

Espaço Discente

INADIMPLEMENTO NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS: UM ESTUDO SOBRE A MORA E AS PERDAS E DANOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

TARCISIO TEIXEIRA

1. Inadimplemento: 1.1 Introdução; 1.2 Modalidades de inadimplemento; 1.3 Mora: 1.3.1 Mora do devedor – Mora “solvendi”; 1.3.1.1 Efeitos da mora do devedor; 1.3.2 Mora do credor – “Creditoris vel accipiendi”; 1.3.2.1 Efeitos da mora do credor; 1.3.3 Mora “ex re”; 1.3.4 Mora “ex persona”; 1.3.5 Mora decorrente de ato ilícito; 1.3.6 Mora simultânea; 1.3.7 Purgação da mora e contratos empresariais: 1.3.7.1 Purgação por terceiro; 1.3.7.2 Momento da purgação. 2. Perdas e danos: 2.1 Danos emergentes – “Damnus emergens”; 2.2 Lucros cessantes – “Lucrum cessans”: 2.2.1 Lucros cessantes e atividade empresarial; 2.3 Dano moral. Bibliografia.

I. INADIMPLEMENTO

1.1 Introdução

Inadimplemento nada mais é do que o não cumprimento da obrigação, também denominado de inexecução da obrigação, e mais comumente de mora. O inadimplemento da obrigação é a regra, sendo o inadimplemento a exceção.

Para melhor estudar inadimplemento, mister se faz um breve comentário a respeito de obrigação.

Uma obrigação¹ é firmada entre partes e feita para ser cumprida, sendo que uma vez não cumprida, ou cumprida de forma parcial, gera-se um “mal-estar” para uma das partes (um transtorno, uma crise).

1. Sobre a noção de obrigação nos socorremos ao disposto no art. 397 do Código Civil português: “Obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação”.

A obrigação descumprida ou mal cumprida, ou cumprida com atraso, equivale a uma célula doente no organismo social; célula essa que pode contaminar vários órgãos do organismo. É a patologia da obrigação, conforme Sílvio de Salvo Venosa.²

No entanto, o mal-estar de uma parte muitas vezes funciona como um vírus, que se tratando de atividades negociais, se espalha para outros. Por exemplo, uma sociedade empresária, nada mais é do que o reflexo de sucessivos contratos que são firmados e executados de forma coordenada e com profissionalidade, para que assim possa fazer funcionar uma atividade, que é de risco, na busca de lucro. Então, uma sociedade empresária que transforma matéria-prima, uma vez não as recebendo ficará impossibilitada de produzir seu produto.

2. *Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, v. 2, 3ª ed., p. 235.

Logo, não poderá vendê-lo a clientes que os usam como insumo de um produto final, e assim sucessivamente, estendendo-se por toda cadeia produtiva.

Sem falar que o empresário não podendo exercer sua atividade não consegue pagar salários (o que prejudica não só trabalhadores, mas também suas famílias), não consegue recolher seus tributos (o que prejudica o Fisco), enfim, causa inúmeros transtornos sociais.

Na Roma antiga pelo inadimplemento de obrigação o devedor pagava até mesmo com o seu próprio corpo, podia inclusive sofrer mutilações ou tornar-se escravo do seu credor. No entanto, no decorrer da história percebeu-se que esse método era ineficaz.

A saída encontrada pelos ordenamentos então passou a ser que, pelo não cumprimento das obrigações, o devedor deveria pagar uma quantia em dinheiro. Que na perspectiva do direito empresarial nem sempre se releva uma solução adequada, pois às vezes uma das partes contratante é exclusiva detentora de determinado insumo,

sendo que, mesmo o credor recebendo a indenização não conseguirá, pelo menos em curto prazo, encontrar no mercado o insumo necessário ao desenvolvimento de sua atividade.

O empresário sempre, mas notadamente com o advento do Código Civil de 2002 e suas cláusulas gerais, busca certeza e segurança nas suas relações obrigacionais, que não sendo cumpridas serão submetidas ao crivo do ordenamento jurídico, com indenização ou execução forçada, quando cabível.

1.2 Modalidades de inadimplemento

Ao se tratar de mora não se pode fugir dos ensinamentos de Agostinho Alvim,³ que brilhantemente distingue inadimplemento relativo, ou mora, previsto no art. 394 do Código Civil, de inadimplemento absoluto, previsto no parágrafo único do art. 395 do mesmo Código.⁴

Então, a mora é considerada inadimplemento relativo, que por sua vez se diferencia do inadimplemento absoluto nos seguintes termos:

Modalidades	Inadimplemento relativo (mora)	Inadimplemento absoluto
Adimplemento posterior (purgação)	Possível	Impossível (resolve-se em perdas e danos)
Utilidade da prestação "a posteriori"	Sim. O cumprimento da obrigação ainda será útil e pode se dar mesmo que não nos exatos termos pactuados (tempo, lugar e forma)	Não. A obrigação tornou <i>inútil</i> por não ter sido cumprida nos termos pactuados (tempo, lugar e forma)
Critério	Objetivo, p.ex.: pagamento em dinheiro com correção	Subjetivo, p.ex.: decoração para festa com data fixa (casuística)
Previsão legal (Código Civil)	Art. 394	Parágrafo único do art. 395
Cláusula Penal (se houver)	Multa moratória	Multa compensatória

3. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, 5ª ed.

