

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Luiz Carlos Branco

Cláusula Penal: o valor da cominação e a redução equitativa da pena

DOUTORADO EM FILOSOFIA DO DIREITO E DO ESTADO

SÃO PAULO

2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Luiz Carlos Branco

Cláusula Penal: o valor da cominação e a redução equitativa da pena

DOUTORADO EM FILOSOFIA DO DIREITO E DO ESTADO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Filosofia do Direito e do Estado, sob orientação do Professor Doutor Willis Santiago Guerra Filho.

SÃO PAULO

2010

Banca Examinadora

Para meus pais, *in memoriam*,

Orlando Branco e Erminda Cabral Branco.

RESUMO

A cláusula penal – o valor da cominação e a redução equitativa da pena – está ligada aos direitos imemorais, isto é, uma fórmula simples proveniente do Direito Romano que determina uma relação social estruturada em *standards* legais que justificam sua observância sob todos os aspectos, inclusive filosóficos, de como aplicar o direito ao caso concreto para atingir a justiça. E o valor da cominação e a redução equitativa da pena, contemplada expressamente no novo Código Civil são os parâmetros para se dimensionar o *quantum* valorativo a cada caso. O **objetivo** deste trabalho é demonstrar que o valor da cominação e a redução equitativa da pena como pressuposto para aplicação da cláusula penal servirá como mensurador do padrão valorativo da penalidade em caso de inadimplemento total ou parcial da obrigação, inexecução de alguma cláusula especial ou à mora que encampa nossos tribunais em busca de um Estado Democrático de Direito garantidor dos direitos fundamentais da pessoa humana. O estudo deste tema **justifica-se** pela busca em resolver conflitos aparentes entre princípios garantidores de direitos fundamentais. É o que se chama de teoria da ponderação de bens e valores. O trabalho é atual, porque tal discussão se mostra concreta em vários países de semelhante modelo jurídico, sendo que o nosso sistema a partir de 2002 tornou obrigatória a redução equitativa da pena, antes faculdade concedida ao juiz. Os **métodos** utilizados nesta pesquisa foram basicamente os métodos dedutivos e indutivos sob uma perspectiva dialética. Os resultados obtidos foram: 1) uma sentença será justa se a aplicação da lei foi a correta para o caso concreto. E será correta a aplicação da lei que atentou à igualdade real ou substancial das partes: tratar os iguais de maneira igual, e os desiguais, desigualmente na exata medida de sua desigualdade; 2) e isto é alcançado através da aplicação do valor adequado da cominação; e 3) já a redução equitativa da pena tornou-se obrigatória quando de sua aplicação, antes faculdade atribuída ao juiz, que por muitas vezes não o aplicava.

Palavras-chaves: Cláusula penal. Valor da cominação. Redução equitativa da pena. Limite máximo. Contratos internacionais.

ABSTRACT

The penalty clause – the value of the punishment and the equitable reduction of the penalty – is linked to immemorial rights. That is, the penalty clause is a simple formula arising from Roman law. This formula establishes a social relationship based on legal standards that justify its compliance under all aspects, including philosophical aspects, as to the application of the right to the concrete case, in order to reach justice. And the value of the punishment and the equitable reduction of the penalty, expressly dealt with in the new Civil Code, are the parameters to dimension the value amount at each case. The **purpose** of this essay is to demonstrate that the value of the punishment and the equitable reduction of the penalty as a prerequisite for the application of the penalty clause will serve to measure the standard of value of the penalty in case of total or partial default, non-execution of some special clause or delay. The standard of value of the penalty is under the responsibility of our courts in pursuit of a legal democratic state, a state that guarantees the fundamental rights of the human being. The study of this topic is **justified** by the attempt to settle visible conflicts among principles that guarantee fundamental rights. This is entitled theory of the weighing of goods and values. This essay is of topical interest since this is a concrete issue in several countries that have a similar legal structure. As from 2002, the Brazilian system established that the equitable reduction of the penalty is mandatory. Before 2002, this reduction was a judge's prerogative. The **methods** used in this research were basically the deductive and inductive methods under a dialectic perspective. The results obtained were the following: 1) a judgment will be fair if the application of the law to the concrete case was correct. And it will be correct the application of the law that took into consideration the real or substantial equality of the parties - to treat equal persons equally and to treat unequal persons unequally in the exact measure of their inequality; 2) this is reached through the application of the adequate value of punishment; and 3) as to the equitable reduction of the penalty, it became mandatory at the time of its application. In the past, this reduction was a judge's prerogative that many times did not exercise it.

Keywords: Penalty clause. Value of making provision. Equitable reduction of the penalty. Ceiling. International contracts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
I. Fundamento Filosófico das Obrigações	8
II. Metodologia	10
III. Considerações Gerais	11
1 NOÇÕES GERAIS	17
1.1 Noções e Conceito da Cláusula Penal	17
1.2 Desenvolvimento Histórico do Instituto	23
1.3 Natureza Jurídica	27
1.4 Funções e Utilidades	30
1.5 Distinção entre Cláusula Penal e outras Modalidades de Obrigações	35
1.6 Estipulação da Cláusula Penal	38
1.7 Objeto da Cláusula Penal	40
1.8 Cláusula Penal em Favor de Terceiro	42
1.9 Exigibilidade da Cláusula Penal	44
1.10 Características da Cláusula Penal	46
1.11 Modalidades da Cláusula Penal	50
2 CLÁUSULA PENAL. APLICABILIDADE	53
2.1 Introdução à Aplicação da Cláusula Penal	53
2.2 Da Mora	53
2.3 Da Mora nas Obrigações de Não Fazer	56
2.4 Características da Mora nas Obrigações com Cláusula Penal	57
2.5 Efeitos da Mora	58
2.6 Da Culpa no Direito Positivo Brasileiro e a Cláusula Penal	62
2.7 Exigibilidade da Cláusula Penal	65
2.8 Efeitos e Diferenças entre Cláusula Penal Compensatória e Moratória	69
2.9 Imutabilidade da Cláusula Penal	71
2.10 Influência da Cláusula Penal nas Obrigações Indivisíveis, Divisíveis e Solidárias	74
3 CLÁUSULA PENAL. EXTINÇÃO	80
3.1 Generalidades	80
3.2 Modos de Extinção da Cláusula Penal	81

4 CLÁUSULA PENAL. FIGURAS AFINS.....	100
4.1 Multa.....	100
4.2 Multa Simples	101
4.3 Arras ou Sinal	102
4.4 Obrigações Alternativas	107
4.5 Condição	110
5 CLÁUSULA PENAL. EXIGIBILIDADE E REQUISITOS.....	113
5.1 Existência de uma Obrigação Principal	113
5.2 Inexecução Total da Obrigação	114
5.3 Constituição em Mora	116
5.4 Imputabilidade do Devedor	117
6. CLÁUSULA PENAL. EFEITOS	119
6.1 Exigibilidade	119
6.2 Execução da Prestação	121
6.3 Pluralidade de Devedores.....	123
7 CLÁUSULA PENAL	126
7.1 Efeitos da Cláusula Penal.....	126
7.2 Limite Máximo da Pena e o Valor da Cominação	127
7.3 Redução Equitativa da Pena	130
7.4 Contratos Internacionais e a Cláusula Penal.....	135
CONCLUSÃO	139
REFERÊNCIAS.....	145

INTRODUÇÃO

A cláusula penal é um instituto com larga tradição, mergulhando em suas raízes em tempos bem recuados da Antiguidade. A cláusula penal é de extrema importância, principalmente na atualidade, tanto que a doutrina lhe atribui natureza indenizatória. Entretanto, continua a ser uma figura bastante complexa, suscitando importantes dificuldades, tanto no Direito interno como no Direito comparado. No Direito interno, com a edição do Código Civil vigente, a penalidade será obrigatoriamente e equitativamente reduzida pelo juiz quando a obrigação principal for cumprida em parte, o que não ocorria no Código Civil revogado, que ficava ao livre arbítrio do juiz, a redução proporcional da penalidade, no caso de mora, inexecução de alguma cláusula especial ou de inadimplemento, quando a obrigação fosse cumprida em parte.

I. Fundamento Filosófico das Obrigações

O tema cláusula penal está inserido no Livro do Direito das Obrigações, no Título: “Do inadimplemento das Obrigações”, e no Código Civil revogado figurava indevidamente no Título: “Das Modalidades das Obrigações”, o que pressupõe o redimensionamento do conceito sob os aspectos filosóficos, tendo como fundamento último das obrigações as questões das que se originam os pactos e outros atos, que lhe são equiparáveis, porquanto as fontes *ilícitas* nos fazem ver as obrigações por um prisma semelhante ao da repressão do crime.

A satisfação do dano visto sob este aspecto, não é nada mais do que uma modalidade da defesa social, tendo sido, em certa época de atraso e barbárie, a forma essencial de penalidade.

Clóvis Beviláqua¹,

- I. a promessa obriga a quem a profere, porque a externalização da vontade aqui se cristaliza dentro do molde em que foi vazada? As respostas a esta interrogação tem sido as mais divergentes; o que, se autoriza novas tentativas de explicação, faz também desanimar o analista, que vê diante de si a inaniidade dos esforços de seus predecessores.

¹BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. p. 19-20.

Clóvis Beviláqua, afirmava que, simplesmente, na boa fé residia a força obrigatória dos contratos, deslocando, visivelmente, a questão sem resolvê-la; Immanuel Kant não é mais satisfatório, quando nos diz que temos aí um postulado da razão pura, impossível de ser demonstrado, mas que se impõe, forçosamente, à inteligência; outros recorrem a não sei que inalterabilidade da vontade, ao respeito à personalidade humana, à necessidade que tem o homem de realizar os fins da vida. Não há vantagem alguma para o esclarecimento da questão, em esgotarmos a lista das opiniões divergentes. Do que ficou citado já se conclui a vacilação e a desinteligência que lavra, entre os filósofos e os juristas, a propósito do fundamento das obrigações voluntárias.

Mas, nos domínios da filosofia, não se encrespam somente ondulações inconsistentes e fugidias, não há somente obscuridades enganosas. Vastos planos lavados de sol aí se alongam, por onde podemos todos marchar seguros, fitos os olhos na verdade, que se nos rasga, lúcida e forte, diante dos olhos.

- II. Tomemos o conselho do mestre, *de metaphysica non sis sollicitus*, e volvamos a vista para outros horizontes. STUART MILL nos dará a chave do enigma julgado insolúvel. Não há outro fundamento assinalável à obrigação, garante-nos ele, senão as funestas conseqüências da falta de fé e da ausência de confiança mútua entre os homens. Por outros termos, é o interesse da sociedade, harmonizando-se com o dos indivíduos, o fundamento último das obrigações. É com o glorioso publicista e filósofo inglês se mostra de acordo d'Aguiar, Pietro Cogliolo e Gabriel Tarde.

Apreciem-se os fatos, em rápida análise embora, e ter-se-á tirado a prova real desta teoria. É o interesse de cada um que o induz a realizar suas compras, vendas, empréstimos, locações, e é porque essa vantagem se torna ponta de convergência de muitos interesses que é possível a realização desses atos. Sem tal convergência, o egoísmo de cada indivíduo agitar-se-ia no vácuo, impotente, inútil. Verificada ela, porém, como a sociedade tem o máximo interesse na produção dessa troca de serviços, na combinação desses esforços, nessa divisão de trabalho, presidida e guiada pela teologia social, intervém pelo órgão do poder público e pelo da opinião dominante, para tornar efetivos e produtores atos, de que dependem, evidentemente, a sua vida e cultura, e pela quantidade dos quais se podem aferir sua opulência.

Consentisse a sociedade em que o egoísmo fugisse, dolosamente, às conseqüências de seus atos, sem prendê-lo por elos fortes à satisfação do prometido, dependesse, exclusivamente, do livre arbítrio de cada um saldar os seus débitos, e o comércio seria quase inconcebível, ajoujado nas angusturas de um círculo de ferro, e até a coexistência humana se conservaria amarrada ao poste de uma barbárie invencível. Para poder subsistir e desenvolver-se, tem, forçosamente, a sociedade de garantir a execução dos contratos, de tornar consistentes as ofertas, que, canalizando as procuras em certa direção, solicitando-as para um dado ponto, se tornariam fatores fecundos de prejuízos, de lesivos abusos, se conservassem a faculdade de recuar a cada momento.

Não podemos falar em obrigações sem ficarmos atentos aos princípios filosóficos, à teologia social, dentre outros institutos, que em síntese, norteiam e dão os fundamentos balizadores para que os agentes do direito e legisladores possam construir e interpretar uma norma de forma mais justa e que atenda aos fins sociais a que se destina e as exigências do bem comum.

II. Metodologia

A leitura e documentação dos dados bibliográficos levantados foram feitas com base nos métodos abaixo mencionados. Esta fase de leitura e documentação foi a fase preliminar deste trabalho, servindo de base para a construção lógica e redação desta tese.

Para o desenvolvimento da pesquisa foram utilizados os métodos dedutivos e indutivos sob uma perspectiva dialética.

Utilizou-se o método dedutivo na medida em que partimos de uma Teoria do Direito Tradicional e da Filosofia do Direito para embasar o tema em tela.

Em outras palavras, a partir dos textos legais e doutrinários de nossa legislação e de legislações estrangeiras, que estudam e tratam do tema há mais tempo (Direito Estrangeiro), apresentaram-se subsídios para um entendimento jurídico adequado do tema em estudo.

O método indutivo foi utilizado na elaboração das conclusões finais da pesquisa, posto que tais conclusões tenham como pontos de partida premissas particulares obtidas através dos julgados dos tribunais, para que se pudessem perscrutar as tendências jurisprudenciais nacionais e estrangeiras.

A perspectiva dialética foi eficaz na medida em que proporcionou o confronto dos dados teóricos, obtidos por meio da pesquisa bibliográfica, com os dados práticos, obtidos na realização da pesquisa jurisprudencial, com a finalidade de alcançar os objetivos inicialmente propostos.

E, assim, através do confronto das diversas posições doutrinárias e jurisprudências sobre conceitos fundamentais, esperamos demonstrar uma melhor visualização do objeto em estudo, contribuindo para o estudo do Direito e, em

especial, para o instituto da cláusula penal que vem carecendo de interesse mais profundo desde a obra intitulada: “Da Cláusula Penal no Direito brasileiro”, de Múcio Continentino, editada em 1926, e da “Teoria e Prática da Cláusula Penal”, de R. Limongi de França, de 1988.

III. Considerações Gerais

No capítulo primeiro, intitulado “Noções Gerais”, falamos das noções e conceitos da cláusula penal, o desenvolvimento histórico do instituto, natureza jurídica, funções e utilidades, distinção entre cláusula penal e outras modalidades de obrigações, estipulação da cláusula penal, objeto da cláusula penal, cláusula penal em favor de terceiro, exigibilidade da cláusula penal.

