. A responsabilidade civil contratual e extracontratual**

A responsabilidade civil surge como o dever de reparação do prejuízo sofrido em decorrência da violação de deveres jurídicos, ou seja, é dever jurídico sucessivo de indenizar aquele que sofreu dano em razão de descumprimento de determinando obrigação originária.

A origem do dever violado pode ser diversa, advindo de relação jurídica obrigacional existente entre as partes, ou de dever jurídico imposto pelo ordenamento a todos, de modo que a depender desta, para a doutrina tradicional, poderá ser a responsabilidade civil classificada em contratual ou extracontratual

Pela primeira há de se compreender o “dever de reparar o dano decorrente do descumprimento de uma obrigação prevista no contrato”<sup>1</sup>, ou seja, nesta se teria como fonte da responsabilidade civil a infração a um dever nascido de um vínculo preexistente entre as partes, o contrato.

Outrossim, a extracontratual, ou aquiliana, remete àquela que “teria por fundamento a imputação de dever de indenizar independente da existência de um prévio vínculo entre o agressor e o lesado, justificando-se, exclusivamente, pela ocorrência de um dano imputável ao agressor”<sup>2</sup>.

Assim, há de se conceber o ilícito extracontratual como a violação de um dever jurídico imposto pela lei, ao passo de que o contratual seria a transgressão daquele criado pelas partes no contrato.

---

<sup>1</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 288.

<sup>2</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, n. 19. Jul.-set. 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 261.

Essa classificação possui raízes históricas já arraigadas, uma vez que a responsabilidade contratual surge da evolução da responsabilidade subjetiva para a objetiva como tentativa de atribuir soluções às situações de vítimas de danos para as quais já haveria vínculo jurídico preestabelecido, bem como é reflexo visão liberal de que a liberdade de um indivíduo só pode ser limitada em razão da autonomia de sua vontade, ou por lei geral e abstrata. Nesse quadro, passa-se a conceber o poder de autonomia contratual para assegurar o trânsito de riquezas, de forma a estar acompanhado de eventual responsabilização em caso de eventual descumprimento.

Contudo, a doutrina a critica, uma vez que a mera distinção com relação à localização do dever jurídico preexistente não seria suficiente para a criação de dois sistemas distintos de responsabilidade, existindo, inclusive, diversos autores que se postam na defesa de uma unificação das mesmas pelo Direito Civil, tal como ocorreu com o Código de Defesa do Consumidor.

Para os defensores de uma concepção unitária só haveria a responsabilidade extracontratual, haja vista que em ambas há a violação de dever jurídico, que ocorreu pela quebra do dever geral de cuidado, ou seja, em decorrência de culpa, que ocorre com a mesma essência nas duas espécies de responsabilidade, tal como sintetiza Caio Mário ao escrever sobre o princípio da unidade da culpa<sup>3</sup>.

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor superou essa distinção no que diz respeito à responsabilidade no fornecimento de produtos e serviços, uma vez que transcende a noção de culpa, posto que o fundamento de sua responsabilização será a violação do dever de segurança.

Para os partidários da manutenção da atual distinção, a seu turno, o primeiro argumento é a diferenciação entre os deveres jurídicos violados, pois a contratual decorreria da transgressão a dever criado pela própria vontade das partes em relação jurídica preexistente, enquanto a extracontratual adviria de dever estabelecido na lei. Em outros termos, na “culpa contratual há a violação de um dever positivo de adimplir, que constitui o próprio objeto da avença, ao passo que na culpa aquiliana viola-se um dever negativo, isto é, a obrigação de não prejudicar, de não causar dano a ninguém”<sup>4</sup>.

Outrossim, sustenta-se, ainda, que o elemento culpa, utilizado como principal argumento para a reunião das responsabilidades, não mais se posta como centro do dever de indenizar, uma vez que com a evolução da responsabilidade civil, a imputação, seja de culpa,

---

<sup>3</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 244.

<sup>4</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 291.

risco, da realização de escolhas políticas, ou mesmo a repartição dos custos das externalidades advindas do desenvolvimento de atividade econômica, é que se posiciona como fonte geradora do dever de indenizar. Descentralizam-se, assim, as discussões da culpa, transportando essa importância para o próprio dano, para a vítima, o que, por si, já afasta as tentativas de se argumentar por uma união de responsabilidades.

Todavia, justifica-se, outrossim, a diferenciação pelo fato da responsabilidade civil contratual vincular-se à resolução de conflitos “circunscritos a um risco específico de dano, criado em razão da particular relação que se constitui entre dois ou mais particulares contratantes”<sup>5</sup>. Dessa forma, “em razão das circunstâncias materiais dessa relação preexistente, surgem diversas questões que não podem ser abordadas de maneira uniforme em relação às soluções propugnadas para os casos de responsabilidade civil extracontratual”<sup>6</sup>.

Outras distinções de valor prático ainda vão existir, tal como os diferentes prazos prescricionais, de dez anos para a pretensão derivada de um inadimplemento contratual, ou de três anos para a decorrente de ilícito absoluto. Evidencia-se, também, a distribuição do ônus da prova; a necessidade de se constituir o devedor em mora na responsabilidade contratual; a data para o início do cômputo dos juros de mora; bem como a regra de que na responsabilidade contratual a amplitude da indenização deve estar limitada aos parâmetros do contrato.

Respeitadas as duas correntes acima expostas, há de se adotar o entendimento de que não existiriam dois gêneros de responsabilidade civil, a dizer uma contratual e outra extracontratual. Haveria, sim, a responsabilidade civil como gênero único, para qual se teria o dano, a conduta e o nexo causal como seus pressupostos genéricos e que comporiam uma Teoria Geral da responsabilidade civil, ao passo de que haveriam subgrupos, espécies de responsabilidade para as quais se aplicariam regras específicas, voltados aos seus problemas particulares, tal como se compreende a responsabilidade do Estado, do transportador, do segurador, do profissional liberal, e, por logo, a responsabilidade contratual.