4. "Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não qui-

O principal critério de distinção é o fato de ainda haver “utilidade” para o credor o cumprimento da prestação pelo devedor, pois, em tese, este poderia, sempre, cumprir sua obrigação (ainda que parcialmente), mas nem sempre será útil ao credor.

1.3 Mora

Mora é o não cumprimento relativo da obrigação. Mas, é importante lembrar que, a mora pode se dar quando o devedor não cumpre com sua obrigação (mora *solvendi*), como quando o credor não aceita o cumprimento (mora *accipiendi*).

O art. 394 do Código Civil (que na essência é o mesmo que estava disposto no Código Civil de 1916, art. 955⁵) ao abrir o capítulo sobre a mora trata do tempo, lugar e forma de cumprimento pelo devedor, e aceitação pelo credor da prestação.

Apesar da questão do “tempo” ser a maior preocupação, o “lugar” e a “forma” também são importantes, notadamente no meio empresarial, uma vez que hoje empresários trabalham com linha de produção com prazo certo de entrega. Muitas vezes recebem o pedido sem ter produto no estoque (*just in time*), pois têm sistemas de gerenciamento para a linha de produção, sendo que não só o atraso, mas também a entrega em outro local (em uma filial onde o insumo não tem utilidade) ou de forma não avençada⁶ (insumo entregue parcial-

ser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer. 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.”

5. “Art. 955. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento, e o credor que o não quiser receber no tempo, lugar e forma convenencionados (art. 1.058).”

6. “Mora. Caracterização. Contrato. Arrendamento mercantil. *Leasing*. Devedor inadimplente que

mente ou outra espécie) pode trazer enormes prejuízos.

Nos tempos atuais, mais do que nunca, o empresário é um profissional que não poderia errar diante de sua *expertise*, fazendo tudo de “caso pensado”, além do fato de que o mercado é dinâmico e exigente. Assim, a mora (configuração da inadimplência) na vida dos negócios é muito mais desastrosa do que na vida comum (os contratos são para a empresa o que o ar é para o ser humano, por exemplo, no caso das montadoras de veículos automotores). Na vida comum, o prejuízo, “grosso modo”, seria de um só; na vida dos negócios, as perdas são inúmeras, e vêm em efeito cascata muitas vezes (essa é uma das razões pela qual surgiu o instituto da falência na intenção de inibir a impuntualidade/inadimplimento). Então, o fornecedor não poderia dar-se ao luxo de ser constituído em mora (uma vez que estará assumindo implicitamente que não é profissional competente para celebrar contratos empresariais). Com efeito, se assim acontecer, as penalidades provavelmente serão muito mais rigorosas do que as que seriam aplicadas ao civil inadimplente, notadamente as do mercado.

Aqui parece oportuno mencionar, ainda que de forma sucinta, a função econômica do contrato, uma vez que na vida comercial as relações são firmadas de forma rápida, sendo o contrato o mecanismo que fornece respaldo aos atos praticados nas negociações, de modo que é indispensável o pensamento de Caio Mário da Silva Pereira sobre a função econômica do contrato: “Com o passar do tempo, entretanto, e com o desenvolvimento das atividades sociais, a função do contrato ampliou-se. Generalizou-se. Qualquer indivíduo – sem distinção de classe, de padrão econômico, de grau de instrução – contrata. O mundo moderno

pretende pagar as prestações em atraso, parceladamente. Inadmissibilidade. Credor que não pode ser obrigado a receber por partes aquilo a que tem direito de receber por inteiro” (TJDF, RT 814/293 – grifo nosso).

é o mundo do contrato. E a vida moderna o é também, e em tão alta escala que, se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização de nosso tempo, a consequência seria a estagnação da vida social. O *homo economicus* estancaria as suas atividades. É o contrato que proporciona subsistência de toda a gente. Sem ele, a vida individual regrediria, a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários”.⁷

1.3.1 Mora do devedor – Mora “solvendi”

A mora do devedor pode se dar de três formas:

(i) *dolosa*: voluntariamente não quis cumprir a obrigação;

(ii) *culposa*: não cumpriu por negligência ou por imprudência (apesar de não haver manifestação da doutrina, consideramos que pode ocorrer por imperícia, quando o devedor não for apto para o exercício de determinada atividade, como, por exemplo, no caso do corretor de seguros sem permissão da SUSEP – Superintendência de Seguros Privados);

(iii) *involuntária*: não cumpriu em razão de caso fortuito ou força maior.