Quanto às características da cláusula penal, abordamos o contrato acessório; o meio de reforço da obrigação principal e a pré-estimativa das perdas e danos.

Já nas modalidades da cláusula penal, vimos a cláusula penal compensatória e a cláusula penal moratória.

Em síntese, nesse primeiro momento nos ocupamos em demonstrar sua intimidade com o direito das obrigações que, por sua vez, produz efeitos, e esses efeitos resultam no instituto jurídico da execução.

Portanto, não podemos tratar do direito das obrigações sem atentar aos princípios filosóficos, à teologia social, dentre outros institutos, que balizam os agentes do direito e os legisladores em construir e interpretar uma norma de forma mais justa e que atenda aos fins sociais a que se destina.

A cláusula penal ou pena convencional é um pacto acessório pelo qual as partes de um contrato estipulam antecipadamente o valor das perdas e danos no caso de inexecução culposa da obrigação.

No capítulo segundo, tratamos de cuidar da “Cláusula penal. Aplicabilidade.”, abordando: a mora nas obrigações de não fazer, as características da mora nas obrigações com cláusula penal; os efeitos da mora; da culpa no Direito Positivo brasileiro e a cláusula penal; exigibilidade da cláusula penal e influência da cláusula penal nas obrigações indivisíveis, divisíveis e solidárias.

A aplicação ou a exigibilidade da cláusula penal se equiparam aos casos em que são exigíveis as perdas e danos das quais ela é substitutiva.

Dois elementos são indispensáveis para que o devedor sofra as consequências da incidência da cláusula penal: a culpa e a mora. A culpa elemento subjetivo e a mora elemento objetivo. Ambas convergem para um mesmo ponto: inexecução total ou parcial da obrigação, ou o retardamento no cumprimento da obrigação.

No capítulo terceiro, intitulado “Cláusula penal. Extinção.”, tratamos dos mais variados modos de extinção da cláusula penal, como: pelo pagamento; pela consignação; pela sub-rogação; pela dação em pagamento; pela novação; pela compensação; pela transação; pela confusão, pela remissão e pela prescrição.

Dentro do Direito Civil, a matéria das obrigações é, sem dúvida, a parte mais árdua e difícil e a mais filosófica do Direito Civil, a mais abstrata, a mais aproximada de suas normas intelectuais e morais.

As obrigações nascem, vivem e se extinguem. Nascem de uma declaração de vontade ou em virtude de lei. Vivem através das suas várias modalidades, obrigações de dar, de fazer ou de não fazer alguma coisa. Extinguem-se pelos diversos modos elencados nesse capítulo.

No capítulo quarto, “Cláusula penal. Figura afins.”, vamos encontrar: a multa, multa simples, arras ou sinal, obrigações alternativas, e, condição.

Multa em sentido amplo é a sanção imposta à pessoa por infringência a uma regra ou ao princípio de lei ou ao contrato, em virtude do que fica na obrigação de pagar certa importância em dinheiro. Tratamos das outras diversas espécies de multa, como a multa civil, a multa compensatória, a multa convencional, a multa fiscal, a multa moratória e a multa penal.

O professor Silvio de Salvo Venosa diz que apesar do entendimento de que multa seja sinônimo de cláusula penal, o instituto tem uma concepção mais ampla. Alguns entendem que *multa simples* difere da cláusula penal, sendo imposições gerais punitivas para a infração de certos deveres, como a multa derivada das infrações de regras de trânsito. Essas multas, arremata, têm caráter inibitório e

coercitivo e não se confunde com a multa contratual, que busca uma prefixação de indenização.

Arras ou Sinal é uma quantia paga antecipadamente por um contratante a outro, em garantia do negócio avençado. Se *confirmatória*, que é a regra geral, firma a presunção de acordo final e torna obrigatório o contrato. Se *penitenciais*, figura como pena convencional, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar.

Obrigações alternativas são aquelas estipuladas de forma distinta e independente, bastando que uma delas seja cumprida. Quando a obrigação contiver duas ou mais prestações, mas que apenas uma possa ser cumprida mediante escolha do devedor, preferencialmente, ou do credor. A obrigação só será alternativa, quando a determinação depender da vontade. Em outras circunstâncias, que não a vontade, a obrigação não será alternativa.

E por fim, a *Condição*, cláusula segunda a qual o efeito da vontade declarada no ato jurídico depende de acontecimento futuro e incerto. O Código Civil vigente dispôs que *condição* é cláusula que deriva exclusivamente da vontade das partes, vincula o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto. A *condição* apresenta várias figuras como: a *condição resolutiva* que faz depender de determinado evento a extinção dos efeitos jurídicos do ato. *Condição impossível* é aquela que não pode ser cumprida, é irrealizável.

No capítulo quinto, destacamos: “Cláusula Penal. Exigibilidade e Requisitos.”, como a existência de uma obrigação principal; inexecução total da obrigação; constituição em mora; e, imputabilidade do devedor.

A cláusula penal é um ajuste secundário, daí a existência de uma obrigação principal, onde as partes convencionam penas ou multas contra aquele que inadimpliu a obrigação principal ou que a não cumpriu na época convencionada.

A cláusula penal sendo uma obrigação acessória pressupõe sempre, uma obrigação principal ou um contrato, no qual ela foi estipulada, tornando-se exigível no caso de inadimplemento.

O Código Civil vigente dispõe que a cláusula penal deve ser estipulada conjuntamente com a obrigação, podendo referir-se à inexecução completa da obrigação, a alguma cláusula especial ou, simplesmente, à mora.

Apesar de em regra, como pacto acessório, ser fixada, em conjunto com a obrigação principal, não havendo impedimento que ela venha convencionada em ato posterior, desde que, fixada antes do inadimplemento da obrigação, é o que determina o Código Civil vigente.

Também vamos encontrar no Direito material a disposição que trata da acessoriedade da cláusula penal, da pena convencional compensatória e da pena moratória. A inexecução total da obrigação pode referir-se ao não cumprimento da obrigação, assim como o pode apenas a não execução satisfatória, exatamente como foi ajustada, ou porque não se respeitou o modo, ou porque não se observou o tempo determinado.

Quando se tratar de obrigação positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor, mas não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

A cláusula penal compensatória e moratória torna-se exigível de pleno direito desde que se vença o prazo convencionado na obrigação, ou, se não houver prazo certo, fixado expressamente, é indispensável que se constitua o devedor em mora por meio de interpelação, notificação ou protesto judicial.

Com relação a imputabilidade do devedor, vale destacar os quatro requisitos principais da mora: a) uma obrigação principal resultante de uma pré liquidação das perdas e danos decorrentes da inexecução de uma obrigação; b) que a obrigação esteja vencida; c) inadimplemento imputável ao devedor; e, d) constituição do devedor em mora.

A mora tem como elemento subjetivo a culpa do devedor, porque a mora pressupõe em si a culpa, que dela é por sua vez, um dos requisitos. Se não for imputada ao devedor a mora, fica excluída sua responsabilidade.

No capítulo sexto, tratamos da “Cláusula Penal. Efeitos.”, como: a exigibilidade, a execução da prestação e a pluralidade de devedores.

O credor não precisa alegar prejuízo para exigir a cláusula penal. O credor pode exigir a cláusula penal *pleno-iuri*, sendo que este é um dos principais efeitos da cláusula convencional.

O credor precisará provar a ocorrência do inadimplemento da obrigação e a constituição do devedor em mora. Ficando inadimplente ou em mora o devedor, a cláusula penal passará a ser exigível por meio de ação judicial.

O direito vigente inovou acrescentando disposição que autoriza as partes convencionarem uma indenização suplementar, quando o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal.

A cláusula penal pode referir-se: a) inexecução completa da obrigação; b) alguma cláusula especial; c) mora, simplesmente. Nos dois primeiros casos denomina-se *compensatória*, e, no último, *moratória*.

Quando se tratar de inexecução completa da obrigação, a cláusula penal converter-se-á em alternativa a benefício do credor. O credor tem a alternativa de exigir o cumprimento da obrigação ou de pedir a cláusula penal.

No caso de alguma cláusula especial, poderá o credor exigir a satisfação da pena cominada juntamente com o desempenho da obrigação principal.

No último caso, quando a cláusula penal foi fixada para o caso de simples mora, fica facultado ao credor reclamar simultaneamente a pena convencional e a obrigação principal.

A multa moratória ou compulsória é fixada para punir a mora ou a inexecução de alguma cláusula determinada. A regra é da cumulação da cláusula penal com a exigência do cumprimento da obrigação principal.

Tratando-se de pluralidade de devedores, basta que um dos co-obrigados descumpra a cláusula penal para que ela se torne exigível. O credor poderá reclamar do culpado que ela se cumpra por inteiro e com relação aos co-obrigados só poderão ser reclamadas as respectivas quotas, aos não culpados fica reservada a ação regressiva contra aquele que deu causa à aplicação da pena.

E por fim, no capítulo sétimo abordamos: a “Cláusula penal – Considerações Finais.”, como: efeitos da cláusula penal; limite máximo da pena e o valor da cominação; observações preliminares; redução equitativa da pena no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002; contratos internacionais e a cláusula penal; e, conclusão.

1 NOÇÕES GERAIS

1.1 Noções e Conceito da Cláusula Penal

A cláusula penal é uma figura intimamente relacionada ao Direito das Obrigações, e os efeitos produzidos pela obrigação, acabam culminando em um único instituto: – a execução.

Em sentido estrito, “obrigação é a relação jurídica entre duas (ou mais) pessoas, de que decorre a uma delas, ao *debitor*, ou a algumas, poder ser exigida, pela outra, *creditor*, ou outra prestação. Do lado do credor, há a pretensão; do lado do devedor, a obrigação”.²

Compreendido no Direito Civil, o Direito das Obrigações forma uma especialidade dele para traçar as regras que regem as relações de ordem patrimonial, consistentes, principalmente, nas prestações que devem ser cumpridas pelo devedor obrigado, as quais podem ser positivas ou negativas.³

Obrigação, segundo o professor Orlando Gomes⁴, “é um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra”.

A cláusula penal, também chamada pena convencional, é o pacto acessório pelo qual as partes de um contrato fixam, de antemão, o valor das perdas e danos que por acaso se verifiquem em consequência da inexecução culposa de obrigação.⁵ Sua função é pré-liquidar danos.

Existe uma corrente de civilistas, entre os quais Bernhard Windscheid, que sustentam que pelo fato de poder nascer a cláusula penal concomitantemente à obrigação a qual adere, ou originar-se de um ato posterior, a denominam, quando simultânea à obrigação principal, *cláusula penal* e, quando posterior, *pena convencional*.

²MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 22, p. 12.

³SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 465.

⁴GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 11

⁵*Ibid.*, p. 189.

A diferença é meramente verbal, tratando-se num e noutro caso da mesma obrigação penal, conhecida na denominação popular, por *multa*.

A cláusula penal decorre de um acordo de vontade estabelecido pelas partes contratantes, estabelecendo uma indenização por perdas e danos no caso de inadimplemento contratual das quais é sucedânea.

Por meio da cláusula penal, as partes prefixam e pré-avaliam o montante dos prejuízos que possam sofrer com a inexecução ou retardamento no cumprimento de alguma prestação omissiva ou comissiva, pactuada pelas partes no contrato.

Desse modo, a cláusula penal determina a prévia indenização de perdas e danos, pelo não cumprimento integral ou parcial da obrigação, ou pela mora. Consiste, em síntese, em uma prestação convencional, como pena pelo inadimplemento incompleto ou impontual pela inexecução de uma promessa ou prestação.

Diz o Ministro José de Aguiar Dias⁶ que

[...] a cláusula penal fixa de antemão as perdas e danos pelo inadimplemento da obrigação e também neste caso o credor se isenta do ônus que normalmente lhe caberia. Não precisa provar nem o prejuízo nem o *quantum*, porque, na exata definição de CARVALHO SANTOS, a cláusula penal importa “pré-liquidação convencional do prejuízo do credor”, prevenindo as longas controvérsias que podem surgir na liquidação dos danos, sem possibilidade de prova em contrário, o que, todavia, não obsta a que, em certos casos, ela possa ser reduzida, por medida de equidade ou atenção à moralidade dos contratos.

Clóvis Beviláqua diz que “cláusula penal é um pacto acessório, em que se estipulam penas ou multas, contra aquele que deixar de cumprir o ato ou fato, a que se obrigou, ou, apenas, o retardar.”⁷

A pena convencional, continua Beviláqua, é puramente econômica, devendo consistir exclusivamente no pagamento de uma soma ou execução de outra qualquer prestação das que podem ser objeto de obrigações. É, porém, indiferente que beneficie um dos contratantes ou um terceiro indicado na convenção.

⁶DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 1, p. 91-92.

⁷BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. p. 64.

Dois são os fins da pena convencional ou cláusula penal: a) estimular o devedor ao cumprimento da obrigação, mediante a ameaça de pagar a importância da pena, e nisto participa da natureza da pena em geral; e, b) servir de sucedâneo da indenização de perdas e interesses, dispensando o processo da respectiva liquidação, por isso que é o equivalente legal dos prejuízos do credor.⁸

Caio Mário da Silva Pereira⁹ preleciona que a cláusula penal ou pena convencional – *stipulatio penae* dos romanos – é uma cláusula acessória em que se impõe sanção econômica, em dinheiro ou outro bem pecuniariamente estimável, contra a parte infringente de uma obrigação. Pode ser avençada conjuntamente com a obrigação principal, e normalmente o é, ou em apartado (Código Civil, artigo 409).¹⁰

O Código Civil vigente, reproduzindo as disposições do Código Civil de 1916, permite que a cláusula penal se estipule conjuntamente com a obrigação principal ou em ato posterior. Segundo Pereira, incorre na mesma imprecisão redacional do artigo. O que objetiva o atual Código em seu dispositivo, como no Código revogado, é que a pena convencional pode ser estipulada no mesmo instrumento da obrigação principal, como uma de suas cláusulas, ou um de seus itens, como pode com a mesma eficácia ser avençada em instrumento à parte, seja simultâneo, seja posterior ao outro.

Com relação ao conceito de cláusula penal, Silvio Rodrigues¹¹ diz que a lei brasileira, ao contrário da francesa, não define a cláusula penal. Mas a definição do artigo 1226 do Código Napoleônico, a despeito de suas imperfeições, pode servir para dar uma idéia da instituição. Assim dispõe o referido artigo:

A cláusula penal é aquela pelo qual uma pessoa, para assegurar a execução de uma convenção, se compromete a dar alguma coisa, em caso de inexecução.

⁸ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho.

⁹PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Teoria Geral das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. II, p. 145.

¹⁰Direito Anterior: arts. 916 e 917 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 151 do Projeto de Código de Obrigações de 1916; art. 406 do Projeto do Código Civil de 1975.

¹¹RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte geral das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2, p. 262.

