

## Fim negativo do contrato de consumo e efeitos do inadimplemento



Todo contrato celebrado destina-se ao cumprimento. Na célebre afirmação

doutrinária, as obrigações tendem ao adimplemento. É o fim a que devem servir. Ocorre que nem sempre tudo ocorre como esperado, e não raras vezes o contrato celebrado não chega ao adimplemento. Nessas situações, se pode falar do fim negativo do contrato (ao contrário do seu fim positivo, que seria o cumprimento). Esta expressão “fim negativo”, embora não seja de melhor técnica, é bastante didática, ao indicar as situações em que não ocorre a prestação ajustada pelos contratantes, seja em razão de inadimplemento imputável ao devedor, ou outras situações previstas na legislação.

Nos contratos de consumo, há inúmeras situações em que o contrato deixa de ser cumprido pelas partes, dando causa à sua extinção, mediante exercício do direito de resolução pelo credor quando ocorre, propriamente, o inadimplemento, ou, ainda, em razão de situações que a própria lei define um direito à rescisão unilateral (caso do direito de arrependimento, previsto no artigo 49 do CDC), ou subordine seus efeitos a condição suspensiva (caso da venda a contento ou sujeita a prova, prevista nos artigos 509 e 510 do Código Civil). É muito comum, nesses casos, ocorrer a incidência comum de institutos próprios do Direito do Consumidor e outros do Direito Civil, exigindo redobrada atenção quanto aos limites de sua aplicação em acordo com a o caráter de ordem pública das normas protetivas do CDC<sup>[1]</sup>, e o respeito à autonomia privada dos contratantes.

No caso de inadimplemento contratual, o CDC basicamente limita seus efeitos quando o inadimplente for o consumidor. Seu artigo 52, parágrafo 1º, expressamente limita as multas de mora, definindo que não poderão ser superiores a 2% do valor da prestação. Da mesma forma, o artigo 53 do CDC não permite as chamadas cláusulas de decaimento, como são conhecidas aquelas que estabelecem a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

Em ambos os casos, orientou-se o CDC, segundo uma tendência também percebida nas relações civis, de limitar e controlar seus efeitos, de modo que não deem causa a um enriquecimento excessivo do credor <sup>[2]</sup>



. Naturalmente que o fez com maior intensidade no caso da multa moratória (ou cláusula penal moratória), cujo limite, na legislação civil, é definido até o valor da prestação principal (artigo 412 do Código Civil), impondo ademais, ao juiz, o dever de sua redução quando reputada excessiva (artigo 413 do Código Civil). Não é desconhecida, nesse particular, que a estrita limitação da cláusula penal, embora encontre plena justificativa nos contratos civis e de consumo, observa críticas em relação aos contratos empresariais. Sobretudo em vista das funções que lhe são normalmente reconhecidas, como de estímulo ao cumprimento da obrigação e de pré-estimação dos danos[3].

Ocorre que, ao lado desses institutos, a criatividade negocial — porque não dizer, a partir de uma inteligente estratégia jurídica de certos fornecedores — vem dando uso a outras figuras típicas do Direito Privado, para definirem efeitos distintos no caso do contrato de consumo não chegar a seu fim positivo, o adimplemento.

A primeira delas diz respeito às arras, instituto de tradição milenar e amplamente utilizada em certos contratos civis, especialmente nas promessas de compra e venda de imóveis. Como se sabe, a cláusula penal e as arras são institutos que tem semelhanças quanto a certas funções que desempenham, mas com substanciais diferenças em relação à sua estrutura. As arras consistem na entrega, a um dos contraentes, de determinada coisa (normalmente, certa quantia em dinheiro), no momento de celebração de contrato ou pré-contrato, visando demonstrar a existência do acordo (daí denominar-se também sinal), antecipar ou garantir seu cumprimento, ou ainda, assegurar possibilidade de arrependimento. Quando se tomam as arras em sua função de garantia ou reforço do acordo, conforme se apresentavam no Direito Romano[4], percebe-se pontos de contato com a cláusula penal. O princípio é simples: se quem deixou de realizar a prestação foi quem prestou as arras, irá perdê-las em favor do outro contratante. Porém, se quem deixou de cumprir foi quem recebeu as arras, deverá devolvê-las, acrescidas do seu equivalente (as arras confirmatórias, do artigo 418 do Código Civil). Como regra, as arras não excluem a possibilidade daquele que sofre com o inadimplemento exigir indenização suplementar, se provar que os danos sofridos são superiores ao valor prestado. A não ser que seja convencionada expressamente a possibilidade de arrependimento (artigo 420 do Código Civil), hipótese em que as arras se consideram com natureza indenizatória, afastando-se indenização suplementar (as arras penitenciais). É promessa de prestação condicionada ao inadimplemento[5]. Uma vez prevista na obrigação, terá seus efeitos subordinados à condição do inadimplemento do devedor.