Assim, existiria uma responsabilidade contratual, com regras diversas e específicas daquelas aplicadas em outros casos, guardando todas as peculiaridades previa e futuramente expostas, e que guardaria pertinência a uma Teoria Geral da Responsabilidade Civil, junto aos

---

<sup>5</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, n. 19. Jul.-set. 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 265.

<sup>6</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, n. 19. Jul.-set. 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 265.

demais casos específicos de responsabilidade, o que inclui uma responsabilidade extracontratual aplicada às situações em que não houvesse um regramento próprio.

Superada essa discussão, cabe discorrer acerca dos pressupostos da responsabilidade civil contratual, que, tal como a extracontratual deve apresentar uma conduta, um dano, e o nexo causal entre estes, os quais são regidos pelas disposições concernentes à responsabilidade extracontratual.

Excepciona-se, todavia, o nexo causal que terá regra específica destinada à responsabilidade contratual, visto que o artigo 403 do Código Civil de 2002 posta-se a exigir que o dano resulte direta e imediatamente da inexecução. O ordenamento, por logo, exige uma relação implicacional necessária e direta entre o descumprimento do dever jurídico contratual pelo devedor e o dano percebido pelo credor, de modo que presente causa superveniente não imputável ao devedor, bem como se a impossibilidade do cumprimento decorrer de caso fortuito ou força maior, não haverá a responsabilização deste.

Ressalta-se que nos casos em que o caso fortuito ou força maior apenas retardem o cumprimento da obrigação, não estará o devedor desobrigado, produzir-se-á efeito liberatório somente com relação à mora.

Vai-se exigir, também, a existência de um contrato válido entre o credor e o devedor, ou seja, para que se configure a responsabilidade contratual, é preciso que da vontade livre dos contraentes tenha surgido negócio jurídico, ao qual estarão as partes vinculadas à sua realização em razão do princípio da obrigatoriedade.

O segundo pressuposto específico desta espécie de responsabilidade é a inexecução do contrato, seja esta referente ao todo ou parte deste, de modo que a ocorrência do ilícito contratual se materializa através do inadimplemento ou da mora.

Desta forma, ao contrair determinada obrigação por meio de contrato, o devedor está obrigado a efetuar a prestação devida de um modo completo, que, caso não venha a ocorrer, estabelece-se “uma obrigação nova, que se substitui à obrigação preexistente no todo ou em parte: a obrigação de reparar o prejuízo consequente à inexecução da obrigação assumida”<sup>7</sup>. Concebe-se, portanto, que “na responsabilidade contratual a indenização funciona como substitutivo da prestação contratada”<sup>8</sup> e que não foi cumprida.

Nesse contexto, conforme previamente exposto, a inexecução contratual pode ser dividida entre a mora e o inadimplemento, para os quais há de se estabelecer uma distinção.

---

<sup>7</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 149.

<sup>8</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 293.

Em primeiro lugar, a mora pode ser compreendida como a inexecução temporária de uma obrigação contratual, ou melhor, “é o atraso ou falta do adimplemento no tempo, lugar e forma previstos, por ato ou omissão imputável ao devedor ou ao credor”<sup>9</sup>. Concebe-se, portanto, que pode incorrer em mora tanto credor, quanto o devedor, independente de culpa, de modo que é nessa distinção que se funda a classificação das espécies de mora.

A mora do devedor ocorre quando este retarda o cumprimento da obrigação, ou não o faz conforme outros aspectos da pactuação, embora continue “obrigado a cumprir sua prestação, se esta continua valiosa ao credor, acrescida da reparação pelos danos causados com o atraso, dos juros moratórios e dos honorários de advogado”<sup>10</sup>. Para que esteja o devedor em mora, por logo, exige-se que a obrigação seja líquida, certa e exigível, de modo que faltando este, ou seja, se não houver data certa para o cumprimento da obrigação, deverá o credor interpelar o devedor judicial ou extrajudicialmente, constituindo-o em mora.

A mora do credor, por sua vez, pode ser vista como consequência da falta de cooperação deste para com o devedor, o que acarreta em um atraso do adimplemento, ou seja, a mora. Assim, não só a mora do devedor, mas também a do credor pode gerar a responsabilização civil, com o pagamento de perdas e danos, e com a resolução do negócio jurídico, tendo como pressupostos: a exigibilidade da prestação; a prática de atos pelo devedor com vistas ao adimplemento e a recusa do credor a recebe-lo, embora possa essa ser justa, e, portanto, afastar-se-á a mora.

A purgação da mora, ademais, pode ser entendida como o “ato jurídico por meio do qual a parte neutraliza os efeitos do seu retardamento, ofertando a prestação devida ou aceitando-a no tempo, lugar e forma estabelecidos pela lei ou pelo título da obrigação”<sup>11</sup>.

O inadimplemento absoluto, a seu turno, ocorre quando “a obrigação não foi cumprida, nem mais subsiste para o credor a possibilidade de receber a prestação”.<sup>12</sup> Tem-se, portanto, o inadimplemento absoluto da obrigação contratual quando esta se torna inútil ao mesmo, ou seja, caso não o traga qualquer proveito ou utilidade prática; ou não atenda ao seu legítimo interesse; ou perca sua finalidade econômica, haver-se-á a inutilidade da prestação.

Nesse diapasão, a utilidade da prestação deve ser aferida com base em critérios objetivos, visto que não podem depender da mera subjetividade do credor. Com base nessa

---

<sup>9</sup> LÔBO, Luiz Paulo Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 267.

<sup>10</sup> LÔBO, Luiz Paulo Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 270.

<sup>11</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodrigo. *Novo curso de direito civil*, volume II: obrigações. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 320.

<sup>12</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 44.

premissa, a doutrina passou a conceber, com baldrame no princípio da boa-fé, a teoria do adimplemento substancial.

Este constitui-se em “um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização e/ou de adimplemento, de vez que aquela primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé”<sup>13</sup>.