O devedor responde pelos prejuízos a que sua mora der causa (salvo na mora involuntária), conforme o art. 395. Ou seja, deverá pagar uma indenização, a qual não supre a prestação, que tem o fim de atenuar os transtornos causados pelo atraso no cumprimento da obrigação (tratando-se de contratos entre empresários uma indenização por prejuízos nem sempre irá resolver o problema, pois há situações em que o dinheiro não consegue recuperar a imagem e reputação da empresa, por exemplo, quando ela fica sem condições de atender a demanda do mercado de insumo ou consumo, acarretando uma perda da credibilidade junto aos clientes).

O art. 395 traz substanciais alterações comparando-o com o art. 955 do Código

Civil de 1916. Inclui no seu texto que o devedor pela sua mora responderá (além dos prejuízos) também pelos juros, atualização monetária conforme índices oficiais, e honorários advocatícios.⁸

Fábio Konder Comparato lembra que a jurisprudência do STF, na década de 1980, já era pacífica no sentido do cabimento de correção monetária pelo inadimplemento contratual.⁹

Na mora do devedor (mais comum) mister se faz a culpa – critério subjetivo –, conforme os arts. 396 e 399,¹⁰ na mora do credor não. Logo, não responderá o devedor pelos ônus da mora quando não tenha concorrido para ela, por exemplo, em caso fortuito ou força maior não deverá o devedor pagar juros ou multa pelo atraso, conforme art. 396.

Quanto à culpa, Fábio Konder Comparato posiciona-se no sentido de que, ela não é elemento essencial da mora do devedor, e que para a caracterização da mora basta o descumprimento da obrigação.¹¹

A mora do devedor se dá quando a obrigação é vencida, portanto exigível. A exigibilidade da prestação é requisito objetivo da mora.

8. Entendemos que tais acréscimos eram desnecessários tendo em vista o disposto no art. 389 – Disposições Gerais do Inadimplemento das Obrigações – que já prevê juros, atualização e honorários de advogado.

Para alguns doutrinadores o conteúdo do art. 395 (prejuízos, juros, correção e honorários) é tido como os efeitos da mora, como, p. ex., para Judith Martins-Costa (*Comentários ao Novo Código Civil – Do Inadimplemento das Obrigações*, v. V, t. II, p. 244).

9. “A mora no cumprimento de obrigações contratuais pecuniárias e suas consequências”, *RDM* 74/79.

10. “Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.” “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.”

11. “A mora no cumprimento de obrigações contratuais pecuniárias e suas consequências”, *RDM* 74/78.

7. *Instituições de Direito Civil – Contratos*, v. III, 12ª ed., p. 11.

1.3.1.1 Efeitos da mora do devedor

Em regra o devedor não responde por caso fortuito ou força maior (art. 393¹²), no entanto, se ele já estiver em mora/atraso responderá, salvo se provar que o dano ocorreria mesmo sendo a obrigação cumprida ao seu tempo, conforme o disposto no art. 399, sendo isso os efeitos da mora do devedor.¹³

É o caso, por exemplo, do fornecimento de animais ao departamento de laboratório e pesquisa de uma empresa; se o rebanho se contaminar durante o tempo em que está atrasada a entrega, terá o devedor que provar que aquela peste afetaria o rebanho mesmo se ele já estivesse no laboratório. O que já não poderia o devedor alegar se fosse animal de corte, uma vez que chegando ao frigorífico os mesmos são imediatamente abatidos, o que impediria a prova de contaminação.

1.3.2 Mora do credor – “Creditoris vel accipiendi”

A mora do credor está prevista no art. 394, do qual se abstrai que o devedor ao querer cumprir sua obrigação é obstado pelo fato de que o credor não a aceita/recebe no tempo, lugar e forma convençados.

Da mesma forma que a mora do devedor se constitui pelo simples fato de não efetuar o pagamento de sua prestação, o credor estará constituído em mora pela simples recusa, expressa ou tácita (através de impedimentos – imposição de barreiras – ou sua ausência) em receber a prestação do

12. “Art. 393. O devedor não responde 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.”

13. Previa o revogado art. 138 do Código Comercial de 1850: “Os efeitos da mora no cumprimento das obrigações comerciais, não havendo estipulação no contrato, começam a correr desde o dia em que o credor, depois do vencimento, exige judicialmente o seu pagamento”.

devedor¹⁴ (nesse caso não é necessária a interpelação, no entanto, a mesma se faz eficiente para a efetiva caracterização).