Assim, finaliza o professor Rodrigues que, por meio de tal cláusula, o devedor se vincula a se submeter a uma pena, anteriormente estipulada, se der causa ao descumprimento do contrato.¹²

Maria Helena Diniz¹³, conceitua a cláusula penal (*stipulatio poene*) como um pacto acessório, pelo qual as próprias partes contratantes estipulam, de antemão, pena pecuniária ou não, contra a parte infrigente da obrigação, como consequência de sua inexecução completa culposa ou a alguma cláusula especial ou de seu retardamento (CC, art. 408)¹⁴, fixando, assim, o valor das perdas e danos, e garantindo o exato cumprimento da obrigação principal (CC, art. 409, 2ª parte).¹⁵

Resulta a cláusula penal em uma estipulação acessória, pela qual uma pessoa, a fim de reforçar o cumprimento da obrigação, se compromete a satisfazer certa prestação indenizatória, seja ela uma prestação em dinheiro ou de outra natureza, com a entrega de um objeto, a realização de um serviço ou a abstenção de um fato, se não cumprir o devido ou o fizer tardia ou irregularmente, fixando o valor das perdas e danos devidos à parte inocente em caso de inexecução contratual.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, cláusula penal é obrigação acessória¹⁶, pela qual se estipula pena ou multa destinada a evitar o inadimplemento da principal, ou o retardamento de seu cumprimento. É também denominada *pena convencional* ou *multa contratual*. Adapta-se aos contratos em geral e pode ser inserida, também, em negócios jurídicos unilaterais, como o testamento, para compelir, por exemplo, o herdeiro a cumprir fielmente o legado.

Miguel Maria de Serpa Lopes¹⁷, citando Manuel Inácio Carvalho de Mendonça, traça considerações a propósito de um conceito de cláusula penal, que

¹²Cf RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte geral das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2, p. 262.

¹³DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 2. Teoria Geral das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 413.

¹⁴**Art. 408.** Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

¹⁵**Art. 409.** A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.

¹⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Teoria Geral das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004. v. II, p. 382.

¹⁷LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Obrigações em Geral. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v. II, p. 143.

todos os códigos compreendem como uma obrigação acessória, adjeta a um contrato e pela qual se obriga o devedor a uma prestação determinada, no caso de faltar ao contrato, ou a qualquer de suas cláusulas, ou retardar sua execução.

Cláusula penal é uma obrigação de natureza acessória, também diz Silvio de Salvo Venosa.¹⁸ Por meio desse instituto insere-se uma multa na obrigação para a parte que deixar de dar cumprimento ou apenas retarda-lo. Aí estão as duas faces da cláusula penal: de um lado, possui a finalidade de indenização prévia de perdas e danos; de outro, a de penalizar, punir o devedor moroso.

Também na mesma linha, o professor Washington de Barros Monteiro¹⁹, cláusula penal é um pacto secundário e acessório em que se estipula pena ou multa para as partes que se subtrair ao cumprimento da obrigação a que se obrigara, ou que apenas retardara. Outrora, sua prática foi muito frequente, tanto no Direito Romano, onde recebia o nome de *stipulatio poenae*, como no Direito Intermediário. Atualmente, continua a merecer o mesmo benefício do passado.

Apesar de sua estipulação ser mais comum nos contratos, continua o professor Monteiro, sobretudo naqueles cuja pontual execução se torne de absoluta necessidade para os contratantes, pode a cláusula penal ser também inserida em outros atos jurídicos, como o testamento, a fim de estimular o herdeiro à fiel satisfação do legado.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²⁰ não destoando dos demais conceitos, enfatizam que a cláusula penal é um pacto acessório, pelo qual as partes de determinado negócio jurídico fixam, previamente, a indenização devida em caso de descumprimento culposos da obrigação principal, de alguma cláusula do contrato ou em caso de mora.

A cláusula penal, também denominada *pena convencional*, tem precípua função de pré-liquidar danos, em caráter antecipado, para o caso de inadimplemento culposos, absoluto ou relativo da obrigação.

¹⁸VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2, p. 367.

¹⁹MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Direito das Obrigações. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 335.

²⁰GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003. v. II, p. 341.

Como podemos observar, o conteúdo dos conceitos são praticamente semelhantes, o que dá maior segurança jurídica ao instituto. Orlando Gomes²¹ conceitua a cláusula penal, também denominada pena convencional, como o pacto acessório pelo qual as partes de um contrato fixam, de antemão, o valor das perdas e danos que por acaso se verificarem em consequência da inexecução culposa de obrigação. Admite-se, entretanto, que, para exigir o pagamento da multa, não precisa o credor alegar prejuízo.

Sua função é pré-liquidar danos. Insiste-se em considerá-la meio de constranger o devedor a cumprir a obrigação, por sua força intimidativa, mas esse efeito da cláusula é acidental. A melhor prova de que não atua essencialmente como arma coercitiva é que, por vezes, sua função é diminuir o montante da indenização, que seria devida numa liquidação de perdas e danos, conforme as regras comuns a que preside.

Ademais, o valor estipulado pelas partes para o eventual ressarcimento deve ser reduzido pelo juiz, se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo (CC, artigo 413)²², não se permitindo que o valor da cominação exceda o da obrigação principal (CC, art. 412).²³

Encerrando a posição conceitualista de cláusula penal, Pontes de Miranda²⁴ diz o que se quer com ela, é que o devedor evite incorrer nela, ou que o destinatário da declaração de vontade – mesmo unilateral – se decida a aceitar a oferta, ou a ter a conduta que o possa tornar titular de direitos irradiados da declaração unilateral de vontade.

Uma das funções mais prestantes da cláusula penal é assentar a indenizabilidade de danos no caso de não ser pecuniária ou ser de difícil avaliação a prestação prometida. Por exemplo, para o caso de B, que teria de cantar na

²¹GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 189.

²²**Art. 413.** A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

²³**Art. 412.** O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

²⁴MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 26, p. 59, 60.

recepção de A, faltar ao prometido. Terá B de prestar a pena convencional, ainda que A não possa provar danos materiais.

As cláusulas penais inseridas em promessas ao público ou em títulos ao portador são promessas unilaterais de submissão à penalidade. O legado pode conter cláusula penal.

Mediante a estipulação da cláusula penal, o credor preexime-se do ônus da prova de ter sofrido dano ou prejuízo. Por outro lado, livra-se da objeção da falta de interesse patrimonial.

A cláusula penal, finaliza Pontes de Miranda, pode ser para que algo se preste a terceiro. Rege o artigo 436, parágrafo único, do Código Civil.²⁵

1.2 Desenvolvimento Histórico do Instituto

A cláusula penal, no seu desenvolvimento histórico-jurídico, passou por acentuadas mutações. Teve sua origem no Direito Romano, intitulada então *stipulatio paenae*.

No Direito Romano, a cláusula penal era a única sanção do cumprimento das *nuda pactiones*, tida como elemento indispensável na transação e no compromisso.²⁶ Como o próprio nome indica, o primitivo Direito Romano considerava como um réu, o devedor que não cumpria a sua promessa, e a *stipulatio paenae* tinha então por finalidade assegurar não a reparação do dano causado pelo inadimplemento, mas a repressão do delito cometido pelo devedor, não a cumprindo.

²⁵ Art. 436. [...].

Parágrafo único. Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigi-la, ficando, todavia, sujeito às condições do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438.

Art. 438. O estipulante pode reservar-se o direito de substituir o terceiro designado no contrato, independente da sua anuência e da do outro contratante.

Parágrafo único. A substituição pode ser feita por ato entre vivos ou por disposição de última vontade.

²⁶ CONTINENTINO, Mucio. *Da cláusula penal no Direito brasileiro*. São Paulo: Livraria Acadêmica; Saraiva & Comp., 1926. p. 12-16.

Esse caráter penal-criminal, continua Mucio Continentino, abrandou-se, conservando-se o instituto pelas vantagens que representava a avaliação feita pelas próprias partes.

Não se pode encarar a matriz da cláusula penal pelo prisma do civilista pátrio. Coteje-se sua época inicial com o período moderno do Direito, onde, a despeito de serem garantidos todos os pactos, se acha a cláusula penal associada à maioria das convenções para verificar-se desacerto do acerto referido.

Em sua origem, a cláusula penal é verdadeira pena. É composição da injúria objetiva, derivada do inadimplemento. Este assumia o caráter de ato ilícito, (delito) ao qual era correlata a ideia de pena. Essa razão histórico-jurídica da cláusula penal, no seu primórdio, modificou-se no próprio Direito Romano.

A ideia de pena abrandou-se, substituindo-se pela de reforço da prestação prometida, passando a acessório o que era principal, e inversamente. Deferindo profundamente a primitiva noção da cláusula penal da que conserva modernamente, nem por isso o conceito de pena deixa de ainda projetar-se sobre o instituto, não de pena criminal, mas, pena civil, sanção civil.

G. P. Chironi, catedrático da Universidade de Turim, destaca com nítida precisão, que é pela infiltração da ideia de pena no instituto da cláusula penal, que são regulamentadas aplicações desta, no que com ele concorda Clóvis Beviláqua ao escrever que, “a pena também funciona como força coercitiva para coagir o devedor a cumprir a promessa, e como reação punitiva contra o delito civil da inexecução ou da mora.”

A atual denominação da cláusula penal que aparece nos atuais códigos teve sua origem, como já vimos, no Direito Romano na forma da *stipulatio paenae*. Os romanos a consideravam como sendo toda estipulação cuja finalidade consistisse em impor ao promitente uma prestação em favor do estipulante, para o caso em que tal fato convencionado entre as partes viesse, ou não, a se realizar, segundo Miguel Maria Serpa Lopes.²⁷

²⁷LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil. Obrigações em Geral*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v. II, p. 144 et seqs.

Essa *stipulatio* tinha dois objetivos: o primeiro, garantir indiretamente a execução da obrigação principal submetendo o promissor ao pagamento de uma pena, no caso de inexecução da prestação; o segundo, desonerar o credor do encargo da prova no caso de inadimplemento da obrigação. Cláusula de natureza acessória, seu objeto consistia numa soma em dinheiro, *pecúnia certa*, o pagamento exigível por um processo rápido – *condictio certi*.

Miguel Maria Serpa Lopes, diz que a origem da cláusula penal funda-se no formalismo contratual. Estes dependiam, para a sua validade, do cumprimento de determinados ritos, sendo de notar nenhum valor do *nuda pacta*. Além disso, a posição do Juiz romano lhe dava poderes de ordenar o cumprimento compulsório de uma prestação, como modernamente sucede, nos contratos representados por uma obrigação de fazer, de caráter fungível. Essa amplitude de proteção judicial era desconhecida dos romanos.

O *stipulatio paenae* era muito mais do que a reparação do prejuízo decorrente do descumprimento da obrigação, o seu objeto era eminentemente a própria repressão do delito consistente no inadimplemento do devedor.

Rudolf von Ihering ressalta que a história da pena é uma abolição constante. “As penas decaem à medida que a idéia do direito se engrandece. Mais a ordem jurídica se aperfeiçoa, mais os povos se aproximam da maturidade, e cada vez se torna menos necessário o recurso a pena”.

No Direito anterior, Mucio Continentino²⁸, diz: a cláusula penal era regulada pelas *Ordenações do Reino* – “Das penas convencionaes e judiciaes e interesses em que casos se podem levar”. O Código Civil - Esboço por Augusto Teixeira de Freitas dela se ocupa nos artigos 990 e seguintes.²⁹

²⁸CONTINENTINO, Mucio. *Da cláusula penal no Direito brasileiro*. São Paulo: Acadêmica; Saraiva & Comp., 1926. p. 17.

²⁹**Art. 990.** É livre designar nos atos jurídicos uma pena ou *multa* para o caso, em que o devedor incorra em falta.

Essa cláusula produzirá seus efeitos, ou seja estipulada juntamente com a obrigação principal, ou seja estipulada depois.

Art. 991. As cláusulas penais podem ter por objeto o pagamento de uma soma de dinheiro, ou outra qualquer prestação de dar ou fazer, uma vez que não seja impossível ou ilícita (art. 552); quer a benefício do próprio credor, quer a benefício de um terceiro.

Art. 992. O credor não poderá exigir a pena senão quando o devedor ficar constituído em mora; e exigindo-a não terá direito a qualquer outra indenização de perdas e interesses, ainda mesmo provando que a pena não é indenização suficiente; salvo se nos atos jurídicos se tiver disposto de outro modo.

De acordo com Miguel Maria Serpa Lopes³⁰, o sistema do antigo Direito francês, com as penas *cominatórias*, as quais podiam ser suspensas ou reduzidas pelo juiz, a cláusula penal perdeu muito do seu aspecto penal, para se reduzir à função de reparação, com o seu papel tanto quanto possível de composição dos prejuízos.

O Código Civil francês obedeceu a esse critério, isto é, o de ser a cláusula penal uma predeterminação dos casos estabelecidos *a priori*. Assim, o artigo 1.229, prescreve:

La clause pénale est La compensation des dommages et intérêts que Le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale.

Art. 993. Para haver a pena, não está o credor obrigado a provar que sofrera prejuízo; nem o devedor poderá eximir-se de cumpri-la, provando que o credor não sofrerá prejuízo, ou que a pena é excessiva.

Art. 994. Não poderá o credor exigir ao mesmo tempo o cumprimento da obrigação principal, e a pena. Só poderá exigir uma ou outra coisa, sem prejuízo do que se tiver disposto nos atos jurídicos.

Art. 995. A nulidade do ato jurídico por motivo, da obrigação principal induzirá nulidade do ato jurídico por motivo da cláusula penal não prejudicará a subsistência da obrigação principal (arts. 803, e 966).

Art. 996. Subsistirá, porém, a cláusula penal, ainda que haja nulidade por motivo da obrigação principal:

1º - Quando se contratar a obrigação por um terceiro, com a cláusula de se incorrer na pena, se esse terceiro não aceitar o contrato.

2º - Quando se contratar em favor de um terceiro debaixo da mesma cláusula.

Art. 997. Se a obrigação principal se extinguir, ou resolver sem culpa alguma da parte do devedor, também ficará extinta ou resolvida a obrigação acessória da cláusula penal.

Art. 998. Se a obrigação principal só tiver sido cumprida em parte, ou por motivo irregular, ou fora de lugar próprio, ou fora de tempo: haverá na pena um abatimento proporcional, que o Juiz mandará arbitrar, sendo que as partes não concordem.

Art. 999. Ou a obrigação principal seja divisível, ou indivisível, cada um dos co-devedores, ou dos co-herdeiros do devedor, não incorrerá na pena senão em proporção de sua cota, uma vez que seja divisível a obrigação da cláusula penal.

Art. 1.000. Cada um dos co-devedores, ou dos co-herdeiros do devedor, ficará obrigado à pena por inteiro:

1º - Se a obrigação da cláusula penal for indivisível, ou, posto que seja divisível, se for solidária.