A utilização das arras nos contratos de consumo se dá com frequência em relação aos contratos de promessa de compra e venda de bens imóveis, em que o consumidor promete adquirir da incorporadora seu imóvel residencial. Ocorre que, mesmo nesses casos, a jurisprudência, ao reconhecer a possibilidade de que seja convencionada, também controla seus efeitos, especialmente para evitar a perda, pelo consumidor, de parte substancial do que já tenha pago até a resolução do contrato. Há, nesse caso, um controle de proporcionalidade pelo Poder Judiciário, em especial para assegurar o cumprimento do artigo 53 do CDC, que proíbe as cláusulas que imponham a perda total das prestações pagas[6].

Mais recentemente, viu-se que as arras passaram a ser utilizadas também na aquisição de bens móveis de maior valor, em especial automóveis recém-lançados, cuja encomenda pelo consumidor condiciona-se ao pagamento de arras. A princípio, não há regra que impeça a prática, desde que se trate de compra e venda presencial, na concessionária, por exemplo, e sempre considerando a proporcionalidade assegurada pelo artigo 53 do CDC. Em sentido contrário, não pode ter lugar as arras ou retenção de

pagamento a qualquer título, quando se trate de contratos sobre os quais incidam o artigo 49 do CDC. Para compras feitas fora do estabelecimento comercial, inclusive aquelas feitas pela internet, assegura-se o direito de arrependimento do consumidor no prazo de sete dias, para os quais não deve ser admitida limitação de qualquer espécie.

Outra situação que merece atenção é o chamado abono de pontualidade. Embora não diga respeito ao fim negativo propriamente dito, uma vez que, em regra, tem lugar em contratos de duração, enfrenta séria discussão sobre sua conformidade ou não com as normas do CDC.

Pode ocorrer de, por livre convenção das partes, e visando assegurar a diligência do devedor na realização da prestação devida no tempo ajustado, que se convencie espécie de desconto ou abono, como estímulo ao cumprimento. É convenção que resulta do exercício da autonomia privada. Nesse sentido, o valor da prestação principal será reduzido se o devedor atenda a determinada condição que, normalmente, é seu pagamento até determinada data estipulada na obrigação. Nesse sentido é de reconhecer, conforme o interesse das partes, que as fórmulas de incentivo à pontualidade tanto podem conformar o desconto para o adimplemento pontual, quanto definir valores distintos da contraprestação como forma de estimular certo tempo de cumprimento. Quem pretende receber pontualmente pode, da mesma forma, comprometer-se a contraprestar com acréscimo, no caso do atendimento dessa condição.

Controversa é a possibilidade de utilização do abono de pontualidade como espécie de cláusula penal oculta ou disfarçada. O argumento, nesse caso, é que o desconto oferecido para pagamento na data ajustada a rigor disfarçaria eventual cláusula penal superior ao limite legal no caso de pagamento após o vencimento, como efeito da purga da mora. Nos contratos de consumo, o limite legal de 2% do valor da prestação principal, no caso de cláusula penal moratória, é impositivo. Assim, por exemplo, suponha-se uma obrigação de cumprimento diferido, na qual a parcela periódica a ser adimplida é de R\$ 100, com vencimento no dia 30 de cada mês. Todavia, para quem pague antes, ou até o vencimento, se estipula abono de 10%. Logo, quem faz o pagamento até o dia 30 deverá prestar, na verdade, R\$ 90. Já o devedor que cumpra um dia depois não fará jus ao abono, pagando os R\$ 100, mais os efeitos da mora. A diferença de valor da prestação para o devedor em mora, superará 10%, o que — segundo esse raciocínio — violaria a lei. O STJ ao decidir questão semelhante entendeu pela licitude do abono de pontualidade como espécie de sanção premial, incentivando o comportamento diligente do devedor<sup>[7]</sup>.