O devedor, estando pronto para cumprir sua prestação, quer se libertar da obrigação. Para tanto, o meio mais eficaz é se utilizar do pagamento em consignação, previsto no art. 335 do Código Civil.¹⁵

1.3.2.1 Efeitos da mora do credor

Pode ocorrer também do credor estar impossibilitado de receber, por exemplo, em sede de ambiente empresarial por não ter local de armazenamento ou estoque ou inviabilidade logística, mas aí o devedor em nada pode sofrer por essa situação. Tanto que o referido dispositivo exime o devedor, sem dolo, da responsabilidade pela manutenção da coisa, dando o direito de receber do credor as despesas pela conservação, além de ser favorecido quanto ao preço no pagamento que possa sofrer oscilação. São os efeitos da mora do credor, conforme dispõe o art. 400.¹⁶

14. “Contrato Mercantil. Fornecimento de mercadorias. Prazo determinado. Comprador vinculado a contrato administrativo. Execução continuada. Submissão à teoria da imprevisão. Alteração na legislação federal. Repercussão nas relações negociais das partes. Necessidade de adequação destas, com redução do preço. Acordo inexistente. Suspensão dos fornecimentos. Cumprimento exigido pelo vendedor. *Recusa do comprador em receber os produtos*. Inexecução que se resolveria em pedido de perdas e danos. Falta de legítimo interesse para propositura de ação de cobrança. Carência” (1ª TACivSP, RT 616/89 – grifo nosso).

15. “Art. 335. A consignação tem lugar: I – se o credor não puder, ou, sem justa causa, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na devida forma; II – se o credor não for, nem mandar receber a coisa no lugar, tempo e condição devidos; III – se o credor for incapaz de receber, for desconhecido, declarado ausente, ou residir em lugar incerto ou de acesso perigoso ou difícil; IV – se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o objeto do pagamento; V – se pender litígio sobre o objeto do pagamento.”

16. “Art. 400. A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despe-

1.3.3 Mora "ex re"

Conforme dispõe o *caput* do art. 397¹⁷ sendo a obrigação positiva (de dar ou fazer) e líquida (certa), e não sendo cumprida no seu termo (tempo, lugar e forma determinados) o devedor estará plenamente constituído em mora, pois o mero advento do dia do cumprimento da obrigação já o interpela. Então, mora *ex re* é aquela que não precisa de interpelação.

Sendo a obrigação negativa (de não fazer)¹⁸ o devedor será considerado em mora desde o dia em que praticou o ato que deveria se abster, conforme o art. 390.¹⁹

A propósito, não conseguimos vislumbrar qual o intuito do legislador em alocar tal disposição (do art. 390), que prevê as obrigações negativas, para o Capítulo das Disposições Gerais, pois seria mais lógico que tal previsão viesse imediatamente após a das obrigações positivas, como estava disposto, de forma seqüencial, nos arts. 960 e 961 do Código Civil de 1916.

sas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação."

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

18. "Contrato. Cláusula de proibição negocial de concorrência. Descumprimento. Ocorrência. Constituição de nova empresa com o mesmo objeto social e com membros do órgão diretivo da sociedade anterior. Prova segura da violação contratual. Obrigação de não fazer cuja constituição em mora se confunde com o próprio inadimplemento. *O devedor constitui-se em mora desde o momento em que pratica o ato de que devia se abster.* A mora opera imediatamente, *ex re* em virtude da própria força das coisas, sem necessidade de qualquer interpelação" (apelação cível 255.439-2-Santos, Rel. Hermes Pinotti, CCiv., v.u., 28.3.1995, Biblioteca TJSP – grifos nossos).

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

1.3.4 Mora "ex persona"

Por sua vez, sendo a obrigação ilíquida (incerta) sem termo (prazo, local e forma indeterminados), o devedor deverá ser constituído em mora, para tanto terá que ser interpelado judicial ou extrajudicialmente,²⁰ conforme o parágrafo único do art. 397.²¹ Logo, mora *ex persona* é aquela que precisa de interpelação.

O contrato ou a lei (por exemplo: a lei do inquilinato) pode exigir interpelação do devedor mesmo quando a obrigação for de termo certo (prazo, local e forma determinados).

A constituição em mora é importante para, entre outras coisas, ensejar o pagamento de cláusula penal, conforme o disposto no art. 408 do Código Civil.²²

Previo o revogado art. 137 do Código Comercial de 1850²³ quanto ao prazo que, quando ele fosse incerto, por não ter sido previsto pelas partes ou pelo próprio Código, a prestação mercantil era exequível depois de dez dias.

A regra para os contratos de compra e venda mercantil na vigência do art. 205 do Código Comercial²⁴ era da mora *ex per-*

20. "Compra e venda mercantil. Contrato com reserva de domínio. Protesto de título realizado pela *serventia extrajudicial*. Forma de comprovação da mora do devedor. Magistrado que, de ofício e a pretexto de que a notificação não foi pessoal, invalida o ato. Inadmissibilidade, pois o oficial cartorário tem fé pública" (2ª TACivSP, RT 772/277 – grifo nosso).

21. "Art. 397. (...) Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial."

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

23. O revogado art. 137 do Código Comercial de 1850 previa: "Toda a prestação mercantil que não tiver prazo certo estipulado pelas partes, ou marcado neste Código, será exequível 10 (dez) dias depois da sua data".