Nesses termos, a exclusão da resolução contratual, como conteúdo do adimplemento substancial, representa uma evolução na teoria contratual amparada pelo fenômeno da constitucionalização do Direito Civil e pelo surgimento de novos princípios, como o da boa-fé objetiva, de forma a se manifestar como instrumento da superação de antigos abusos que existiam no ambiente contratual.

Outrossim, ocorrido o inadimplemento absoluto, e na falta de tutela jurídica específica, preceitua o artigo 389 do Código Civil que “responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. Neste dispositivo, desta forma, reside um fundamento da responsabilidade civil contratual, já que frente ao inadimplemento contratual, o patrimônio do devedor irá responder pelas perdas e danos.

No inadimplemento absoluto contratual, nesse quadro, a culpa não irá se distinguir do dolo para fins de responsabilização do devedor, conforme prescreve o artigo 392 do Código Civil, uma vez que responderá por culpa pelos danos que causar à outra parte, não obstante, no contratos benéficos, aquele a quem não se aproveita o contrato somente responderá por dolo.

Destaca-se que a culpa ocupa posição na responsabilidade contratual distinta daquela que se concebe para a responsabilidade extracontratual, visto que em regra se presume. A culpa presumida, desta forma, pressupõe a inversão do ônus da prova, “cabendo ao credor demonstrar, apenas, que a obrigação não foi cumprida; o devedor terá que provar que não agiu com culpa, ou, então, que ocorreu alguma causa excludente do próprio nexo causal”<sup>14</sup>. No entanto, essa espécie de culpa não decorre necessariamente da responsabilidade contratual, fazendo-se mandatório a existência de uma obrigação de alcançar certo resultado, de modo que somente se não o fizer, é que haverá culpa presumida.

---

<sup>13</sup> BECKER, Anelise. A doutrinado adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade Direito UFRGS*. v. 9. n.1. 1993. p. 60.

<sup>14</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 291.

Ademais, atualmente o “Código Civil contém cláusula geral que tutela interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”<sup>15</sup>, ou seja, a previsão de uma função social para os contratos gerou um novo paradigma interpretativo para a responsabilidade civil contratual, posto que o contrato deverá guardar pertinência para com esta, seja em seu interior, seja para a exterioridade, cumprindo importantes funções, tal como o reforço ao princípio da conservação do contrato; a mitigação do princípio da relatividade em relação a terceiros; e a imposição de restrições à onerosidade excessiva nos contratos.

Desta forma, observa-se que o campo da responsabilidade civil contratual é plural e heterogêneo, aberto a discussões e marcado por frequentes evoluções, tais quais as que serão estudadas a seguir.

### **3. Dos Juros Moratórios e da Correção Monetária**

Consoante o artigo 389 do Código Civil, previamente trabalhado, o devedor, em caso de inadimplemento, responde por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, bem como por honorários advocatícios.

Nesse contexto, os juros podem ser conceituados como o “fruto civil correspondente à remuneração devida ao credor em virtude da utilização do seu capital”<sup>16</sup>, de modo que, em regra, são obrigação acessória, em dinheiro, mas nada impede que se fixem em outros bens patrimoniais.

Os juros, nesse quadro, podem ser legais, quando fixados pela lei, ou convencionais, quando derivam de acordo firmado entre as partes. Dentro dessas duas espécies, podem os juros ser compensatórios ou moratórios. Serão compensatórios aqueles que “objetivam remunerar o credor pelo simples fato de haver desfalcado o seu patrimônio, concedendo o numerário solicitado pelo devedor”<sup>17</sup>, ao passo de que os segundos são a pena pelo atraso no adimplemento, ou seja, são a “indenização devida ao credor por força do retardamento culposo no cumprimento da obrigação”<sup>18</sup>, de forma que são devidos ainda que não se alegue prejuízo, por força do artigo 407.

---

<sup>15</sup> FACHIN, Luiz Edson. Contratos e responsabilidade civil: duas funcionalizações e seus traços. *Revista dos Tribunais*. v. 903, jan. 2011. p. 33.

<sup>16</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodrigo. *Novo curso de direito civil*, volume II: obrigações. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 332.

<sup>17</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodrigo. *Novo curso de direito civil*, volume II: obrigações. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 332.

<sup>18</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodrigo. *Novo curso de direito civil*, volume II: obrigações. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 333.

Embora, para efeitos de responsabilidade civil contratual, trabalhe-se apenas com os juros moratórios, há de se estabelecer breve distinção para com os compensatórios. Nesse diapasão, Arnaldo Wald escreve que “os juros compensatórios são geralmente convencionais, por dependerem de acordo prévio das partes sobre a operação econômica e as condições em que a mesma deveria ser realizada, mas podem decorrer de lei ou de decisão jurisprudencial”<sup>19</sup>, ao passo de que os moratórios não possuem regra geral.

Os juros moratórios, a seu turno, são contados a partir da citação inicial, por força do disposto no artigo 405, embora seja regra supletiva, e portanto afastável por estipulação contratual das partes. Outrossim, são exigíveis independente de previsão expressa, de forma que a Súmula 254 do Supremo Tribunal Federal afirma que esses se incluem na liquidação, ainda que sejam omissas a petição inicial ou a condenação pelo juiz.

Dentro da temática dos juros, há de se atribuir importância à discussão acerca de suas limitações, pois, conforme escreve Paulo Lôbo, “é de interesse coletivo que os juros sejam limitados pela lei, pois sempre constituíram campo fértil para abusos e exploração desenfreada dos devedores ou da usura”<sup>20</sup>.

Nesse sentido, a Lei de Usura, Decreto-Lei n. 22.626 de 1933, posta-se a vedar qualquer forma de juros que seja estipulada com taxa acima do dobro da taxa legal, ou seja, superior a 12% ao ano, cuja aplicação, durante a vigência do Código Civil de 1916, dava-se tanto para os juros convencionais, como para os legais, embora, atualmente, conceba-se, apenas, para parte da doutrina<sup>21</sup>, aplicação no tocante aos juros convencionais.