2º - Se houver hipoteca, anticrese, ou penhor, para segurança da cláusula penal; observando-se neste caso o disposto nos artigos 997, ns. 1 e 2, 978, 979, e 980.

Art. 1.001. Depois de incurso na pena, o devedor não poderá mais evitá-la contra a vontade do credor, ainda que posteriormente seja cumprida a obrigação principal.

Art. 1.002. Não se entenderá que o devedor pode arrepender-se, pagando a pena ou multa, em vez de cumprir a obrigação, senão nos casos em que nos títulos se tenha expressamente reservado este direito.

Art. 1.003. Ainda que o devedor tenha direito de arrepender-se, pagando a pena ou multa; será impossível o arrependimento, depois que tiver cumprido a obrigação no todo ou em parte.

³⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Obrigações em Geral. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v. II, p. 145.

*Il ne peut demander en même temps Le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour Le simple retard.*³¹

É a possibilidade de sancionar por uma cláusula penal não somente a não execução da obrigação principal, mas, também, todas as outras obrigações acessórias.

Se não bastasse, consagrou ainda o Código Civil francês, o princípio da imutabilidade da cláusula penal, determinando no artigo 1.152: *lorsque La convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages intérêts, Il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre*³².

(Lei nº 85-97 de 11 de outubro de 1985): “No entanto, o juiz pode, mesmo de ofício, diminuir ou aumentar a pena.”. (Lei nº 75-597 de 9 de julho de 1975): “que tinha sido combinada, caso esta for manifestamente excessiva ou insignificante. Toda estipulação contrária será reputada não escrita.”^{33,34}

1.3 Natureza Jurídica

No que se refere à natureza jurídica da cláusula penal, propõem os autores teorias diversas, entre as quais se ressaltam quatro: a do reforço; a da pré-avaliação; a da pena e a eclética.³⁵

As três primeiras teorias ressaltam aspectos parciais do instituto, enquanto os autores filiados da última teoria não têm atacado com precisão os aspectos primordiais.

³¹“A cláusula penal é a compensação das perdas e danos que o credor está sofrendo pela não execução da obrigação principal.”. “A cláusula penal é a compensação das perdas e danos que o credor está sofrendo pela não execução da obrigação principal.”. (*Tradução livre do autor*).

³²“Quando a convenção estipula que aquele que não a executar deverá pagar um determinado valor a título de perdas e danos, não poderá ser atribuído à outra parte um valor seja este maior, ou seja, este menor.”. (*Tradução livre do autor*).

³³A lei do dia 9 de julho de 1975 é aplicável aos contratos assim como às instancias vigentes (art. 3). – A lei do dia 11 de outubro de 1985 é aplicável aos contratos assim como às instancias vigentes no momento de sua aplicação (art.3).

³⁴No que diz respeito às cláusulas penais em algumas matérias, V. Código das seguradoras, art. L. 113-10, *infra*, sob art. 1983; Código da construção e moradia, art. L.261-14 (venda de imóvel a ser construído), *infra*, sob art. 1601-4; Código do consumidor, art. L. 311-29 a L.311-32, L. 312-21 a L.312-23, L. 312-29 (proteção dos que pedem empréstimos), *infra*, sob art. 1914. (...)

³⁵FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 330, 331.

A cláusula penal, segundo Rubens Limongi França, tem uma *tríplice natureza*, revestindo-se de caráter quer de reforço do cumprimento da obrigação, quer de pré-avaliação de danos, quer ainda de pena imposta à transgressão da ordem jurídica, resultante da inexecução.

Não obstante essa tríplice natureza, a essência da cláusula penal está no reforço. Além disso, a cláusula penal apresenta outros elementos naturais, de três espécies, concernentes: a) à própria classificação das obrigações; b) sistematização do direito obrigacional; e c) à autonomia do respectivo instituto.

A cláusula penal ou pena convencional – *stipulatio paenae* dos romanos³⁶ – é uma cláusula acessória, em que se impõe sanção econômica, em dinheiro ou outro bem pecuniariamente estimável, contra a parte infringente de uma obrigação. Pode ser avençada conjuntamente com a obrigação principal, e normalmente o é, ou em apartado (Código Civil, art. 409³⁷), e constitui uma das mais importantes modalidades de promessa condicionada.

Caio Mário da Silva Pereira ressalta que o Código vigente, repetindo o modelo anterior, permite que a cláusula penal se estipule conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior.

A proposta inserida na disposição legal, é que a pena convencional pode ser estipulada no mesmo instrumento da obrigação principal, como uma de suas cláusulas, ou um de seus itens, como pode com a mesma eficácia ser avençada em instrumento à parte, seja simultâneo, seja posterior ao outro. O que se pretende é que, se em apartado, possa inequivocamente identificar-se como sendo acessório, efetivamente, da obrigação principal.

A distinção da cláusula penal com a da obrigação principal, vamos encontrar nos artigos 411 a 413³⁸. Por sua vez, o artigo 409 prevê a possibilidade de ser estipulada em ato posterior, reconhecendo tratar-se de duas obrigações diversas.

³⁶PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Teoria Geral das Obrigações*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. II, p. 145.

³⁷**Art. 409.** A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.

³⁸**Art. 411.** Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

Desse modo, a invalidade da obrigação principal importa a da cláusula penal, mas a desta não induz àquela, como preceitua o artigo 184³⁹ do mesmo diploma. Resolvida a obrigação principal, sem culpa do devedor, resolve-se a cláusula penal.⁴⁰

Os referidos e citados dispositivos reiteram o princípio de que o *accessório* segue o *principal*. Nulo o contrato, nula será a cláusula penal nele inserida. Se nula for somente a cláusula penal, e o contrato prevalecer, o lesado poderá pelas vias ordinárias pleitear o direito a indenização por perdas e danos, comprovando, via de consequência, os prejuízos experimentados.

A cláusula penal tem⁴¹ uma *função compulsória* por constituir um meio de forçar o cumprimento avençado, consistindo numa pena que visa punir uma conduta ilícita e assegurar o adimplemento da obrigação, já que constrange psicologicamente o devedor ao seu pagamento.

Teria unicamente por escopo, continua Maria Helena Diniz, reforçar ou garantir o cumprimento de uma obrigação, sendo apenas uma sanção ao seu inadimplemento ou atraso, sem levar em consideração o ressarcimento do dano.

Orlando Gomes e outros, sustentam a função indenizatória, isto é, de estimar previamente as perdas e danos, constituindo uma liquidação convencional e antecipada das perdas e danos resultantes do inadimplemento da avença.

Rubens Limongi França, Washington de Barros Monteiro dentre outros, parecem estar com a razão. Sustentam a função ambivalente da cláusula penal, por reunir a compulsória e a indenizatória, sendo concomitantemente reforço do vínculo obrigacional, por punir seu inadimplemento, e liquidação antecipada das perdas e danos.

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

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

³⁹**Art. 184.** Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.

⁴⁰GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Teoria Geral das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004. v. II, p. 383.

⁴¹DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 2. Teoria Geral das Obrigações. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 414, 415.

Conforme Silvio Rodrigues, a cláusula penal é uma obrigação acessória de um contrato principal.⁴² Assim, se aplica a ela, a regra de que o acessório segue o principal. Via de consequência, quando o contrato principal for nulo (ex: contrato assinado por absolutamente incapaz), nula será a multa convencional. Vide a propósito o artigo 922 do Código Civil de 1916, sem correspondente no Código vigente.⁴³

Ressalte-se, entretanto, que a recíproca não é verdadeira, pois, se a cláusula penal por alguma razão for nula, isso não envolve, necessariamente, a nulidade da obrigação principal.

Silvio de Salvo Venosa⁴⁴ diz que o instituto é utilizado com extrema frequência nos contratos. Num contrato de locação, por exemplo, estipula-se multa, caso o locatário pague o aluguel após um dia do mês fixado. É comum as partes camuflarem a cláusula penal, estipulando-a ao avesso, isto é, no contrato de locação, fixam um *desconto*, caso o devedor pague até um determinado dia, rezando a avença que o preço do aluguel é outro, mais elevado. Trata-se conforme Venosa de verdadeira multa moratória.

1.4 Funções e Utilidades

A cláusula penal tem dupla função: a) atua como meio de coerção (*intimidação*), para compelir o devedor a cumprir a obrigação e, assim, não ter de pagá-la; e ainda b) como prefixação das perdas e danos (*ressarcimento*) devidos em razão do inadimplemento do contrato.

Uma vez estipulada a cláusula penal, os contratantes ficam numa posição mais confortável, livrando-se dos incômodos da comprovação dos prejuízos e de sua liquidação.

A convenção que a estabeleceu pressupõe a existência de prejuízo decorrente do inadimplemento e prefixa seu valor. Desse modo, basta ao credor

⁴²RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2, p. 262, 263.

⁴³Art. 922. A nulidade da obrigação importa a da cláusula penal.

⁴⁴VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2, p. 368.

provar o inadimplemento, ficando dispensado da prova do prejuízo, para que tenha direito a multa.⁴⁵ É a disposição contida no artigo 416, do Código Civil. Já no parágrafo único do referido artigo, contempla disposição em que o credor deva provar o prejuízo excedente.⁴⁶

Portanto, a cláusula penal é a prefixação das perdas e danos resultantes da culpa contratual, apenas. Se houver outros prejuízos decorrentes de culpa extracontratual, seu ressarcimento pode ser pleiteado, pelas vias ordinárias, independente da consubstanciada na cláusula penal.

Ainda na esteira dos ensinamentos do professor Silvio de Salvo Venosa, na distinção das duas modalidades do instituto, já nos foi possível inferir suas funções. A cláusula penal produz efeito intimidativo e coercitivo.

O devedor, sabendo que se sujeitará a um maior valor no pagamento, envidará melhores esforços para cumprir sua obrigação. Trata-se, portanto, de uma forma de garantia de adimplemento.

Outra importante função da cláusula penal é fixar antecipadamente as perdas e danos, evitando que as partes lancem-se em um tormentoso processo de apuração de prejuízos. Essa prefixação de perdas e danos está nas origens do instituto, no Direito Romano.⁴⁷

Seja *moratória*, ou seja, *compensatória*, a cláusula penal tem como função primordial em ampliar as possibilidades de cumprimento da obrigação.

Os autores caminham juntos com relação à função da cláusula penal. Maria Helena Diniz diz que a cláusula penal exerce função ambivalente, sendo, ao mesmo tempo, reforço do vínculo obrigacional, por punir seu inadimplemento, e liquidação antecipada das perdas e danos.

⁴⁵GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das Obrigações*. (Parte geral). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 121, 122.

⁴⁶**Art. 416.** Para exigir a pena convencional não é necessário que o credor alegue prejuízo. **Parágrafo único.** Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente. (Esse parágrafo não tem dispositivo correspondente no Código Civil de 1916).

⁴⁷VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2.

Washington de Barros Monteiro⁴⁸ aponta também o duplo papel da cláusula penal: a) funciona como meio de coerção, como força intimidativa, a fim de induzir o devedor a satisfazer o prometido. Sabendo que se arrisca a pagar a multa convencionada, assim desfalcando seu patrimônio, esforça-se a parte no sentido de cumprir o contrato. Sob esse primeiro aspecto a *stipulatio poenae* destina-se, portanto, a assegurar o exato cumprimento da obrigação; b) ela fixa, ainda, antecipadamente o valor das perdas e danos.

Constitui, assim, liquidação a *forfait*, cuja utilidade consiste, precisamente, em determinar com antecedência o valor dos prejuízos resultantes do não cumprimento da avença. Estipulando-a, deixam os contratantes expressos que desejaram, por esse modo, furtando-se aos incômodos da liquidação e da prova, que, muitas vezes, não são simples nem fáceis, requerendo tempo e despesas.

Mucio Continentino⁴⁹ revela que há civilistas que lhe atribuem dois escopos, que para outros se cingem num. Atenta-se sempre, diz Continentino, à lúcida opinião de Beviláqua, a respeito: “O fim da cláusula penal é reforçar a obrigação, dando ao credor um meio mais pronto de coagir o devedor a cumpri-la no tempo e pela forma devida. A sua utilidade é determinar previamente as perdas e danos.”

Os civilistas, em geral, entendem que a cláusula penal tem em vista dois objetivos:

- a) assegurar a execução da convenção à qual ela acede; b) na hipótese em que esse resultado não possa ser atendido, subtrair ao arbítrio do juiz a determinação das perdas e danos.

Entretanto, todos fazem uma observação de extrema importância. “Nenhum dos dois objetivos da cláusula penal implica a renúncia da parte do credor a quaisquer outros direitos que pudesse o contrato criar a seu favor”. Admite-se, que todos esses direitos ficam patentes, idéia muito importante que domina toda a matéria.

⁴⁸MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Direito das Obrigações. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁴⁹CONTINENTINO, Mucio. *Da cláusula penal no Direito brasileiro*. São Paulo: Acadêmica; Saraiva & Comp., 1926. p. 26, 27.

É porque, quando, em estipulando certa quantia para caso de inadimplemento de uma primeira obrigação, a intenção das partes neste caso, logo incorra em mora o devedor, que não satisfizer a obrigação, nada mais ser devido que a quantia convencionada – tal estipulação não é estipulação penal; a obrigação que dela resulta, não é uma obrigação penal; mas uma obrigação tão principal como a primeira da qual as partes tiveram intenção de fazer novação.

Sem dúvida o *animus novandi* não é facilmente presumível; mas o certo é que a pena não substitui para o credor a obrigação.

“Os fins que visa a cláusula penal, são: a) garantir indiretamente o cumprimento da obrigação, submetendo e estimulando o promitente a satisfazê-la; b) desobrigar o credor da necessidade de provar o dano sofrido com a inexecução”, Manuel Inácio Carvalho de Mendonça, repetindo a lição de Francisco de Paula Lacerda de Almeida: “A distinção dos fins para que é estipulada a pena convencional, é prática, pois que os seus efeitos variam com eles”.

O Código Civil vigente não define os objetivos da cláusula penal. Não obstante, a codificação pátria inspirou-se na corrente doutrinária, que atribui à cláusula penal, as duas virtudes acentuadas pela maioria dos autores. A razão parece estar com eles; pois, acentuando a primeira função com o caráter de reforço da obrigação principal, indica, como o fez Robert Joseph Pothier, que pela estipulação da cláusula penal, o devedor não se exime do pactuado, pagando a pena ao seu alvedrio.

Tacitamente, o Código Civil vigente reconhece que a cláusula penal reforça o cumprimento da obrigação, como deriva dos termos em que é redigido o artigo 411: “(...) quando se estipular a cláusula penal (...) em segurança especial de outra cláusula determinada (...) etc.”.⁵⁰

Em síntese: a obrigação principal ganha um reforço com a cláusula penal, tornando-se, quando fixada, um meio de constrangimento para o devedor que, não cumprindo a obrigação, tem de efetuar certa prestação decorrente da pena convencionada.