24. Código Comercial de 1850: "Art. 205. Para o vendedor ou comprador poder ser considerado em mora, é necessário que preceda *interpelação judicial* da entrega da coisa vendida, ou do pagamento do preço" (grifo nosso).

sona. Tendo em vista a unificação dos diplomas obrigacionais, aos contratos empresariais o regime jurídico do Código Civil de 2002 é mais benéfico em razão da firmação *mora ex re* como regra geral.

1.3.5 *Mora decorrente de ato ilícito*

O devedor estará em *mora* desde o momento que praticar ato ilícito, sendo que o art. 398²⁵ substituiu a palavra “delito” por “ato ilícito”, a fim de evitar qualquer associação e/ou entendimento que delito fosse entendido como crime, e assim poderia o devedor, em matéria de defesa, alegar que estaria em *mora* somente se estivessem presentes elementos de uma infração penal. Isso no campo empresarial poderia ser um entrave aos negócios, uma vez que, entre outras coisas, poderia ter de aguardar, muitas vezes, a instrução/julgamento na esfera criminal para depois se apurar na esfera civil, o que atrapalharia a dinâmica comercial.

1.3.6 *Mora simultânea*

O art. 401²⁶ se diferencia do art. 959 do Código Civil de 1916, somente por ter suprimido o inciso III que continha a seguinte redação: “Art. 959. Purga-se a *mora*: (...); III – por parte de ambos, renunciando aquele que se julgar por ela prejudicado os direitos da mesma *lhe* provierem”.

Aqui estava presente o que se poderia dizer *mora simultânea* dos contratantes, o que a doutrina considera ser impossível, uma vez que estando ambos em *mora* elas se anulariam. Logo, não pode haver con-

mitância de *mora*, ou a *mora* é do devedor ou do credor. Tal preceito era inócuo, pois já estava implícita a possibilidade de renúncia, a qualquer das partes, de direitos que *lhe* seriam aproveitados em razão da *mora* do inadimplente, por exemplo, juros e/ou atualização monetária.

1.3.7 *Purgação da mora e contratos empresariais*

O ato de purgar a *mora* significa tirar os efeitos que a parte provocou pelo seu inadimplemento. É um procedimento espontâneo, que visa remediar a situação que se deu causa. “Emendar a *mora*” ou “reparar a *mora*” são também expressões conhecidas e utilizadas entre nós.

É uma tolerância do ordenamento jurídico – *favor debitoris* – em que ainda se pode cumprir a obrigação. Judith Martins-Costa, citando Miguel Reale, pondera no sentido do “plano da vivência social” por considerar que seria uma injustiça se não pudesse, em nenhuma hipótese, suspender os efeitos da *mora*.

Nos contratos empresariais a purgação da *mora* é importantíssima, pois ao empresário na maioria das vezes não interessa indenização, mas sim ver a prestação cumprida, ainda que no tempo, lugar ou forma não exatamente pactuadas, e assim possa dar continuidade as suas atividades.

A purgação da *mora* só é possível em caso de inadimplemento relativo, não no absoluto uma vez que neste o cumprimento da obrigação torna-se inútil, conforme já visto.

Os efeitos da purgação da *mora* são *ex nunc*, são para o futuro, não retroagem. Quanto aos efeitos passados, por exemplo: juros e atualização monetária, a parte continua responsável. Não se confunde com a cessação (nem com a novação ou a remissão) quando o credor renuncia seus efeitos.

A *mora* pode ser purgada pelo devedor como pelo credor. E, de acordo com a

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

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

leitura do art. 401 basta que se *ofereça* a prestação mais os prejuízos causados (no caso do devedor), ou se ofereça a receber o pagamento (no caso do credor) para cessar os efeitos da mora, por exemplo, quanto aos problemas decorrentes de caso fortuito ou de despesas efetuadas pelo devedor.

Quer dizer, basta a oferta (desde que compatível com o inicialmente avençado – tempo, lugar e forma) não necessita do efetivo cumprimento, pois a partir desse momento, da oferta, não corre contra a parte os efeitos da mora.

Eventuais deficiências da purgação são solucionadas com pagamento dos prejuízos ou cláusula penal.

1.3.7.1 Purgação por terceiro

A purgação pode ser feita por terceiro, tendo os mesmos efeitos como se feita pelo inadimplente.

1.3.7.2 Momento da purgação

A mora pode ser purgada até a proposição da ação para Orlando Gomes. Já Agostinho Alvim fala que é possível purgar a mora a qualquer tempo, ou melhor, até o prazo para apresentar contestação, pois do contrário haveria um cerceamento do ordenamento, sendo que quando é essa a intenção a norma traz expressamente a restrição, por exemplo, no caso de busca e apreensão em alienação fiduciária em garantia (Decreto-lei n. 911/1969, art. 3^o, § 1^o), e reintegração de posse em vendas a crédito com reserva de domínio (CPC, art. 1.071, § 2^o), quando falam do pagamento mínimo de 40% para a purgação da mora²⁷ (sendo que este percentual tem sido flexibilizado pela jurisprudência).