Todavia, com a ambiência do Código Civil de 2002, passou o artigo 406 a determinar que “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.”

Esta previsão abre espaço para uma discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da taxa a ser aplicada, uma vez que se passa a permitir a aplicação de duas formas de cálculos de juros, quais sejam, primeira, o limite de 12% estabelecido por força do §1º do artigo 161 do Código Tributário Nacional; ou a taxa SELIC, utilizada como parâmetro para a remuneração dos títulos públicos.

Não obstante a controvérsia acerca do paradigma a ser aplicado, a própria utilização da taxa SELIC gera certos problemas, uma vez que esta não se confunde com os juros, visto

---

<sup>19</sup> WALD, Arnaldo. *Obrigações e Contratos*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 132.

<sup>20</sup> LÔBO, Luiz Paulo Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 291.

<sup>21</sup> LÔBO, Luiz Paulo Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 292.

que “compreende, a um só tempo, juros moratórios, juros compensatórios ou remuneratórios, e indisfarçável conotação de correção monetária”<sup>22</sup>. Desse modo, a aplicação dessa taxa gera uma duplicidade de atualizações monetárias, haja vista que a incidência dessa já ocorre por força do artigo 389 do Código Civil, segundo já explicitado.

Nesse diapasão, entende majoritariamente a doutrina pela aplicação da taxa máxima prevista pelo Código Tributário Nacional ante à ausência de acordo prévio acerca dos mesmos pelas partes.

Cabe pontuar, outrossim, que por força da Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal, não se aplicam às instituições financeiras os limites máximos concernentes aos juros e outros encargos, ou seja, fogem à incidência da Lei de Usura, bem como dos demais dispositivos legais, com vistas à manutenção de uma suposta saúde econômica para essas instituições essenciais à nação.

Entretanto, o advento do Código de Defesa do Consumidor e sua aplicabilidade a essas instituições, passa-se a conceber a incidência de suas normas com vistas à proteção do consumidor nos contratos de adesão bancários, o que fornece uma certa limitação à abusividade das taxas de juros moratórias e compensatórias aplicadas, concebendo-se, inclusive, a possibilidade de revisão contratual em face dessas.

Outrossim, é imperioso que se pontue acerca do anatocismo, que remete à possibilidade de ocorrência de juros compostos, ou seja, de capitalização de juros, que é a incorporação periódica dos juros à dívida, sobre a qual incidirá novos juros. Nesses termos, o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento, na Súmula 121, de que é vedada essa capitalização, ainda que previamente convencionada, não obstante o mesmo tribunal já tenha se manifestado pela possibilidade de seu uso quando a lei autorizar.

Ademais, os créditos de juros distinguem-se do principal, de forma que podem ser cedidos e quitados separadamente, embora na falta de disposição expressa siga a sua sorte, visto que é bem acessório.

Quanto à correção monetária, por sua vez, não pode ser vista como parcela acessória ou acréscimo, tal como se procede com os juros, “nem consequência do inadimplemento, como as perdas e danos; tem por finalidade corrigir monetariamente o valor da dívida líquida, inclusive da dívida de dinheiro, desde o instante de sua fixação ou liquidação, até o momento

---

<sup>22</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodrigo. *Novo curso de direito civil*, volume II: obrigações. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 336.

do pagamento”<sup>23</sup>, ou seja, posta-se como o reajuste do valor nominal da moeda, com vistas a evitar que haja o enriquecimento sem causa do devedor.

Nesse sentido, embora o artigo 389 expresse que as correções monetárias serão feitas de acordo com os índices oficiais regularmente estabelecidos, não mais faz uso o governo dessa prática. Dessa forma, vão existir diversos índices aplicáveis, a depender da estipulação contratual, ou mesmo do Tribunal que está a julgar, embora, via de regra, faça-se uso de índices oficiais emitidos por órgãos da Administração Pública, como por exemplo aquele fornecido pelo IBGE.

Nesse quadro, vislumbradas as peculiaridades acerca dos juros e da correção monetária, trabalhar-se-á, no próximo tópico, acerca da cláusula penal e de sua importância para fins de responsabilidade civil contratual.

#### **4. Cláusula Penal**

Cláusula penal é um pacto acessório ao contrato, fixada previamente e será aplicada em consequência da mora ou inadimplemento. Sua imposição cabe às partes, não existe lei que determine sua aplicabilidade, embora exista uma previsão legal para os limites e restrições. Apesar do nome sua natureza é sempre civil, podendo ser determinada no próprio contrato ou em documento separado, mas vinculará da mesma forma, sendo afetada pelos mesmos vícios do contrato principal, pois deste é acessório.

Em um único contrato pode existir mais de uma cláusula penal, cada uma com uma finalidade distinta, dizendo respeito a partes variadas do contrato, podendo ser uma para mora, outra para determinada cláusula, devendo sempre se referir a um inadimplemento.

Devido a sua natureza de penalidade não admite que seja fixada tacitamente, é sempre expressa, mesmo que em documento separado do contrato.

A cláusula penal será cabível em duas situações, conforme prevê o art. 408 do Código Civil: na hipótese de mora ou do inadimplemento culposo. A mora será sempre elemento objetivo, bastando apenas que se configure para que a penalidade seja aplicável. Já o inadimplemento culposo do devedor possui um elemento subjetivo em favor deste: não será aplicável em casos de força maior, caso fortuito, fato da Administração Pública, fato do próprio credor ou fato de terceiro.

---

<sup>23</sup> LÔBO, Luiz Paulo Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 292.

Possui uma função tríplice: de pena convencional; de compensação ou prefixação da indenização; e de reforço ou garantia da obrigação. As funções mudam a forma que a cláusula será aplicada, ou seja, a depender ao tipo de contrato, ou se ela se refere ao contrato todo ou uma única cláusula.