De fato, não há razão em sustentar-se a proibição do abono de pontualidade. E aqui nem se precisa argumentar em excesso. Não há proibição, porque não há lei que o faça, prevalecendo, no plano obrigacional, o predomínio da autonomia privada. O que se pode cogitar é que, em certas situações, a convenção do abono de pontualidade com o propósito de burlar limite legal impositivo ao valor da cláusula penal, possa configurar fraude à lei, dando causa a sua nulidade (artigo 166, VI). Daí porque outra solução indicada pela jurisprudência é a restrição de cumulação, para o inadimplemento, dos efeitos próprios do inadimplemento e da cláusula penal moratória<sup>[8]</sup>, ou ainda sua incidência sobre o valor com desconto<sup>[9]</sup>.

Por fim, mencionem-se as cláusulas de limitação ou exclusão de responsabilidade. Como regra, são expressamente proibidas nos contratos de consumo, em acordo com o que estabelece o artigo 25 do CDC, ao estabelecer: “É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores”. No artigo 51, I, do CDC, todavia, admite-se a possibilidade da convenção de cláusula limitativa de indenização, quando se trate de

consumidor pessoa jurídica, em situações justificáveis. A determinação do que sejam essas situações justificáveis, confia-se à concretização judicial. Alguns critérios úteis, todavia, serão a identificação, em concreto, do poder de barganha da pessoa jurídica consumidora, a possibilidade que teve de vistoriar, antes, os produtos adquiridos, não reclamando vícios aparentes; ou a vantagem que tenha obtido em razão do contrato, nas condições específicas em que foi celebrado<sup>[10]</sup>.

De tudo se vê que a criatividade negocial, útil ao desenvolvimento do mercado, em relação aos contratos de consumo deve respeitar o necessário equilíbrio entre o exercício da autonomia privada dos contratantes e o balizamento definido pelas normas de ordem pública estabelecidas no CDC.

[1] Bruno Miragem. *Curso de Direito do Consumidor*, 6ª ed. São Paulo, 2016, p. 68.

[2] Bruno Miragem. *Direito Civil: Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2017, no prelo; Karl Larenz, *Derecho de obligaciones*, t. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 371; Denis Mazeaud, *La notion de clause pénale*. Paris: LGDJ, 1992; Isabel Espín Alba, *La cláusula penal*. 1997, Madrid: Marcial Pons, p. 95 e ss.

[3] Bruno Miragem. *Direito Civil: Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, cit.

[4] Max Kaser; Rolf Knütel, *Römisches privatrecht*. 20 aufl. München: C.H.Beck, 2014, p. 241-242; Biondo Biondi, *Istituzioni di diritto romano*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1972, p. 448-449; Reinhard Zimmermann, *The law of obligations. The roman foundation of the civilian tradition*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 230 e ss.

[5] Francisco Cavalcante Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*, t. XXVI. São Paulo: RT, 2012, p. 145.

[6] Assim o REsp 355.818/MG, rel. min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, j. 22/4/2003, DJ 25/8/2003; REsp 1056704/MA, rel. min. Massami Uyeda, 3ª Turma, j. 28/4/2009, DJe 4/8/2009; AgRg no REsp 1.222.139/MA, rel. min. Massami Uyeda, 3ª Turma, j. 1/3/2011, DJe 15/3/2011. Sobre a impossibilidade de retenção quando tenha sido o vendedor quem deu causa ao descumprimento: AgRg no REsp 997.956/SC, rel. min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 26/6/2012, DJe 2/8/2012.

[7] STJ, REsp 1.424.814/SP, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. 4/10/2016, DJe 10/10/2016.

[8] TJ-SP, ApCiv 10256919020148260007, rel. Ruy Coppola, 32ª Câmara de Direito Privado, j. 17/9/2015, DJ 18/9/2015; TJ-SP, ApCiv 00051775920118260001, rel. Vianna Cotrim, 26ª Câmara de Direito Privado, j. 18/12/2013, DJ 18/12/2013; TJ-SC, ApCiv 20120291749, 5ª Câmara de Direito Civil, rel. Henry Petry Junior, j.12/9/2012. Na doutrina, alinha-se com esse entendimento, Carlos Roberto Gonçalves, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 2. Teoria geral das obrigações. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 425.

[9] REsp 832.293/PR, rel. min. Raul Araújo, 4ª Turma, j. 20/8/2015, DJe 28/10/2015.

[10] Bruno Miragem. *Direito Civil: Direito das Obrigações*, cit.