2. PERDAS E DANOS

A questão das “perdas e danos” (palavras que são sinônimas) é muito importan-

te para a estabilidade das relações sócio-econômicas. Ocorre quando houver um dano – prejuízo/diminuição patrimonial – pelo descumprimento da obrigação, total ou parcial, que poderá ser reparado por uma indenização.²⁸

A reparação de dano pode se dar pela: prática de um ato ilícito – art. 186²⁹ (responsabilidade extracontratual); ou, pelo descumprimento de uma obrigação – art. 389³⁰ (responsabilidade contratual). A responsabilidade extracontratual ou aquiliana pode ser subjetiva, embasada na teoria da culpa, ou objetiva, fundamentada na teoria do risco. Nesta não há necessidade de demonstrar a culpa do agente, diferente da responsabilidade subjetiva em que a (i) culpa é elemento essencial (independente do grau), a qual somada ao (ii) nexos causal e (iii) existência do dano formam as condições para pleitear a indenização.³¹

As perdas e danos envolvem a reparação do prejuízo efetivo (danos emergentes) e o que o prejudicado deixou de ganhar (lucros cessantes). É o dever de indenizar que está previsto no art. 402.³²

28. O instituto do seguro surgiu para atender necessidades dos comerciantes, *lato sensu*, sendo que atualmente são variadas as suas modalidades, p.ex., de responsabilidade civil, o que pode/deve ser largamente utilizado pelos empresários, de acordo com suas necessidades, no sentido de reparar eventuais danos. Pois, quando se está inadimplente é por que algo vai mal, e se não bastasse isso se o empresário tiver de pagar uma indenização poderá ser fatal à continuidade do seu negócio.

29. “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

30. “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.”

31. Sobre os regimes jurídicos em sede de responsabilidade contratual e extracontratual é recomendável a leitura da obra de Fábio Konder Comparato, que, entre toda a sua riqueza, narra a tendência do direito moderno em superar tal dicotomia (*Essai d'Analyse Dualiste de l'Obligation en Droit Prive*).

32. “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.”

27. Cf. relata Sílvio de Salvo Venosa (*Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, v. 2, 3^a ed., pp. 245 e 246).

Manuel Inácio Carvalho de Mendonça considera que há uma diferença entre a reparação civil e as perdas e danos. Ela se dá pelo fato daquela ser decorrente de atos ilícitos e esta decorrente de inadimplemento contratual. Na opinião do autor a reparação civil deve ser mais extensa e completa possível, já as perdas e danos têm um limite natural em razão da cláusula contratual não cumprida e nos prejuízos calculados pela inexecução.³³

Aqui é pertinente a consideração de que todos têm liberdade para contratar, mas uma vez contratado tem a obrigação de cumprir o avençado – *pacta sunt servanda* – não podendo escapar de sua responsabilidade,³⁴ sob pena de ser condenado a pagar indenização.

2.1 Danos emergentes – “*Damnus emergens*”

É cabível quando houver uma diminuição patrimonial ao credor, ou seja, um prejuízo de ordem econômica. Mas não pode a reparação de danos servir como forma de aumento patrimonial, sob pena de enriquecimento ilícito.

A demonstração do dano emergente cabe ao credor, isto é, o credor deverá apontar qual foi o prejuízo causado pelo descumprimento da obrigação. No caso de prestação em dinheiro será acrescida atualização monetária conforme índices oficiais, juros, custas e honorários advocatícios, além de multa se houver previsão contratual, sendo

33. *Doutrina e Prática das Obrigações*, t. II, 4ª ed., p. 445.

34. Apoiado em Francesco Carnelutti, Sylvio Marcondes Machado afirma: “Enquanto a responsabilidade consiste num estado de sujeição a que o devedor não pode esquivar-se, pois se realiza mesmo contra a sua vontade, a obrigação pressupõe a livre manifestação da vontade. O devedor satisfaz espontaneamente a obrigação, ao passo que suporta a responsabilidade, sem poder afastá-la. A responsabilidade exclui a liberdade, enquanto a obrigação a supõe” (*Limitação da Responsabilidade de Comerciante Individual*, p. 258).

nesse sentido o disposto no *caput* do art. 404.³⁵

Judith Martins-Costa pondera que a atualização monetária se dá sobre a totalidade do débito, uma vez que os juros, custas, honorários e multa são devidos em razão das perdas e danos.³⁶

Diferentemente do art. 1.061 do Código Civil de 1916, o art. 404 tem um parágrafo único, que se apresenta de forma bastante salutar, no qual prevê, caso não haja cláusula penal, uma indenização suplementar se os juros de mora não cobrirem o prejuízo.³⁷⁻³⁸

2.2 Lucros cessantes – “*Lucrum cessans*”

Por sua vez os lucros cessantes são cabíveis ao credor no que razoavelmente deixou de lucrar pelo não cumprimento da obrigação por parte do devedor.