Quando é aplicada como pena convencional a cláusula assume dois aspectos: primeiro serve como forma de reforço, um estímulo para o cumprimento da obrigação. Em segundo lugar serve como desestímulo ao inadimplemento. A função de pena é exigível independente de alegação de prejuízo ou dano, basta o inadimplemento, é por isso que será exercida sem prejuízo da indenização por perdas e danos.

Já com a função de prefixação da indenização é utilizada principalmente em obrigações de caráter não pecuniário. Nesse tipo de obrigação existe uma maior dificuldade de quantificar o dano, por isso a cláusula penal facilitaria já deixando determinado em contrato o valor devido caso exista inadimplemento.

Por fim, a função de reforço ou garantia da obrigação foi prevista no art. 411 do Código Civil sendo usada nas seguintes hipóteses: no caso de mora ou como segurança de cláusula determinada do contrato. Nessas hipóteses será exigível cumulativamente o adimplemento da prestação e a pena convencional.

Em relação aos limites, dispõe o artigo 412 do CC que não poderá exceder o valor da obrigação principal, e ainda, o artigo 413, que deve ser reduzida se a obrigação for cumprida em parte ou se mostrar excessiva. Por ter ligação direta com a responsabilidade contratual, por consequência com a indenização que deverá ser fixada quando ocorra dano, esses aspectos serão melhor vistos à frente.

## **5. Arras**

Arras, também chamadas de “entrada” ou “sinal”, constituem a entrega de dinheiro ou coisa na conclusão do contrato, para garantia de sua execução. Elas confirmam o acordo das partes, garantindo a futura execução, ou irão fixar o mínimo da indenização devida, podendo ainda fixar a indenização compensatória pelo arrependimento de uma das partes.

Não devem ser confundidas com um pré-contrato, embora possam integrá-lo. As normas das arras possuem caráter dispositivo ou supletivo, e serão aplicadas apenas se os contratantes não dispuserem em contrário. Se o contrato for executado as arras devem ser devolvidas, salvo se puderem ser computadas na prestação devida, ou se forem em dinheiro. Se funcionarem como princípio de pagamento (o que não acontece sempre), irão transferir a

propriedade da coisa ou do dinheiro para o credor, desde que possam ser computadas à prestação.

Podem ser de dois tipos: confirmatórias ou penitenciais. Confirmatórias servem apenas para garantir a futura execução. Paulo Lôbo<sup>24</sup> explica as confirmatórias:

As arras exercem função importante no inadimplemento, inclusive por impossibilidade culposa da prestação, ou seja, se o inadimplente for o devedor (o que deu as arras), o credor terá direito de retê-las, como garantia de indenização por perdas e danos; se for o credor (o que recebeu as arras), terá de devolvê-las e mais o valor equivalente. As arras retidas correspondem ao mínimo de indenização por inadimplemento, mas o inadimplente ficará sujeito à indenização complementar, se o valor do prejuízo superá-las.

Já as penitenciais servem como penalidade por o inadimplemento, ou seja, sendo o contrato descumprido as arras funcionarão como uma indenização. Se quem se arrependeu foi quem deu as arras, as perderá, se foi de quem as recebeu, devolverá as arras mais o seu equivalente. Não é cabível aqui qualquer indenização suplementar porque aqui não se caracteriza nem inadimplemento nem ato ilícito, mas sim exercício de direito. Para Paulo Lôbo<sup>25</sup> “o direito de arrependimento nada tem a ver com cláusula penal: esta incide no inadimplemento sem direito a desvincular-se da obrigação; naquele há o direito do contratante de retirar-se do contrato”.

## **6. O dano e a indenização**

Fala-se em uma responsabilidade contratual quando ocorre um dano pelo descumprimento do contrato, ou por seu cumprimento imperfeito. Ou seja, é o ilícito pelo descumprimento do acordo.

É necessário, todavia, na relação contratual se respeitar alguns princípios, dentre eles se destacam o da boa-fé objetiva, o da função social do contrato e equilíbrio contratual. Violando-se qualquer um desses princípios passa a haver a possibilidade de ocorrência de dano, não só para as partes contratantes, mas também para terceiros, quando, por exemplo, o contrato não está cumprindo sua função social, ou seja, não respeita os direitos da coletividade, é a violação de um dever jurídico específico, independente do cumprimento das prestações<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> LÔBO, Luiz Paulo Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 297

<sup>25</sup> LÔBO, Luiz Paulo Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 298

<sup>26</sup> FACHIN, Luiz Edson. Contratos e responsabilidade civil: duas funcionalizações e seus traços. *Revista dos Tribunais*. v. 903, jan de 2011, p. 33.

Ocorrendo o dano o autor deverá repará-lo, ou compensá-lo, quando dano moral. Não é incomum posição jurisprudencial dando caráter apenas material para o dano decorrente de relação contratual, salvo grave ofensa a personalidade, nesse sentido podemos ver jurisprudência do STJ<sup>27</sup>:

O inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante – e normalmente o traz – trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade.

Em decisão mais recente<sup>28</sup>:

Conquanto a jurisprudência do STJ seja no sentido de que *o mero inadimplemento contratual não ocasiona danos morais*, esse entendimento deve ser excepcionado nas hipóteses em que da própria descrição das circunstâncias que perfazem o ilícito material é possível se verificar consequências de cunho psicológico que são resultado direto do inadimplemento.

O entendimento, como se pode ver, é o contrário do utilizado na responsabilidade extracontratual que não precisa ser provado da mesma forma que o dano material, bastando apenas a prova da ofensa em si, como demonstra o trecho a seguir<sup>29</sup>:

A jurisprudência do STJ vem se orientando no sentido de ser desnecessária a prova de abalo psíquico para a caracterização do dano moral, bastando a demonstração do ilícito para que, com base em regras de experiência, possa o julgador apurar se a indenização é cabível a esse título.

Ou seja, enquanto na responsabilidade extracontratual basta a demonstração do ilícito para a configuração do dano moral, na relação contratual o mero inadimplemento não será suficiente, devendo ficar claro uma forte ofensa aos direitos da personalidade.