⁵⁰ **Art. 404.** As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagos com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

Silvio Rodrigues⁵¹ destaca que duas são as finalidades ou funções da cláusula penal: a) serve de reforço a obrigação principal; b) representa um sucedâneo, pré-avaliado, das perdas e danos devidos pelo inadimplemento do contrato.

A fixação da pena, para o caso de inadimplemento parcial ou total da obrigação, representa um subsídio a compelir o devedor a cumprir a obrigação. Citamos como exemplo um contrato de locação, no qual ajustam as partes que o atraso no pagamento do aluguel, após a data convencionada, sujeita o locatário a pagá-la com acréscimo de 10% (dez por cento).

O locatário em face de disposição convencionada procurará cumprir pontualmente a obrigação, isto é, pagamento do aluguel na data estipulada. Assim percebe-se que a cláusula penal, surge como um reforço de adimplemento da obrigação, fixando uma base compulsória para promover a execução.

Entretanto a função primordial da cláusula penal, e que se prende à sua origem histórica, é a de servir como cálculo predeterminado das perdas e danos, citando Rodrigues o Código Civil francês, cujo art. 1.229 dispõe, em sua primeira parte: “A cláusula penal é a compensação das perdas e danos que o credor sofre em virtude da inexecução da obrigação principal.”

O professor Rodrigues sustenta a tese de que, sendo a cláusula penal compensatória, pode o credor, em caso de inadimplemento, em vez de reclamá-la, exigir perdas e danos, uma vez que se submete ao encargo de prová-las.

Entretanto, essa tese é contestada pela doutrina brasileira, citando Clóvis Beviláqua e Washington de Barros Monteiro, que a combate por entender que a pena convencional é o máximo de indenização que o credor pode pleitear.

Em caso de inadimplemento, tem o credor a seguinte alternativa: pode se socorrer do procedimento ordinário e pleitear as perdas e danos, de acordo com o artigo 389 do Código Civil⁵², os quais serão calculados em juízo; ou, se preferir,

⁵¹RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte geral das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2, p. 263, 264.

⁵²Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

demandar somente o valor da multa, que corresponde às perdas e danos convencionados pelas partes.

A cláusula penal tem funções de intimidação e de ressarcimento devidos em razão do descumprimento da obrigação, e tem como utilidade, determinar antecipadamente o valor dos prejuízos, resultantes do descumprimento do contrato.

Entretanto, o atual Código Civil, tornou obrigatória a redução equitativa da pena quando a obrigação principal for cumprida em parte ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, em face da natureza e da finalidade do negócio, mesmo que, dentro dos limites do artigo 412, do Código Civil⁵³, devendo o juiz, mesmo de ofício, determinar a redução, o que no Código Civil revogado era faculdade concedida ao juiz.

Apesar da cláusula penal ser uma manifestação da vontade das partes, fazendo lei entre elas, o legislador de 2002 autorizou expressamente e tornou obrigatória, em certos casos, sua redução pelo juiz, sobrepondo-se o Judiciário à vontade das partes.

1.5 Distinção entre Cláusula Penal e outras Modalidades de Obrigações

Muito semelhante por características próximas e comuns a outras modalidades obrigacionais, delas destaca-se e distingue-se a cláusula penal por diferenças específicas. Cumpre, portanto, distingui-la das figuras com as quais pode ser confundida.

Clóvis Beviláqua comentando o artigo 1.095 do Código Civil revogado⁵⁴, correspondente ao atual artigo 420⁵⁵, relativo às arras ou sinal, diz:

⁵³Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

⁵⁴**Art. 1.095.** Podem, porém, as partes estipular o direito de se arrepender, não obstante as arras dadas. Em caso tal, se o arrependido for o que as deu, perdê-las-á em proveito do outro; se o que as recebeu, restitui-las-á em dobro.

⁵⁵**Art. 420.** Se o contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar.

O código admite o direito de arrependimento com conjunção com as arras, mas não como consequência delas. Deve esse direito ser estipulado, de modo expresso, e, neste caso, as arras funcionam como cláusula penal. E, como a cláusula penal importa a determinação prévia das perdas e danos pelo não cumprimento das obrigações, segue-se que se não podem acumular a perda das arras por quem as deu, ou a sua restituição em dobro, por quem as recebeu, com a indenização dos danos resultantes do inadimplemento.⁵⁶

A diferença entre essas duas figuras é muito bem colocada por Manuel Inácio Carvalho de Mendonça, senão vejamos:

É preciso não confundir a cláusula penal com a *mulcta poenitentialis*. *Mulcta poenitentialis*, de origem germânica, não era desconhecida dos romanos. A primeira, instituída só por utilidade do credor, tem por fim dispensá-lo da prova do dano e exigir logo a indenização estipulada como pena. A multa instituída em favor do devedor tem por fim salvaguardá-lo dos efeitos do arrependimento, uma espécie de obrigação facultativa, para o caso de querer rescindir o contrato, ou uma espécie de novação que a parte efetua à vontade. Um instituto reforça a obrigação; outro afrouxa o vínculo, tornando a obrigação precária. Mas decaída do que a cláusula penal, a multa penitencial não é, entretanto, incompatível com o direito moderno, pois que, no fundo, nada há nela de ilícito e imoral.⁵⁷

Também sobre essa diferença, escreve Francisco de Paula Lacerda de Almeida⁵⁸:

Este sinal (*Arrha poenitentialis*) tem caráter inverso da pena convencional. A pena garante o credor; o sinal, o devedor. Na obrigação penal não pode o devedor eximir-se da obrigação, oferecendo pagar a pena; no sinal, o devedor compra o direito de não cumprir a obrigação, estipulando a perda do sinal.

A respeito das arras penitenciais e exclusão da indenização suplementar, diz a professora Maria Helena Diniz⁵⁹,

Ter-se-ão arras penitenciais quando os contraentes, na entrega do sinal, estipulam, expressamente, o direito de arrependimento e, tornando resolúvel o contrato, atenuando-lhe a força obrigatória, mas à custa da perda do sinal dado em benefício de outra parte se o desistente for quem as deu ou de sua restituição mais o equivalente se aquele que desistiu for quem as recebeu. As arras penitenciais, por serem suficientes, excluem a indenização suplementar. A parte inocente, que não deu origem à resolução contratual, fará jus às arras, mas não à indenização suplementar.

⁵⁶BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

⁵⁷MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. 4. ed. aum. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1956. Tomo I. v. II.

⁵⁸ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Cruz Coutinho. p. 229.

⁵⁹DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 403.

Vejam-se a propósito os artigos 884 e 885, do Código Civil vigente⁶⁰, Súmula 412, do Supremo Tribunal Federal⁶¹, e o artigo 53, do Código de Defesa do Consumidor⁶².

Também não se confunde a cláusula penal, como já vimos, com outros institutos jurídicos semelhantes. Não se confunde com as arras penitenciais, que são pagas antecipadamente e garante ao contraente o direito de se arrepender, desfazendo, via de consequência, o negócio realizado, não obstante as arras dadas.

A cláusula penal que será devida somente pelo inadimplemento da obrigação, portanto, nunca será paga antecipadamente, terá caráter exclusivamente indenizatório. A cláusula penal, ao contrário das arras, não garante direito de arrependimento.

Além de não ser obrigatoriamente alternativa à prestação principal, a cláusula penal somente será devida quando esta for descumprida a título indenizatório.⁶³

No mesmo diapasão, distingui-se da cláusula penal, as *astreintes* (é a medida cominatória de constrição contra o devedor de obrigação de fazer ou não fazer, cujo valor diário, fixado pelo juiz na sentença executada, que durará enquanto permanecer a inadimplência).⁶⁴

Nelson Rosenvald⁶⁵ diz que,

⁶⁰ **Art. 884.** Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

⁶¹ **Súmula 412.** No compromisso de compra e venda com cláusula de arrependimento, a devolução do sinal por quem o deu, ou a sua restituição em dobro por quem a recebeu, exclui indenização maior a título de perdas e danos, salvo os juros moratórios e os encargos do processo.

⁶² **Art. 53.** Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam 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.

⁶³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003. v. II, p. 349.

⁶⁴ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. [verbete *astreintes*]. p. 153.

⁶⁵ ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal*. A pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 185.

A cláusula penal pode ser considerada como “*astreintes* convencional”, pois a coerção privada é de sua essência, enquanto as *astreintes* serão pronunciadas pelo juiz, por provocação do interessado ou de ofício (art. 461, parágrafo 4º, do CPC).⁶⁶ Certamente a cláusula penal é de grande utilidade para o credor, pois, se lograr êxito em cumprir a sua função intimidante, o credor não necessitará do recurso ao magistrado pela via das *astreintes*.

A distinção fica muito clara no acórdão do STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, REsp. 422.966/SP, DJ 1/3/2004:

Na linha de jurisprudência dessa corte, não se confunde a cláusula penal, instituto de direito material vinculado a um negócio jurídico em que há acordo de vontades, com as *astreintes*, instrumento de direito processual, somente cabíveis na execução, que visa compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, e que não correspondem a qualquer indenização por inadimplemento. A regra da vedação ao enriquecimento sem causa permite a aplicação do art. 920 do Código Civil de 1916, nos embargos à execução de sentença transitada em julgado, para limitar a multa decencial ao montante da obrigação principal, sobretudo se o título exequendo não mencionou o período de exigência da multa.

1.6 Estipulação da Cláusula Penal

A cláusula penal pode ser estipulada em dois momentos: concomitantemente com a obrigação principal ou em ato posterior.⁶⁷ Em qualquer hipótese tem a mesma natureza e lhe cabe a mesma denominação: cláusula penal ou pena convencional.

O caráter da cláusula penal é de contrato acessório, estipulado, em regra, conjuntamente com a obrigação principal, embora nada obste que seja convencionalizado em apartado, em ato posterior, antes, porém, do inadimplemento da obrigação principal.⁶⁸

A cláusula penal é compensatória quando estipulada para os casos de inadimplemento da obrigação e visa garantir a execução de alguma cláusula

⁶⁶ **Art. 461.** Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.
[...]

Parágrafo 4º. O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

⁶⁷ **Art. 409.** A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente mora.

⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 395.

especial da obrigação. E será moratória a cláusula penal quando convencionada para o caso de simples mora.

Washington de Barros Monteiro⁶⁹ no mesmo sentido diz que a cláusula penal pode referir-se: a) à inexecução completa da obrigação; b) à de alguma cláusula especial; c) à mora, simplesmente. Nos dois primeiros casos denomina-se *compensatória*, e, no último, *moratória*.

No caso da *inexecução completa da obrigação*, a cláusula penal converter-se-á em alternativa a benefício do credor, conforme dispõe o artigo 410, do Código Civil vigente⁷⁰, isto é, o credor poderá optar entre a exigência da pena e o cumprimento da obrigação.

Se o credor exigir a pena, estará automaticamente declinando do cumprimento da obrigação, pois com o recebimento do valor da pena ou multa equivalente à fixação antecipada dos eventuais prejuízos, obtém o credor a total satisfação da obrigação. A pena pecuniária substitui-se ao que o juiz arbitraria na falta de qualquer estipulação. A parte inadimplente só tem de pagar seu valor e a nada mais estará obrigada.⁷¹

Quando o credor optar pelo cumprimento da obrigação e não conseguir obter a prestação, a pena estipulada resultará como compensação do dano. A utilidade prática da cláusula penal, diz o professor Monteiro, redundam na predeterminação do valor das perdas e danos, resultantes do não cumprimento da obrigação.

Como se percebe, o credor terá duas mãos de direção para se socorrer, no caso de recorrer às vias judiciais, pleiteando uma ou outra solução. É vedada a acumulação a teor do citado artigo 410, do Código Civil vigente.

Portanto, tendo as partes firmado contrato por escrito, estipulando expressamente a cláusula penal, desnecessária se torna demonstração de prejuízos, tendo em vista que, a inexecução equivale à condição suspensiva a que se acha subordinada a prestação, conforme preleciona Clóvis Beviláqua. Se não

⁶⁹MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Direito das Obrigações. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 340.

⁷⁰**Art. 410.** Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

⁷¹MONTEIRO, op cit., p. 340, nota 69.

houver estipulação a respeito, imprescindível será a prova do dano, daí a vantagem da inserção da cláusula penal no ato constitutivo da obrigação.

Em princípio, na cláusula penal incluem-se honorários de advogado, custas, despesas processuais, multa e indenizações complementares.

Tratando-se da segunda hipótese, isto é, de *alguma cláusula especial*, terá o credor a faculdade de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com desempenho da obrigação principal, a teor do artigo 411, do Código Civil vigente.⁷²

Por exemplo⁷³, as partes convencionam cláusula penal para garantir o implemento da obrigação em determinado lugar. A inserção da pena visa a reforçar estipulação especial, não o ato jurídico propriamente dito. Em tal hipótese, de acordo com a expressão literal do mencionado dispositivo, assiste ao credor, desrespeitada a avença, direito de exigir conjuntamente multa e desempenho da obrigação principal.

E, por fim, a estipulação de cláusula penal para o caso de *simples mora*. Também se aplica a regra inserida no artigo 411, do Código Civil vigente, cabendo ao credor reclamar simultaneamente a pena convencional e a prestação principal.

Temos, assim, diz Washington de Barros Monteiro, a *multa moratória*, também denominada compulsória. Como na hipótese anterior (alguma cláusula especial), a mora não autoriza o devedor a denunciar a obrigação principal; por esta continua ele a responder, bem como pela multa convencional para o atraso.

1.7 Objeto da Cláusula Penal

O objeto da cláusula penal consiste, geralmente, numa prestação em dinheiro. Isso, entretanto, não impede que outro possa ser o seu objeto. É o que expressamente dispõe o Código Civil alemão, no seu artigo 339, citado por Múcio Continentino⁷⁴, prevendo a possibilidade de consistir a pena em uma abstenção e,

⁷² **Art. 411.** Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

⁷³ MONTEIRO, op. cit., p. 342, nota 70.

⁷⁴ CONTINENTINO, Mucio. *Da cláusula penal no Direito brasileiro*. São Paulo: Acadêmica; Saraiva & Comp., 1926. p. 70, 71.

mormente no artigo 342, onde regula o caso de não consistir a pena no pagamento de uma soma em dinheiro.

Diz ainda Continentino, citando Giorgi, pretende que apenas em dinheiro pode consistir o objeto da cláusula penal. Mas é singular na doutrina seu ponto de vista. Manuel Inácio Carvalho de Mendonça, apoiado por doutrinadores de escol, “A pena convencional é ordinariamente fixada em dinheiro; nada, porém, inibe que o seja em coisa, fato ou abstenção.”