Uma questão sempre presente nos lucros cessantes é quanto à prova de fato futuro, ou seja, quanto ganharia se a obrigação fosse devidamente cumprida. No entanto, o legislador foi feliz ao manter a palavra “razoavelmente” no texto do art. 402 do Código Civil, tendo em vista que a partir daí se consegue trilhar na busca dos prováveis lucros que seriam auferidos.

35. “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 advogado, sem prejuízo da pena convencional.”

36. *Comentários ao Novo Código Civil – Do Inadimplemento das Obrigações*, v. V, t. II, pp. 366-367.

37. “Art. 404. (...) 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.”

38. Tal disposição foi inovada pelos Códigos suíço e alemão; estava prevista no anteprojeto de Código das Obrigações brasileiro de 1941; e mais tarde foi também acolhida pelo Código Civil italiano.

Agostinho Alvim entende que, o uso pelo legislador da locução “o que razoavelmente deixou de lucrar” significa o que o credor lucraria de acordo com o bom senso, pois há uma presunção de que os fatos se desenrolariam dentro da normalidade, considerando os antecedentes.³⁹

Arriscamos dizer que “razoavelmente” quer dizer seja algo racional e aceitável, um meio termo.

2.2.1 *Lucros cessantes e atividade empresarial*

Os lucros cessantes são muito relevantes, notadamente no mundo dos negócios, uma vez considerada que a atividade empresarial tem por escopo o lucro, e sendo este impedido pelo inadimplemento de outrem, é questão de plena justiça a sua reposição através desse instituto.

No campo empresarial muitas das vezes será necessária uma perícia especializada⁴⁰ para tal apuração diante da complexidade das atividades.⁴¹

Também, mister será verificar como se deu a afetação da atividade negocial pelo inadimplemento da obrigação, pois poderá haver uma completa ou parcial paralisação do negócio, sendo que os lucros cessantes

39. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, 5ª ed., p. 189.

40. “Indenização. Responsabilidade civil. *Lucros cessantes*. Determinados a partir do período em que o veículo esteve parado para reformas. Realização de perícia contábil que deve levar em conta a escrituração da própria empresa, para estimar, por comparação, o lucro auferido, no respectivo tempo por ônibus de igual característica e da mesma linha. Recurso parcialmente provido” (apelação cível 208.737-1-Rio Claro, Rel. Almeida Ribeiro, 26.5.1994, Biblioteca TJSP – grifo nosso).

41. “Indenização. Prestação de serviços. Publicação de anúncio propagandístico na lista telefônica. Incorreção quanto ao bairro e zona onde se localiza a empresa-autora. Ineficácia da propaganda. Devolução das parcelas pagas corrigidas monetariamente. *Lucros cessantes*, no entanto, *indevidos por não comprovados*. Sentença confirmada” (JTJ 154/98, Biblioteca TJSP – grifo nosso).

serão indenizados na medida do lucro líquido que se apuraria.⁴²

Só será indenizável o que efetivamente se perdeu, e o que deixou de ganhar por reflexo direto e imediato do inadimplemento da obrigação, não podendo o credor-prejudicado ter “aumento de patrimonial com a indenização”. Tudo isso mesmo que seja resultado de dolo do devedor, conforme e disposto no art. 403 do Código Civil.⁴³

O art. 403 de certa forma repete o 402, quando escreve os “prejuízos efetivos” sendo que naquele já está previsto o que “efetivamente perdeu”.

Ainda quanto ao art. 403, na sua parte final utiliza-se da locução “sem prejuízo do disposto na lei processual”, do que se compreende que, por exemplo, no caso de litigância de má-fé (processual) a sua condenação em nada se confunde com a de perdas e danos.⁴⁴

2.3 *Dano moral*

O dano moral é algo diferente de patrimonial, pois não o afeta (pelo menos diretamente), mas sim o psíquico e/ou a reputação.

São divergentes (e muitas vezes omisas) as posições doutrinárias quanto ao cabimento do dano moral em sede de indenização por inadimplemento obrigacional. No entanto, entendemos que se pelo não cumprimento de um contrato isso causar prejuízos à reputação/imagem de um empresário,

42. Nesse sentido é a tese de concurso à Livre-Docência, em Direito Comercial, pela Faculdade de Direito do Ceará, de Lincoln Mourão Mattos, *Das Perdas e Danos no Direito Commercial*, pp. 85 e 86.

43. “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.”