Mesmo com essa ressalva o dano moral na responsabilidade contratual é possível, desde que cumpra os seguintes requisitos: ser relacionado com algum dano à direito da personalidade, a existência de uma obrigação preexistente e o inadimplemento da obrigação.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial N.º 338162/MG, Recorrente: Ilza Santos Pereira, Recorrido: Turazul Viagens Ltda, Relator(a): Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 20/11/2001, DJ 18/02/2002 PP 00459.

<sup>28</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento N.º 1010856/RJ, Agravante: Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico, Agravado: Wilson Marturelli, Relator(a): Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 18/11/2010, DJe 01/12/2010.

<sup>29</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial N.º 1109978/RS, Recorrente: José Otávio Pedrosa, Recorrido: Banco Bradesco S/A, Relator(a): Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/09/2011, DJe 13/09/2011.

Quem causou um dano deve repará-lo, e quem o sofreu possui a pretensão contra o responsável. As reparações decorrentes de danos causados, tanto de responsabilidade contratual quanto extracontratual, são dívidas de valor apuradas no momento do adimplemento, sem atualização monetária, já que são dívidas de valor e não de dinheiro. Já as dívidas de dinheiro, conforme dispõe o art. 404 do CC, serão pagas com atualização monetária, segundo índices oficiais, abrangendo ainda juros e cláusula penal. A indenização, então, deverá ser fixada levando os aspectos acima em consideração, entretanto, poderá ser acrescida ou diminuída, podendo até evitar a liquidação do dano a depender os institutos que foram aplicados ao contrato.

As arras possuem como finalidade facilitar a indenização, e não limitá-la. Nos casos de arras confirmatórias a indenização não se esgota nelas, cabendo a complementação, desde que provado o prejuízo maior pela parte inocente. A indenização será composta então das arras, sua complementação e atualização monetária. Não é admitido, todavia, a cumulação de arras e indenização, o que se permite é a complementação, funcionando as arras como indenização mínima. É cabível, portanto, a indenização suplementar para arras confirmatórias. Se forem penitenciais, no entanto, não há que se falar em indenização, como já dito, por constituir direito de arrependimento. Se foi previsto um direito de arrependimento é porque as partes concordaram que durante a execução do contrato qualquer uma delas poderia desistir, não há dano aqui, portanto, não caberá indenização. O STJ<sup>31</sup> confirma o entendimento:

Com relação às arras, sabe-se que no Direito brasileiro essas possuem, em regra, o sentido de confirmação de um contrato comutativo, sendo, nessa hipótese, designadas arras confirmatórias.

O ordenamento jurídico permite, ainda, que, desde que pactuadas, as arras sejam estipuladas no contrato conjuntamente com o direito de arrependimento, nesse caso, fala-se em arras penitenciais, que devem estar expressamente previstas no ajuste e que, uma vez pactuadas, impedem o direito à indenização suplementar.

As arras confirmatórias são um pacto acessório e caracterizam-se pela entrega por uma parte à outra de um valor em dinheiro, ou outro bem móvel, visando confirmar a celebração do negócio jurídico principal, tornando-o obrigatório, com o objetivo de impedir o arrependimento de qualquer das partes. Assim, na hipótese de o negócio ser desfeito por motivo imputável a quem deu as arras, este as perderá em benefício do que recebeu (art. 1.097 do Código Civil de 1916 e art. 418 do Código Civil vigente). Por outro lado, se a inexecução for imputável a quem recebeu as arras, este deverá devolvê-las em dobro, além de correção monetária, juros e honorários advocatícios. Note-se que, se o desfazimento do negócio for consensual, ou por motivo de força maior, as arras devem ser devolvidas a quem as prestou.

---

<sup>30</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de Andrade. Dano Moral em caso de descumprimento de obrigação contratual. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 53. jan - mar de 2005. p. 56.

<sup>31</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial N.º 826827/MT, Recorrente: Case Brasil e Companhia, Recorrido: Pedro Ivo de Freitas, Relator(a): Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 12/08/2010, DJe 19/10/2010.

Quanto à cláusula penal, o modo como afetará a indenização quando ocorrer algum dano irá obrigatoriamente depender da função que lhe foi dada. Segundo o Código Civil (art. 413) a função irá depender da natureza e finalidade do negócio.

Paulo Lôbo divide as funções em três: de pena convencional, de compensação e reforço. A cláusula penal com função de garantia é cumulativa com a indenização por perdas e danos, já que a alegação do prejuízo não é necessária. Então, havendo inadimplemento, independente da prova de prejuízo, a cláusula será cabível. Porém, se o prejuízo for maior, ou seja, se exceder à cláusula o credor deve provar o prejuízo excedente. Aqui o dano pode ser quantificado e a cláusula funciona como uma penalidade ao não cumprimento, não impedindo, entretanto indenização por perdas e danos caso o dano se mostre superior ao valor da cláusula. É aplicável, portanto, às prestações pecuniárias, e a cláusula terá função de pena desestimulando o descumprimento, pois, caso esse ocorra, será aplicável em sua totalidade, e, como o dano pode ser exatamente quantificável, provando-se que a cláusula não cumpriu totalmente o prejuízo é cabível ainda indenização por perdas e danos do excedente.

Quando possui natureza compensatória ocorrendo o total inadimplemento a indenização poderá ser exigida independente de prova do dano ou da liquidação do seu valor, não cabendo, entretanto indenização suplementar, pois a cláusula é por si só uma indenização. É usada principalmente nas obrigações não pecuniárias, aquelas onde a liquidação do dano é difícil.

Para Paulo Lôbo<sup>32</sup> deve-se seguir a regra do art. 413 do CC, provando o devedor que o prejuízo foi substancialmente menor do que o valor da cláusula o juiz deverá reduzi-la equitativamente. Entretanto não admite o contrário, não sendo cabível o mesmo para o credor, que ao fixar cláusula penal assume o risco, não podendo então exigir indenização suplementar, salvo disposição no contrato em contrário, pois ele aceitou aquele valor como completamente satisfatório, seja qual for o dano.