É o que mais positivamente escreve Pacifi Mazzoni, nas palavras seguintes:

La clausola penale própria é una convenzione con cui una persona, per assicurare l'adempimento di jn'obbligazione, si obbliga a qualche cosa esempligrasia, AL pagamento di una somma, Allá dazione di una cosa, Allá prestazione di um fatto, nel caso Che non l'adempia o NE ritardi l'esecuzione.

Observa também Ripert Planiol que: “quand La clause pénale est convenue, em vue d' une execution tardive, elle est ordinairement fixée á raison de tant par jour de retard”.

Clóvis Beviláqua⁷⁵ diz:

Não se confunde esta pena convencional com as repressões impostas pelo direito criminal, as quais cabe somente ao poder público aplicar em nossos dias. A pena convencional é puramente econômica, devendo consistir exclusivamente no pagamento de uma soma ou execução de outra qualquer prestação, das que podem ser objeto de obrigações.

No Direito Romano, a cláusula penal tinha por objeto uma soma de dinheiro, *pecúnia certa*, exigível prontamente, por meio de *conditio certi*.

Não obstante, existem textos que admitem a possibilidade de consistir a pena em outras coisas que não uma quantia em dinheiro, tal como no Direito Romano.

⁷⁵BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. p. 83.

1.8 Cláusula Penal em Favor de Terceiro

A cláusula penal pode ser fixada em contrato com reversão para terceiro, estranho à relação negocial. Pode estipular-se, que não cumprindo no prazo ou irregularmente a obrigação, o devedor pagará determinada soma a uma instituição de caridade.⁷⁶ Este terceiro estará legitimado para a cobrança.

Silvio de Salvo Venosa⁷⁷, citando Guillermo A. Borda, calcada em disposição do Código argentino diz: “O normal é que a cláusula penal seja imposta ao devedor da obrigação. Nada obsta no entanto, em se tratando de direito dispositivo das partes, que um terceiro assuma a responsabilidade pela multa.”. Recorda esse autor que importância grande terá a disposição quando o credor não puder exigir do devedor, judicialmente, o cumprimento da obrigação, por se tratar, por exemplo, de uma obrigação natural. A multa poderá ser exigida de terceiro. No entanto, em nosso sistema, a falta de disposição expressa, no caso, teremos uma obrigação de garantia, ficando descaracterizada a cláusula penal típica.

No mesmo sentido Pontes de Miranda⁷⁸:

A cláusula penal pode ser estipulada a favor de terceiro (e.g., hospital, caixa de socorros, bolsas de estudos, filhos ou empregados do credor). Em tais casos, o art. 1.098, parágrafo único (atual 436, parágrafo único)⁷⁹, do Código Civil é intocável; bem assim o art. 1.099 (atual 437)⁸⁰ ou o art. 1.100 (atual 438).⁸¹

Clóvis Beviláqua⁸², comentando os artigos referidos, faz as seguintes observações:

⁷⁶VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2, p. 380.

⁷⁷BORDA, 1981, apud VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2.

⁷⁸MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 26, p. 63.

⁷⁹**Art. 436.** O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação.

Parágrafo único. Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigí-la, ficando todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438.

⁸⁰**Art. 437.** Se ao terceiro, em favor de quem se fez o contrato, se deixar o direito de reclamar-lhe a execução, não poderá o estipulante exonerar o devedor.

⁸¹**Art. 438.** O estipulante pode reservar-se o direito de substituir o terceiro designado no contrato, independente da sua anuência e da do outro contratante.

⁸²BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979. p. 213, 214.

1. Há *estipulação em favor de terceiro*, quando uma pessoa convencionava com outra certa vantagem em benefício de terceira, que não toma parte do contrato. O direito romano negava eficácia a estas estipulações, que eram consideradas *res inter alios*. Prevalencia o princípio geral, *neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut aliter suo nomine recte agat possumus* (D. 44, 7, fr. 11). Todavia, abrandamentos foram introduzidos pelo desenvolvimento do direito, nas doações *sub modo*, e na restituição do dote a um estranho. O Código Civil francês e outros tornaram possível a estipulação em benefício de terceiro, quando condição de uma estipulação feita para o próprio estipulante ou de uma doação. A doutrina e a jurisprudência, porém, deram maior largueza a esta forma de relação jurídica, e, nos Códigos Civis mais recentes, ela aparece com a firmeza de linhas e a amplitude de conceito, que havia mister.
2. Imaginaram-se diversos sistemas, para fixar a natureza jurídica da estipulação em favor de terceiro. A estipulação a favor de terceiro é uma *oferta*, que, aceita pelo beneficiário, o torna credor, dizem uns; é uma gestão de negócios, propõem outros; é uma declaração unilateral da vontade, explicam ainda outros.

O Código Civil brasileiro considera a estipulação em favor de terceiro uma relação contratual *sui generis*, na qual a ação para exigir o cumprimento da obrigação se transfere ao beneficiário, sem aliás perdê-la o estipulante. É um caso de despersonalização dupla, tendo por ponto de conjunção o promitente, que contrata com o estipulante realizar uma prestação, que irá cumprir nas mãos do beneficiário.
3. A estipulação em favor de terceiro é um poderoso instrumento jurídico. O seu campo de aplicação é muito extenso. Vemo-la, particularmente, na *constituição de renda*, quando há um terceiro beneficiado; nos *seguros de vida*; nas *fundações*; nas *doações modais*; e em certos contratos celebrados com a administração pública, nos quais, muitas vezes, se encontram cláusulas em favor dos habitantes de um lugar, ou dos operários da companhia empresária.

Pela sistemática do Código Civil, o cumprimento da obrigação estipulada em favor de terceiro, pode ser exigida pelo estipulante, e, em certos casos, pelo beneficiário.

Clóvis Beviláqua coloca a seguinte questão: Quando o beneficiário poderá exigir o cumprimento da obrigação? Quando assim o determinar uma cláusula do contrato ou esse direito resultar seja das circunstâncias, seja, particularmente, do fim do contrato.

A anuência do beneficiário não é necessária para a perfeição do acordo, mas, se ocorrer, o beneficiário, implicitamente, aceita as condições e as normas da convenção. Quando cabe ao beneficiário exigir o cumprimento da obrigação, já não tem o estipulante qualidade para exonerar o devedor.

Entretanto, poderá o estipulante, inovando a obrigação, substituir o terceiro por outro, caso tenha reservado esse direito. Neste caso, ainda que tenha havido concordância do beneficiário, este perde os seus direitos, que eram precários, dependiam de não usar o estipulante do seu direito de substituição.⁸³

Finalizando, a respeito do artigo 1.100, do Código Civil revogado, atual artigo 438, do Código Civil vigente, Clóvis Beviláqua diz que:

Se o estipulante, no contrato com o promitente, estabeleceu, de modo expresso, o direito de substituir o nome do terceiro designado no contrato, independente da anuência de um e de outro, a substituição se opera por uma declaração unilateral, que poderá ser feita por ato entre vivos ou de última vontade. Neste último caso, a soma, a que tem direito o substituto, não é um legado, nem faz parte da sucessão do estipulante. O beneficiário tem direito a ela em virtude do contrato primitivo, ainda que a substituição se faça por testamento.

1.9 Exigibilidade da Cláusula Penal

A cláusula penal pressupõe o inadimplemento total ou parcial da obrigação, quer como função penal, quer com a função de cobrir perdas e danos, por fato imputável ao devedor, seja por culpa ou dolo.

A inadimplência do devedor decorre de pleno direito ou em consequência da constituição em mora.⁸⁴ Na primeira hipótese, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação; na segunda, a partir da constituição em mora, pela interpelação (art. 408, do Código Civil).⁸⁵ É o que resulta, igualmente, do disposto no artigo 397, parágrafo único, do Código Civil.⁸⁶

No *caput* do artigo, temos a mora *ex re*, que dispensa qualquer providência preparatória, para caracterizar o estado de inadimplência; no parágrafo único, temos a mora *ex persona*, onde se faz mister a interpelação judicial ou extrajudicial, para

⁸³BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979. p. 215.

⁸⁴LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Obrigações em Geral. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v. II, p. 157, 158.

⁸⁵**Art. 408.** Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

⁸⁶**Art. 397.** O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

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

dar ciência ao devedor de que a partir daquela data em diante a sua situação é de mora, de culpa.

Silvio de Salvo Venosa⁸⁷ enfatiza que nas obrigações com prazo certo, o decurso de tempo por si só já torna exigível a multa. Quando não há prazo, a multa será exigível após a constituição em mora, mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

Adverte Clóvis Beviláqua⁸⁸, que

[...] se o devedor aceitou um prazo para o cumprimento da obrigação, sabe que no dia do termo tem de cumpri-la, e não é necessário que lhe vá advertir o credor de que é chegado o momento de se desobrigar.

É, porém, preciso que a dívida seja *positiva e líquida*. Positiva quer dizer de dar ou de fazer. Exclua-se a obrigação de não fazer, de que se ocupa o artigo 961 (atual 390, do CC).⁸⁹ Líquida é a obrigação certa, cuja prestação é de coisa determinada.

Esclarece ainda Beviláqua, que a interpelação judicial resulta, ordinariamente, da citação, e que, a extrajudicial não tem forma solene. Resulta de qualquer ato que torne certa a exigência do pagamento por parte do credor, desde que seja feita no tempo e no lugar devido, e possa ser provada.

Maria Helena Diniz⁹⁰ diz que “a cláusula penal possui a característica da condicionalidade, já que o dever de pagar a pena convencional está subordinado a um evento futuro e incerto: o inadimplemento culposo, total ou parcial, da prestação ou o cumprimento tardio da obrigação, por força de fato imputável ao devedor (RT, 468: 205)”.

Vencido o termo estipulado contratualmente para o adimplemento da obrigação, sem que o devedor a cumpra, este incorrerá de *pleno iure* na cláusula penal *dies interpellat pro homine*. De acordo com Maria Helena Diniz: “Se não houver prazo convencional, necessário se tornará a interpelação para constituir o obrigado em mora.”

⁸⁷VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2, p. 375.

⁸⁸BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. p. 95, 96.

⁸⁹**Art. 390.** Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster.

⁹⁰DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 394.

1.10 Características da Cláusula Penal

1. Contrato acessório;
2. Meio de reforço da obrigação principal;
3. Pré-estimativa das perdas e danos.

A cláusula penal é de origem e natureza contratual.⁹¹ Como um contrato *sui generis*, requer a capacidade para contratar, seguindo as mesmas regras e termos dos contratos em geral. Também é indispensável o consentimento das partes contratantes e o objeto lícito.

Essas são as características mais comuns da cláusula penal, que *mutatis mutandis* se assemelha aos negócios jurídicos em geral. É de grande importância avaliar, dentro de um quadro geral, quais as características específicas no campo contratual.

Antes de falarmos das características da cláusula penal, não é demais lembrar as lições do professor baiano, Orlando Gomes⁹², “*Contrato* é, assim, o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam.”

Dentre os princípios gerais que norteiam os contratos, destaca-se o *princípio da autonomia da vontade*, que se traduz na liberdade das partes de contratar.

O princípio da autonomia da vontade, significa, segundo Orlando Gomes,

O poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. [...] Outros conceituam a *autonomia da vontade* como um aspecto da liberdade de contratar, no qual o poder atribuído aos particulares é o de se traçar determinada conduta para o futuro, relativamente às relações disciplinares da lei.

O conceito de *liberdade de contratar* abrange os poderes de auto-regência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade. Manifesta-se, por conseguinte, sobre tríplice aspecto: a) *liberdade de contratar propriamente dita*; b) *liberdade de estipular o contrato*; c) *liberdade de determinar o conteúdo do contrato*.

⁹¹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil. Obrigações em Geral*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v. II, p. 150, 151.

⁹² GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 11, 25-26.

*A liberdade de contratar propriamente dita é o poder conferido às partes contratantes de suscitar os efeitos que pretendem, sem que a lei imponha seus preceitos indeclinavelmente. Em matéria contratual, as disposições legais têm, de regra, caráter *supletivo* ou *subsidiário*, somente se aplicando em caso de *silêncio* ou *carência* das vontades particulares. Prevalece, desse modo, a vontade dos contratantes. Permite-se que regulem seus interesses por forma diversa e até oposta à prevista em lei. Não estão adstritas, em suma, a aceitar as disposições peculiares a cada contrato, nem a obedecer às linhas de sua estrutura legal. São livres, em conclusão, de determinar o *conteúdo* de contrato, nos limites legais imperativos.*

a) Contrato acessório. Com essa característica de acessoriedade da cláusula penal, temos como consequência os seguintes efeitos: 1) a nulidade da cláusula penal não acarreta a do contrato principal; 2) contrariamente, a nulidade da obrigação principal importa na da cláusula penal (Código Civil, art. 92).⁹³ O Código Civil revogado mantinha disposição expressa no artigo 922⁹⁴, mas, ficou sem disposição correspondente no Código Civil vigente.

Miguel Maria de Serpa Lopes⁹⁵ aponta duas situações em que a cláusula penal se manifesta vigente, a despeito da nulidade da obrigação principal, ou, ainda, exteriorizando-se de forma independente.

No primeiro caso, a despeito da nulidade da obrigação principal, reconhece-se tal situação, quando a nulidade seja de origem tal a dar lugar a uma ação de indenização por perdas e danos,

[...] v.g. a venda civil de coisa alheia, se essa circunstância era ignorada do comprador, atento a que, em casos tais, a cláusula penal, sendo o equivalente do dano, é devida, por se tratar antes de matéria inerente ao dano, do que matéria contratual propriamente dita.

É importante ressaltar que a cláusula penal sofre os efeitos da nulidade, quando esta for absoluta. Portanto, tratando-se de nulidade absoluta da obrigação, a cláusula penal, com a sua característica de acessoriedade fica prejudicada pelo vício.

Tratando-se de nulidade relativa, isto é, de anulabilidade, aí sim, a cláusula penal pode prevalecer, se da anulabilidade resultar uma obrigação de indenizar por perdas e danos, pois, em tal caso, a cláusula penal representa o seu equivalente.

⁹³ **Art. 92.** Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal.

⁹⁴ **Art. 922.** A nulidade da obrigação importa a da cláusula penal.

O segundo caso, citado por Miguel Maria de Serpa Lopes, é a da *independência da cláusula penal*.

Tal pode ocorrer, se na obrigação se houver pactuado que a cláusula penal se destina a garantir a própria nulidade da obrigação principal. Mas, como ensina SCUTO, assim convenciona, a cláusula penal como que se *desnatura*, perdendo o seu caráter comum, porque pressuposto de sua eficiência, não mais é a *existência* da obrigação principal, senão a sua inexistência.

b) Meio de reforço da obrigação principal. Como meio de reforço da obrigação principal, total ou parcialmente, a cláusula penal exerce uma função genuinamente penal, embora na sua regulamentação, é incompatível com a natureza de uma sanção. Estando o devedor sujeito à cláusula penal e não podendo furtar-se aos seus efeitos, sob o fundamento de não ter havido prejuízo, encontra nela, um fator coercitivo, coagindo-o a cumprir a obrigação, pagando uma quantia líquida e certa, que exime o credor do *ônus probandi* do prejuízo.