44. Nesse sentido Judith Martins-Costa, *Comentários ao Novo Código Civil – Do Inadimplemento das Obrigações*, v. V, t. II, pp. 363-364.

seja junto a clientes, colaboradores, etc., tem ele, em tese, o direito de pleitear dano moral ao devedor.⁴⁵

Agostinho Alvim considera que a indenização por dano moral pode se dar pela violação do contrato ou pela culpa aquiliana.⁴⁶

Tratando-se a atividade empresarial de risco, poderia até se pensar que nesse risco também poderia estar incluído o fato do empresário não ter alguns de seus contratos cumpridos. Ou melhor, o risco do inadimplemento contratual estaria dentro do risco da atividade negocial, o que impossibilitaria pleitear danos morais. No entanto, isso cai por terra quando lembramos que a regra é que os contratos são firmados para serem cumpridos, sendo exceção o inadimplemento.

Por sua vez quanto ao cabimento de dano moral à pessoa jurídica, o Superior Tribunal de Justiça já manifestou seu entendimento favoravelmente. Súmula 227 do STJ: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

45. Nesse sentido: “*Dano moral*. Protestos indevidos de letras de câmbio, decorrentes de contrato de câmbio. Debate de mérito abstraído pela coisa julgada, referente ao acórdão, que ordenou o cancelamento dos protestos. Ilicitude a acarretar, pelo ato em si, afronta à dignidade e perda de *respeitabilidade da protestada no contexto empresarial e negocial em que atua*. Lesão extrapatrimonial, que não se confunde com a de caráter material e aferível pelo abalo de crédito. *Pessoa jurídica, suscetível desse tipo de prejuízo*. Fixação adequada pela sentença, mantida nesse tópico” (apelação cível 84.450-4-São Paulo, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Marcus Andrade, 10.12.1998, v.u., Biblioteca TJSP – grifos nossos).

Em sentido contrário: “*Dano moral*. Inocorrência. Pessoa jurídica. Abalo à *credibilidade empresarial ou mercantil*. Divulgação, inclusive na imprensa local, de que restaurante teria servido a seus clientes chocolates com prazo de validade vencido. Verba devida pelo fabricante dos produtos alimentícios adulterados ao estabelecimento comercial somente a título de lucros cessantes, uma vez que a *pessoa jurídica é imune a susceptibilidade dos sentimentos*. Voto vencido” (TJPB, RT 769/338 – grifos nossos).

46. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, 5ª ed., p. 240.

Bibliografia

- ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*. 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1980.
- ASCARELLI, Tullio. *Introducción al Derecho Comercial y Parte General de las Obligaciones Comerciales*. Buenos Aires, Ediar, 1947.
- _____. *Saggi di Diritto Commerciale*. Milão, Giuffrè, 1955.
- BAREA, Margarita Castilla. *La Imposibilidad de Cumplir los Contratos*. Madri, Dykinson, 2000.
- CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Doutrina e Prática das Obrigações*. t. II, 4ª ed., aumentada e atualizada por José de Aguiar Dias, Rio de Janeiro, Forense, 1956.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d'Analyse Dualiste de l'Obligation en Droit Prive*. Paris, Dalloz, 1964.
- _____. “A mora no cumprimento de obrigações contratuais pecuniárias e suas conseqüências”. *RDM* 74. São Paulo, Ed. RT, abr.-jun. 1989.
- FORGIONI, Paula A. “A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro”. *RDM* 130. São Paulo, Malheiros Editores, abr.-jun. 2003.
- FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Resumo de Obrigações e Contratos (Civis, Empresariais, Consumidor)*. 22ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2003.
- GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos Civiles y Comerciales – Parte General y Especial*. t. I, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1994.
- GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo, Ed. RT, 1980.
- _____. *Obrigações*. 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1988.
- GRASSO, Biagio. *Eccezione d'Inadempimento e Risoluzione del Contratto. Profili Generali*. Nápoles, Jovene, 1973.
- MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da Responsabilidade de Comerciante Individual*. São Paulo, 1956.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil – Do Inadimplemento das Obrigações* (coord. Sálvio de Figuei-

- redo Teixeira). v. V, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 2003.
- MATTOS, Lincoln Mourão. *Das Perdas e Danos no Direito Comercial*. Tese de concurso à Livre-Docência em Direito Comercial pela Faculdade de Direito do Ceará, 1930.
- OPITZ, Oswaldo, e OPITZ, Silvia. *Mora no Negócio Jurídico. Doutrina e Jurisprudência*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1984.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Contratos*. v. III, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- PERSICO, Giovanni. *L'Eccezione d'Inadempimento*. Milão, Giuffrè, 1955.
- RICCIO, Angelo. "La mora non imputabile in matéria di obbligazioi pecuniarie", *Contratto e Impresa*. Pádua, Cedam, 2002.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte Geral das Obrigações*. vol. 2, 23ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.
- _____. *Direito Civil – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*. v. 3, 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997.
- ROQUE, Sebastião José. *Direito Contratual Civil-Mercantil*. São Paulo, Ícone, 1994.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. v. 2, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2003.
- ZACCARIA, Alessio. *La Prestazione in Luogo dell'Adempimento*. Milão, Giuffrè, 1987.