Essa posição nos parece injusta, mesmo que a majoração de indenização não tenha sido prevista em contrato, nos parece que seja cabível principalmente se o contrato for de adesão. O contrato, desde a reforma do código civil de 2002 se tornou muito mais constitucionalizado, fazendo com que o princípio do “*pacta sunt servanda*” seja relativizado, abrindo espaço para o princípio da boa-fé nas relações contratuais. Segundo Medina<sup>33</sup>:

---

<sup>32</sup> LÔBO, Luiz Paulo Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 306.

<sup>33</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; MESQUITA, Renata Paccola. A responsabilidade contratual sob os princípios da nova teoria do contrato. *Revista dos Tribunais*, v. 896, jun. 2010, p. 41.

A figura do contrato, moldado sobre os princípios da autonomia da vontade e força obrigatória do contrato, não mais se enquadra na realidade de um Estado Democrático de Direito. Atualmente, o ordenamento jurídico preocupa-se com o respeito aos direitos fundamentais do homem, na busca de um contrato justo e equilibrado.

Além dessa relativização também se deve considerar a maximização do uso dos contratos de adesão. As relações contratuais há muito não são mais paritárias, com as crescentes relações de consumo a livre determinação das cláusulas contratuais deu lugar aos contratos de adesão<sup>34</sup>, onde uma das partes pré-fixa as condições, restando à outra apenas aceitar ou não as cláusulas impostas, sem real negociação das condições.

Então, ao fixar a cláusula penal para esse tipo de prestação, só se leva em conta o prejuízo material que pode vir a sofrer, porém o dano moral não pode ser previamente fixado, pois não se sabe como acontecerá. Por exemplo, um casal contrata uma empresa para tirar as fotos de seu casamento, estabelecendo cláusula penal para o seu não comparecimento. O fotógrafo de fato não comparece no dia do casamento, ficando o casal sem nenhum registro do evento. O valor da cláusula penal cobre os prejuízos materiais, e pela regra, como o dano é de difícil valoração (afinal, o que de fato se perdeu?), não caberia complementação. Parece-nos, óbvio, no entanto que os prejuízos morais não estão completamente cobertos, pois o casal dificilmente poderia, antes do dano acontecer, prever como se sentiriam com o inadimplemento, não podendo, dessa forma, já ter fixado um valor para esse dano. O dano moral só pode ser “valorado” depois de sofrido, porque só depois do dano é que o indivíduo saberá quais dos seus direitos da personalidade foram afetados. Na realidade com a atual imposição de cláusulas nos contratos de adesão o dano moral sequer é cogitado.

Então, mostrando-se o dano muito superior ao valor da cláusula, o valor deveria ser equitativamente complementado, da mesma forma que pode ser diminuído. Não se pode falar em risco assumido com a cláusula penal quando o contrato foi de adesão, pois uma das partes, geralmente a que sofre o dano, não a estabeleceu, apenas a aceitou. Deve-se considerar que firmando um contrato de prestação de serviço, como o exemplo do fotógrafo, a cláusula penal é estabelecida para o não cumprimento da parte mais forte da relação, sendo, entretanto, este de adesão, a empresa fixou cláusula penal muito baixa, de modo que será insuficiente para a compensação do dano. Não se fala aqui de indenização complementar, mas sim de aumento equitativo.

---

<sup>34</sup> Para uma melhor definição do contrato de adesão remetemos ao artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”

Na IV Jornada do Conselho da Justiça Federal, foram aprovados os enunciados 355 e 356, respectivamente:

Enunciado 355: Não podem as partes renunciar à possibilidade de ser reduzida equitativamente a cláusula penal, se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no artigo 413 do Código Civil, por ser a mesma preceito de ordem pública.

Enunciado 356: Nas hipóteses previstas no artigo 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício.

Christiano Cassettari, que propôs os enunciados os justifica<sup>35</sup> pelo excessivo uso dos contratos de adesão, impossibilita uma das partes de modificar o conteúdo o que termina por facilitar abusos por parte da outra. A nosso ver, mesmo que com menor frequência, a cláusula pode ser usada para impedir uma compensação justa, o que termina por ser também um abuso, assim, se a cláusula se mostrasse muito inferior ao dano sofrido, deveria ser equitativamente aumentada. Do modo como a doutrina a apresenta atualmente, a cláusula compensatória terá espaço sempre que houver o inadimplemento, se a prestação não mais puder ser cumprida, devendo a parte prejudicada pelo inadimplemento aceitar a cláusula da forma que se encontra, pleitear a sua diminuição se for excessiva, ou, partir para a penosa liquidação do dano, que é o que a cláusula penal compensatória tenta evitar, em primeiro lugar. Feita a ressalva, mostra-se o entendimento do STJ<sup>36</sup>:

Assim, caso haja inadimplemento, em se cuidando de cláusula penal compensatória, o credor poderá escolher entre a exigência da prestação principal (cumulada com eventual indenização por perdas e danos) ou a execução somente da pena convencional.

É certo, outrossim, que se apenas parte da obrigação for cumprida (inadimplemento parcial), poderá incidir a aludida cláusula penal, desde que o valor seja equitativamente reduzido (art. 924 do CC/1916 e 413 do CC/2002).

Na espécie, contudo, o Tribunal estadual consignou que a obrigação foi cumprida integralmente pelo devedor, embora a destempo e, como a cláusula penal pactuada era a compensatória, não poderia ela ser exigida.

Com efeito, se o devedor em mora adimpliu a obrigação em sua totalidade e o credor assim assentiu, não pode ele exigir, de forma cumulada, a cláusula penal compensatória, podendo fazer uso, apenas, de eventual ação de indenização por perdas e danos.