Caio Mário da Silva Pereira⁹⁶ falando a respeito da cláusula penal como meio de reforço da obrigação principal, adverte que a finalidade essencial do instituto é o reforço do vínculo obrigacional, e é com esse caráter que mais frequentemente se justapõe a obrigação.

A cláusula penal é pactuada, de forma compulsória, diz Maria Helena Diniz, posto que, os contraentes, prevendo a possibilidade de eventual inexecução da obrigação, a fixam, forçando o devedor a cumprir a obrigação principal.

O caráter intimidatório da cláusula penal representa um reforço do vínculo obrigacional, garantindo sua execução. Em síntese, a cláusula penal, funciona como um norte para o devedor, apontando dois caminhos: a) cumprir a obrigação; ou, b) pagar determinada importância a título de perdas e danos. Veja-se a propósito, a disposição contida no artigo 416, do Código Civil vigente⁹⁷, que exime o credor de provar a ocorrência de dano.

Clóvis Beviláqua⁹⁸, com singela clareza, diz que:

⁹⁵ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil. Obrigações em Geral*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v. II, p. 150.

⁹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Teoria Geral das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. II, p. 145, 146.

⁹⁷ **Art. 416.** Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

⁹⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. p. 62.

A razão desta prescrição é tríplice: 1º. As partes convencionaram a pena para o caso de inexecução ou da mora; ocorrido o fato previsto, a pena se aplica. A inexecução e a mora equivalem a condições suspensivas, a que está subordinada a prestação da pena. 2º. A pena é estabelecida, para evitar-se a discussão das perdas e danos; conseqüentemente, não há que debater essa matéria. As partes, previamente, assentaram que a inexecução ou a mora seria prejudicial. É uma presunção, que favorece o credor, e que se não destrói por alegações contrárias do devedor. 3º. Além de ser uma prefixação das perdas, a pena também funciona como força coercitiva, para coagir o devedor a cumprir a sua promessa, e como reação punitiva, contra o delito civil da inexecução ou da mora. Sob essa relação, é escusada a prova do prejuízo.

c) pré-estimativa das perdas e danos. A cláusula penal, como já vimos, desempenha as funções de preestabelecer as perdas e danos a que o devedor se sujeita, no caso de inadimplemento da obrigação contraída. Tem acentuada influência a autonomia da vontade. As partes são livres de estabelecê-la, salvo o disposto no artigo 9º, do Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933.⁹⁹ Todavia essa autonomia não é plena. Diz Miguel Maria de Serpa Lopes, que no sistema francês não há limitação, quanto ao máximo, e no sistema germano-suíço, onde se concede ao juiz certo e limitado poder de redução da cláusula penal, o artigo 412, do Código Civil¹⁰⁰, apesar de permitir a livre convenção, todavia limitou o máximo da cláusula penal em proporção ao valor da obrigação principal.

O montante da cláusula penal pode ser reduzido equitativamente, como veremos com mais profundidade, quando tratarmos especificamente da redução equitativa da cláusula penal, a teor do artigo 413, do Código Civil.¹⁰¹

Orlando Gomes¹⁰², citando Henri de Page, diz que

O mecanismo da cláusula penal é presidido pelo princípio de que consiste numa avaliação à *forfait* das perdas e danos. A primeira conseqüência desse princípio é que o credor está dispensado de provar prejuízo, (...). A segunda, que a avaliação do dano para a determinação da quantia a ser paga não precisa obedecer a critérios objetivos.

As partes não poderão aumentar ou diminuir a cominação estipulada na cláusula penal.

⁹⁹ **Art. 9º.** Não é válida cláusula penal superior à importância de 10% (dez por cento) do valor da dívida.

¹⁰⁰ **Art. 412.** O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

¹⁰¹ **Art. 413.** A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

1.11 Modalidades da Cláusula Penal

- a) cláusula penal compensatória;
- b) cláusula penal moratória.

A cláusula penal, diz Caio Mário da Silva Pereira¹⁰³,

[...] pode ser estipulada para o caso de deixar o devedor de cumprir a totalidade de sua obrigação, ou então, com caráter mais restrito, e por isto mesmo mais rigoroso, para o de inexecução em prazo dado. Na primeira hipótese o devedor incide na pena se deixa efetuar a prestação, na segunda torna-se devida a multa pelo simples fato de não ter realizado a tempo, ainda que possa executá-la ulteriormente. Uma, a primeira, se diz *compensatória*, e a outra *moratória*.

a) Cláusula penal compensatória

Vamos encontrar a cláusula penal, definida, claramente compensatória, no artigo 410, do Código Civil vigente.¹⁰⁴

Fixada a cláusula penal compensatória para o caso de total inadimplemento da obrigação, faculta-se ao credor a alternativa de executar a obrigação ou a exigibilidade de cláusula penal. Criada, com a finalidade compensatória, tem por objetivo substituir a prestação faltosa.

Ocorrendo o total inadimplemento da obrigação, a referida disposição contida no artigo 410, do Código Civil, reveste a cláusula penal de efeito compensatório automático, parecendo estabelecer que uma obrigação não possa conter uma cláusula penal compensatória e outra moratória.

Diz Caio Mário da Silva Pereira que não é exato. “Lícito será ajustar a penalidade para total inadimplemento, e outra para assegurar o cumprimento de alguma cláusula isolada e para o caso de mora.”.

Tendo em vista, que o referido artigo não contém disposição de ordem pública, é lícito estipular a cláusula penal para total inadimplemento da obrigação

¹⁰²PAGE, apud GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 191.

¹⁰³PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Teoria Geral das Obrigações*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. II, p. 151, 152.

juntamente com a indenização por perdas e danos decorrentes da inexecução do obrigado (Código Civil, artigo 416, parágrafo único).¹⁰⁵

Resumindo, Maria Helena Diniz diz que é compensatória: a) se estipulada para a hipótese de total inadimplemento da obrigação, e, sendo uma alternativa a favor do credor, poderá escolher entre a exigência da cláusula penal e o adimplemento da obrigação. Portanto, fica vedado, acumular o recebimento da multa e o cumprimento da obrigação; e, b) para garantir a execução de alguma cláusula especial do contrato, possibilitando ao credor o direito de exigir a satisfação da pena cominada juntamente com o desempenho da obrigação principal (Código Civil, artigo 411).

b) Cláusula penal moratória

Já o artigo 411, do Código Civil¹⁰⁶, ao reverso da cláusula penal compensatória, ou para o caso de total inadimplemento da obrigação, pode a cláusula penal destinar-se a punir a mora do devedor, ou assegurar a execução de uma determinada cláusula da obrigação. Tem o credor o direito de pleitear cumulativamente a cláusula penal com o desempenho da obrigação principal.

Segundo Clóvis Beviláqua: “Quando a pena tem por fim punir a mora, ou a inexecução de alguma determinada cláusula, há de ser menos pesada, e a lei permite ao credor exigir a satisfação dela, juntamente com o desempenho da obrigação principal.”

Caso o devedor não cumpra a obrigação em consequência de caso fortuito ou força maior, como definido em lei, o devedor não é responsável pela pena. Esta isenção, diz Beviláqua, tanto lhe aproveita, quando a pena é estipulada para a inexecução, quando se pune o retardamento; mas, incorrendo em mora, já não pode

¹⁰⁴ **Art. 410.** Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

¹⁰⁵ **Art. 416.** Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionalmente. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

¹⁰⁶ **Art. 411.** Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

invocar em seu benefício o caso fortuito ou força maior, a teor do artigo 399, do Código Civil vigente.¹⁰⁷

A multa moratória também chamada de compulsória, decorrente da mora, não autoriza o devedor a denunciar a obrigação principal; por esta, continua ele a responder, bem como pela multa convencionada pelo atraso.¹⁰⁸ Washington de Barros Monteiro traça um paralelo com o devedor de determinada importância em dinheiro, que se revela moroso: se sujeita aos juros moratórios, sem que, se isente do pagamento da obrigação principal de saldar o valor do capital emprestado.

A inexecução imperfeita da obrigação resulta na mora. E o artigo 394, do Código Civil, considera em mora o devedor que não efetuar o pagamento no *tempo, lugar e forma* que a lei ou convenção estabelecer.¹⁰⁹ Assim, o devedor que descumpre alguma cláusula especial do contrato é moroso e a pena que objetiva garantir o cumprimento da referida cláusula, é moratória.

Resumindo, no caso de inadimplemento absoluto, temos a *cláusula compensatória*. Tratando-se de mora ou segurança especial de outra cláusula determinada, temos a *cláusula moratória*, que são tratadas em conjunto, tendo em vista a identidade de sua natureza.

¹⁰⁷ **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.

¹⁰⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações*. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 343.

¹⁰⁹ **Art. 394.** Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

2 CLÁUSULA PENAL. APLICABILIDADE

2.1 Introdução à Aplicação da Cláusula Penal

As circunstâncias de exigibilidade da cláusula penal se equiparam aos casos em que são exigíveis as perdas e danos das quais ela é substitutiva. Diz Múcio Continentino¹¹⁰ que:

Se é verdade que há modificações especiais quanto à pena, mas modificações intrínsecas, oriundas de princípios que informam a modalidade obrigacional, permanecem os princípios gerais da responsabilidade, imputabilidade e inimputabilidade que regulam a exigibilidade da indenização por perdas e danos.

Dois elementos são indispensáveis para que o devedor sofra as consequências da imputação da cláusula penal: a culpa, elemento subjetivo e a mora elemento objetivo. A mora e a culpa convergem para o mesmo ponto: inexecução total ou parcial da obrigação, ou simplesmente, o retardamento no cumprimento da obrigação.

A dinâmica da cláusula penal consiste na vontade do credor, utilizando-a conforme os caminhos que a lei lhe faculta.

2.2 Da Mora

O estado de inadimplência pode decorrer ou de *pleno direito* ou em consequência da *constituição em mora*.¹¹¹ Ocorre a inadimplência de *pleno direito*, desde que se vença o prazo da obrigação; a consequência da *constituição em mora* decorre da interpelação (artigo 408, do Código Civil).¹¹² No *Esboço do Código Civil* de Teixeira de Freitas encontramos disposição no artigo 992¹¹³ em que o credor só poderá exigir a pena após constituir em mora o devedor.

¹¹⁰CONTINENTINO, Mucio. *Da cláusula penal no Direito brasileiro*. São Paulo: Acadêmica; Saraiva & Comp., 1926. p. 78, 79.

¹¹¹LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Obrigações em Geral. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v. II, p. 158.

¹¹²**Art. 408.** Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

¹¹³**Art. 992.** O credor não poderá exigir a pena senão quando o devedor ficar constituído em mora; e exigindo-a não terá direito a qualquer outra indenização de perdas e interesses, ainda mesmo

A sistemática adotada pelo Código Civil a respeito da mora, deriva no sentido de que havendo prazo, o devedor incorre de pleno direito, em mora, desde que deixou de cumprir a obrigação. Não havendo prazo, é necessária a interpelação judicial (artigo 394, do Código Civil).¹¹⁴ Aplica-se este mesmo princípio à pena.

A respeito da mora, Clóvis Beviláqua¹¹⁵ tece as seguintes observações:

1. *Mora* é o retardamento na execução da obrigação. Se por culpa do devedor, a mora se diz *solvendi*; se por ato do credor, se denomina *accipiendi*.

Não é somente a consideração do tempo que entra no conceito da mora. Subjetivamente, ela pressupõe culpa do devedor, ou é uma das formas de culpa, porquanto há violação de um dever preexistente. Objetivamente, isto é, com respeito ao cumprimento da obrigação, há que atender, ainda, ao lugar e à forma de execução. Incorre em mora o devedor que não efetua o pagamento no tempo, ou não realiza no lugar estabelecido; ou, ainda não cumpre a prestação pelo modo, a que está obrigado. Da mesma forma, se o credor se recusa a receber o pagamento no lugar indicado no título da obrigação, pretendendo que esta se execute em outro, ou se exige o pagamento por forma diferente da estatuída, incorrerá em mora, ainda quando se ponha de lado a circunstância do tempo, que, aliás, é essencial ao conceito de mora.

Tal é o conceito que resulta do art. 955 do Código Civil, correspondente ao atual artigo 394.

2. São pressupostos da *mora debitoris*: existência de dívida positiva e líquida; vencimento dela; inexecução culposa; e interpelação judicial, ou extrajudicial, quando a dívida não é a termo. Por dívida positiva entenda-se obrigação certa.

A *mora creditoris* pressupõe: a existência da dívida positiva e líquida; que o devedor esteja preparado para efetuar o pagamento; e que se oferece para efetuá-lo. O elemento da culpa é estranho ao conceito da mora do credor, que resulta, exclusivamente, da oferta regular do pagamento seguido da recusa.

3. Em nosso direito, é ociosa a questão de saber se para a mora do credor é necessária a oferta do devedor.

Nas obrigações com cláusula penal, a obrigação deve ser cumprida dentro de um termo preestabelecido, em função do efeito da regra contida na expressão *dies interpellat pro homine*; vencendo-se o termo sem o implemento da obrigação, a mora decorre do simples fato do vencimento do termo.

provando que a pena não é indenização suficiente; salvo se nos atos jurídicos se tiver disposto de outro modo.

¹¹⁴ **Art. 394.** Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

¹¹⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. p. 56.

Não tendo termo estipulado para que o devedor incorra em mora é indispensável a interpelação judicial ou extrajudicial nos exatos termos do parágrafo único, do artigo 397, do Código Civil vigente.

Se na obrigação estiver estipulado prazo de vencimento da obrigação, o credor fica exonerado de qualquer ato para constituir em mora o devedor.

O Código Civil vigente revogou as disposições contidas no Código Comercial, que dispunha de forma diversa, isto é, exigia a interpelação judicial, ao contrário do estabelecido para as obrigações civis, mesmo a despeito da existência de cláusula expressa de rescisão em decorrência de mora pelo decurso de prazo (Código Comercial, artigos 138 e 205).¹¹⁶

Se o devedor contratou a obrigação com prazo certo para o seu cumprimento, na data convencionada tem que cumpri-la, não sendo necessário que seja interpelado para que cumpra a obrigação para fins de se desonerar do contrato.

Nos termos do artigo 397, a obrigação deve ser positiva (obrigação de dar e de fazer) e líquida (obrigação certa, cuja prestação é de coisa determinada). Exclue-se a obrigação de não fazer, que tem regra própria no artigo 390, do Código Civil.¹¹⁷

Não havendo estipulação de prazo para o vencimento, a mora começa com a interpelação judicial ou extrajudicial. A interpelação judicial resulta ordinariamente da citação. Já a interpelação extrajudicial não tem forma solene; resulta de qualquer tipo de ato que torne certa a exigência do pagamento por parte do credor, desde que seja feita no tempo e no lugar devido e possa ser comprovada.