Diferente da cláusula penal compensatória, a de reforço pode ser exigida juntamente com cumprimento do contrato, na configuração da mora exige-se a cláusula e também o

---

<sup>35</sup> CASSETTARI, Christiano. Aspectos Práticos da Responsabilidade Civil Contratual: Uma análise da aplicação dos enunciados da IV Jornada do Conselho da Justiça Federal sobre a função social da cláusula penal. *Direito Contratual: temas atuais* / coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. São Paulo: Método, 2007, p. 332.

<sup>36</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento N.º 433570/MG, Agravante: ABC Indústria e Comércio S/A ABC Inco, Agravado: Ilor Nelson Briancini, Relator(a): Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado Do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 01/10/2009, DJE 20/10/2009.

cumprimento. O descumprimento não é total, refere-se ao descumprimento de cláusula específica, devendo a cláusula penal ser explícita nesse sentido. Mesmo se a mora for purgável a cláusula penal ainda será aplicável, podendo ainda ser cumulada com os juros moratórios, se estes existirem. Se a mora não for purgável o inadimplemento será total, passando a cláusula penal a ter função compensatória.

Os juros moratórios são acréscimos que integram o montante das perdas e danos, por força de lei. Compõem o valor da dívida e não das perdas e danos e serão devidos apenas se expressamente convencionados nos negócios jurídicos admitidos em lei.

As reparações em dinheiro devem ser todas pagas com valor atualizado, a partir do inadimplemento, e seguindo os índices oficiais de correção monetária nas obrigações de pagamento em dinheiro além do valor atualizado, cabem juros e cláusula penal. Não havendo cláusula penal e os juros se mostrarem insuficientes o juiz poderá fixar indenização suplementar que irá completar o valor atualizado, ou seja, aquilo que seria pago se a obrigação tivesse sido adimplida.

## **7. Conclusões**

O Código Civil escolheu por manter uma distinção entre Responsabilidade Contratual e Extracontratual, todavia, a divisão tem perdido sua força em face da unificação das responsabilidades, tratando os institutos como decorrentes de um mesmo fato. Existindo uma relação prévia ou não, os mesmos requisitos para configuração do dano se apresentaram em ambos, ou seja, a transgressão de um dever jurídico. A divisão é cada vez mais metodológica do que prática, tratando-se, portanto, de um instituto único.

Prova da unificação é a posição adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, que em seu artigo 17 equiparou todas as vítimas em acidentes de consumo em consumidores, independente de vínculo contratual, já que o vínculo não muda o fato de que um produto causou um dano. Aceitando essa posição, passa-se a tratar a responsabilidade contratual como subgrupo do gênero Responsabilidade Civil. Apesar de constituírem um mesmo gênero, algumas diferenças ainda subsistem. A mais visível trata-se da natureza do dever jurídico violado, sendo na contratual decorrente da própria vontade, e o da extracontratual decorrente da lei.

Causado o dano é gerado o dever de indenizá-lo para a parte contrária. Neste campo os institutos das arras, juros, correção monetária terão papel fundamental. A cláusula penal, a depender de sua função servirá como indenização total ou um complemento à indenização. Já

as arras possuem a finalidade de facilitar a indenização ou servindo como garantia do cumprimento do contrato. Já os juros usados na responsabilidade contratual são em regra os moratórios e constituem na verdade o montante da dívida, e não da indenização. Por fim, a correção monetária é usada para a atualização dos valores contratuais, com a finalidade de restabelecer o equilíbrio contratual e evitar o enriquecimento ilícito.

Todos os institutos possuem a função de facilitar a indenização, por vezes estabelecendo as condições que as próprias partes acharam por justo acordar, devendo, entretanto sempre ser interpretadas de acordo com os princípios gerais contratuais, garantindo uma relação equilibrada.

## Referências Bibliográficas

- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de Andrade. Dano Moral em caso de descumprimento de obrigação contratual. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 53, jan – mar de 2005.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento N.º 433570/MG, Agravante: ABC Indústria e Comércio S/A ABC Inco, Agravado: Ilor Nelson Briancini, Relator(a): Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado Do TJ/RS), *Terceira Turma*, julgado em 01/10/2009, DJe 20/10/2009.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento N.º 1010856/RJ, Agravante: Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico, Agravado: Wilson Marturelli, Relator(a): Min. Aldir Passarinho Junior, *Quarta Turma*, julgado em 18/11/2010, DJe 01/12/2010.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial N.º 338162/MG, Recorrente: Ilza Santos Pereira, Recorrido: Turazul Viagens Ltda, Relator(a): Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *Quarta Turma*, julgado em 20/11/2001, DJ 18/02/2002 PP 00459.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial N.º 826827/MT, Recorrente: Case Brasil e Companhia, Recorrido: Pedro Ivo de Freitas, Relator (a): Ministro Sidnei Beneti, *Terceira Turma*, julgado em 12/08/2010, DJe 19/10/2010.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial N.º 1109978/RS, Recorrente: José Otávio Pedroso, Recorrido: Banco Bradesco S/A, Relator(a): Ministra Nancy Andrighi, *Terceira Turma*, julgado em 01/09/2011, DJe 13/09/2011.
- BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito UFRGS*. v. 9. n.1. 1993
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- CASSETARI, Christiano. Aspectos Práticos da Responsabilidade Civil Contratual: Uma análise da aplicação dos enunciados da IV Jornada do Conselho da Justiça Federal sobre a função social da cláusula penal. *Direito Contratual: temas atuais / coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce*. São Paulo: Método, 2007.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- FACHIN, Luiz Edson. Contratos e responsabilidade civil: duas funcionalizações e seus traços. *Revista dos Tribunais*. v. 903, jan de 2011, p. 33.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodrigo. *Novo curso de direito civil*, volume II: obrigações. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*. n. 19. Jul.-set. 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- LÔBO, Luiz Paulo Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MEDINA, José Miguel Garcia; MESQUITA, Renata Paccola. A responsabilidade contratual sob os princípios da nova teoria do contrato. *Revista dos Tribunais*, v. 896, jun de 2010.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- WALD, Arnoldo. *Obrigações e Contratos*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.