*Interpelação*¹¹⁸,

Na terminologia do Direito Privado, sem, contudo perder o sentido originário de *pedido de explicações* a respeito de certos fatos exprime mais propriamente a *intimação* ou *notificação* do *credor* ao *devedor* para que o constitua em mora.

¹¹⁶**Art. 138.** 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.

Art. 205. Para o vendedor ou comprador poder ser considerado em mora, é necessário que proceda interpelação judicial da entrega da coisa vendida, ou do pagamento do preço.

¹¹⁷**Art. 390.** Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster.

¹¹⁸SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. [verbete *interpelação*]. p. 762.

A *interpelação*, então, pode ocorrer em duas circunstâncias:

- a) quando a obrigação não tinha época prefixada, destinando-se à sua determinação ou fixação, para que a possa exigir o credor. E a mora que resulta desta interpelação é a *mora ex-persona*, que se conta do dia da exigência ou daquele fixado pelo prazo concedido, seja pelo juiz ou pelo credor;
- b) quando vencida a obrigação determinada, ou a *termo*, não a cumpre o devedor. Neste caso se diz *mora ex re*.

A função primordial da interpelação, pois, é de se dar ciência ao devedor que o credor não mais pretende dilatar ou protelar o pagamento.

2.3 Da Mora nas Obrigações de Não Fazer

Nas obrigações negativas ou de não fazer, o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster, é o que dispõe o artigo 390, do Código Civil vigente

Maria Helena Diniz¹¹⁹ em seus comentários ao referido artigo diz que,

[...] na inexecução de obrigação de não fazer, o devedor, que se obrigar a não praticar dado ato, será tido como inadimplente a partir da data em que veio a executar ato de que devia abster-se, violando o dever de *non facere*. Desse dia surgirão os efeitos (perdas e danos, mora, etc...) oriundos do descumprimento da obrigação de não fazer.

Nas obrigações negativas, *non faciendi*, a mora confunde-se com a inexecução.¹²⁰ É certo que, em qualquer hipótese, não cumpre a obrigação o devedor, que a não satisfaz no tempo marcado, ou quando o credor com direito lhe exige o pagamento. Mas, sendo a obrigação de dar ou de fazer, é sempre possível distinguir o fato do não cumprimento, da circunstância do tempo, em que a obrigação não foi cumprida, devendo sê-lo. Por isso, se não há estipulação de prazo, é necessário que o credor exija o pagamento, interpele o devedor. Na obrigação negativa não há interpelação. Praticado o ato de que o devedor se devia abster, já foi a obrigação infringida, e, desde esse momento, decorrem os efeitos da mora: a responsabilidade por perdas e danos.

Nas obrigações negativas, executando o ato que o devedor deveria se abster, torna-se de pleno direito inadimplente, independente de interpelação, decorrendo daí os efeitos da mora: a responsabilidade por perdas e danos.

Quando a cláusula penal foi estipulada em segurança de uma obrigação principal negativa, ficando inadimplente o devedor, que praticou o ato que deveria se

¹¹⁹DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 376.

¹²⁰BEVILÁQUA, Clóvis. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979. p. 89-90.

abster, fica sujeito a mora, sem necessidade de nenhum ato do credor exigindo o pagamento, como a interpelação judicial ou extrajudicial.

2.4 Características da Mora nas Obrigações com Cláusula Penal

O devedor incide em mora, de pleno direito na cláusula penal, expirado o prazo, dentro do qual deveria executar a obrigação, ou, se não houver prazo fixado, desde que for constituído em mora. Predomina a regra *dies interpellat pro homine*. Existindo prazo e depois de expirado, incorre o devedor na pena.

Mucio Continentino, citando Manuel Inácio Carvalho de Mendonça e Francisco de Paula Lacerda de Almeida, diz que no direito francês e nos sistemas filiados, ao contrário, a expiração do prazo não torna a cláusula executória, senão quando se estipulou que o devedor fique em mora, só pela expiração do termo.

Como obrigação condicional, (na forma), que é: a pena cede, logo que se verifica a condição. Assim, si a condição (que é a inexecução da obrigação principal) se verifica, a pena cede: a condição verifica-se, quando o devedor de obrigação positiva deixa de cumpri-la, ou o devedor de negativa pratica o ato positivo em contrário. Nas obrigações de prestação positiva com prazo, a pena cede, logo que se verifica que o devedor não cumpre a obrigação: mas só se vence, quando expira o prazo; e não depende de interpelação para constituir-se o devedor em mora de pagar a pena. Em nota observa que – o não cumprimento ou o cumprimento irregular da obrigação é a condição de que depende ceder a pena estipulada; basta, entretanto, que a prestação não seja satisfeita no todo, para dar lugar a que seja pedida a pena. É nesse sentido que se diz *indivisível* a obrigação penal.

Citando ainda Dernburg que diz: observando que a aplicação da pena contra o devedor deveria ser uma resultante necessária da falta de cumprimento da promessa principal, escreve:

Porém, como o escopo da pena é o de exercitar uma pressão sobre o ânimo do devedor, para induzi-lo a efetuar o cumprimento, com tal escopo seria inconciliável uma interpretação assim rigorosa. Por isto, a pena não se aplica, si motivos estranhos ao devedor e a sua pessoa determinarem o inadimplemento da prestação assegurada pela pena. Também, inversamente, não se exagere o ponto de fazer com que a pena dependa sómente da culpa do devedor. Si, portanto, o devedor morre antes do tempo do pagamento, sem herdeiros, incorrerá na pena, apesar de neste caso se não poder falar em inadimplemento culposos.

A cláusula penal é acessória de uma obrigação principal, que sujeitará a vontade do devedor ao contrato. Nas obrigações decorrentes de ato ilícito, a mora decorre de determinação legal. Desde o momento em que o ato ilícito é cometido, os

riscos da coisa devida correm por conta do devedor. Veja-se a propósito o artigo 398, do Código Civil.¹²¹

É por isso que a mora prevista no artigo 398, do Código Civil não se aplicará a mora do devedor, sob a sanção da cláusula penal.

2.5 Efeitos da Mora

Constituído o devedor em mora, tem o credor adquirido irrevogavelmente direito à sua consequência.¹²² Tito Fulgêncio diz que,

Os termos da lei não permitem imprimir à cláusula penal a feição cominatória; nenhum texto existe atribuindo ao juiz a faculdade de conceder prazo de graça, que seria violação da lei do contrato, autorizando a má-fé.

A cláusula penal, pois, deve ser executada com rigor; o oferecimento da execução pelo devedor seria tardia.

Todavia os autores advertem, e entre nós teriam o apoio do artigo 85 do Código (atual artigo 112)¹²³, que esta interpretação rigorosa deve ser temperada pelo cânion que toda a condição deve ser cumprida da maneira que as partes verossimilmente quiseram e entenderam que ela fosse.

Os tribunais deverão, pois, indagar se a condição sob qual a pena foi estipulada, isto é, a contravenção à obrigação principal, é tal que, na intenção das partes, fosse o devedor na pena.

A multa se estipula para o caso de *descumprimento total da obrigação* ou para o caso de *mora* ou para a *segurança especial de determinada cláusula*.

A solução que encontraremos para o caso de *descumprimento total da obrigação* está inserida no artigo 410, do Código Civil.¹²⁴

Quando a *cláusula penal* se refere à execução completa da obrigação e o devedor deixa de cumpri-la, o credor fica com o direito de *escolher* entre o pagamento da pena e o cumprimento da obrigação principal. É que, com o descumprimento da obrigação e a conseqüente exigibilidade da pena, a figura obrigacional se transforma em *alternativa*, a favor do credor. Este

¹²¹ **Art. 398.** Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

¹²² FULGÊNCIO, Tito. *Do direito das obrigações*. Das modalidades das obrigações. (Arts. 863-927). Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 444.

¹²³ **Art. 85.** Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.

Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

¹²⁴ **Art. 410.** Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

poderá demandar o pagamento, não da obrigação e da pena, mas de uma ou outra, à sua escolha.¹²⁵

No caso de *mora* ou de *segurança de cláusula determinada no contrato* e o devedor retarda o cumprimento dando ensejo à mora ou não cumpre a cláusula a que se refere, o credor tem o direito de exigir o pagamento da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal. É a regra contida no artigo 411, do Código Civil.¹²⁶

Diz Clóvis Beviláqua¹²⁷:

1. Quando a pena é imposta para o caso de inexecução, considera-se a compensação pré-estabelecida das perdas e danos, e não se pede juntamente com a obrigação; uma prestação substitui a outra. Tendo isso em atenção, as partes, naturalmente, graduam o valor da pena, segundo a função que ela tiver. Por isso mesmo, quando a pena tem por fim punir a mora, ou a inexecução de alguma determinada cláusula, há de ser menos pesada, e a lei permite ao credor exigir a satisfação dela, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

A cláusula determinada a que se refere o Código, neste artigo (antigo 919) e no art. 917 (atual 409, 2ª Parte), pode variar consideravelmente. Um caso freqüente será a inexecução no lugar convencionado. O vício da coisa, objeto da prestação, poderá ser, também, visado pela cláusula penal.

2. O dec. n. 22.626, de 7 de Abril de 1933, arts. 8 e 9¹²⁸ alteraram o conceito da cláusula penal segundo o Código Civil e a melhor doutrina.
3. O devedor não é responsável pela pena, se deixa de cumprir a obrigação em consequência de caso fortuito, ou de força maior (Código Suíço, das obrigações, art. 163, 2º. AL.; português Dernburg, *Pand.*, II, parágrafo 46; HUC, *Commentaire*, VII, n. 377; M.I.Carvalho de Mendonça, *Obrigações*, Colmo, *Obligaciones*, n. 180). Esta isenção tanto lhe aproveita, quando a pena é estipulada para a inexecução, quando se pune o retardamento; mas, incorrendo em mora, já não pode invocar em seu benefício o caso fortuito ou a força maior (artigo 957, atual 399).¹²⁹

¹²⁵LIMA, João Franzen de. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Direito das Obrigações. Teoria geral. Rio de Janeiro: Forense, 1961. Tomo 1. v. II. p. 114.

¹²⁶**Art. 411.** Quando se estipular cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

¹²⁷BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979. p. 96-97.

¹²⁸**Art. 8º.** As multas e cláusulas penais, quando convencionadas, reputam-se estabelecidas para atender despesas judiciais e honorários de advogados, e não poderão ser exigidas, quando não for intentada ação judicial para cobrança da respectiva obrigação.

Art. 9º. Não é válida a cláusula penal superior a 10% do valor da dívida.

¹²⁹**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.

Os dispositivos legais citados referem-se ao artigo 393, *caput* que dispõe: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.”.

Segundo as lições de Eduardo Espínola, os pressupostos da mora são os seguintes: a) existência de um crédito vencido, certo e judicialmente exigível; b) inexecução, por culpa do devedor; e, c) consciência ou certeza de que o credor espera ser prontamente satisfeito.

A mora vista sob o ponto de vista objetivo, desconsiderando o elemento subjetivo ou a culpa, estão inseridas nos artigos 401 (antigo 959¹³⁰) e art. 400 (antigo 958¹³¹), do Código Civil vigente.

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.

Art. 400. A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e o sujeita 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.

De acordo com De Plácido e Silva¹³², a purgação, na acepção jurídica, é sempre o ato que vem *reparar* ou *corrigir a falta cometida* para que isente o faltoso da imputação que lhe é atribuída por lei, *livrando-a das consequências* que lhe traria a falta cometida ou cumprindo o *castigo* que lhe foi imposto.

¹³⁰ **Art. 959.** Purga-se a mora:

I– por parte do devedor, oferecendo este a prestação, mais a importância dos prejuízos decorrentes até o 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;

III– por parte de ambos, renunciando aquele que se julgar por ela prejudicado os direitos que da mesma lhe provierem. (sem dispositivo correspondente no Código Civil vigente).

¹³¹ **Art. 958.** A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-lo pela sua mais alta estimação, se o seu valor oscilar entre o tempo do contrato e o do pagamento.

¹³² SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. [verbete purgação]. p. 1.135.

Maria Helena Diniz¹³³ diz que, “purgação da mora é um ato espontâneo do contratante moroso, que visa remediar a situação a que deu causa, evitando os efeitos dela decorrentes, reconduzindo a obrigação à normalidade.”

Purgação da “mora debitoris”. “Ter-se-á a emenda da *mora solvendi* quando o devedor oferecer a prestação devida mais a importância dos danos decorrentes do dia da oferta, ou seja, dos juros moratórios.”

Purgação da mora do credor. Se o credor moroso vier a se oferecer para receber a prestação, sujeitando-se aos efeitos da mora até a mesma data, concordando em pagar as despesas da conservação da *res debita*, ressarcindo o devedor da eventual variação do preço, ter-se-á a emenda da mora.

Clóvis Beviláqua¹³⁴ diz que o Direito Romano antigo desconhecia a emenda da mora, que é uma atenuação ao princípio rigoroso da perpetuação da dívida em consequência da mora. Sendo um preceito de equidade a escusa da mora pode ser admitida em qualquer tempo oportuno, sem que com isso se faça dano à outra parte. Ainda que esteja iniciada a ação contra o devedor pode este purgar a mora. Assim pode ser recebido a prestar o que lhe cumpria e mais os prejuízos que a mora tiver causado.

Já o artigo 400 que trata da *mora accipiendi* e liberação do devedor da responsabilidade pela conservação da coisa, Maria Helena Diniz diz que,

[...] se, ante a mora do credor, a coisa vier a se deteriorar por negligência, imperícia ou imprudência do devedor, este nada deverá pagar a título de indenização, assumindo o credor todos os riscos.

Se o devedor, em caso de mora do credor, mantiver a coisa em seu poder, conservando-a, terá direito a reembolso das despesas que fez, desde que benfeitorias necessárias, ou seja, destinadas a conservar o bem evitando sua deterioração (CC, art. 96, § 3º).

Estando o credor em mora, responsabilizar-se-á pelos prejuízos e terá de receber a coisa pela sua estimação mais favorável ao devedor, se o valor dela oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento (vencimento) e o da sua efetivação. Logo, se, no dia da entrega efetiva do bem, o preço se elevar, deverá o credor moroso pagar de conformidade com a cotação mais elevada e não de acordo com o preço anteriormente avençado, mas, se o preço cair após a sua mora, pagará a do dia da mora, que é o convencionado, pois, se assim não fosse, o devedor teria prejuízo injusto e o credor moroso, proveito indevido.

¹³³DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 384, 385.

¹³⁴BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979. p. 94.

2.6 Da Culpa no Direito Positivo Brasileiro e a Cláusula Penal

Washington de Barros Monteiro¹³⁵ diz que,

O direito à indenização surge sempre que o prejuízo resulte da atuação do agente, voluntária ou não. Quando existe intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo à outrem, há o *dolo*, isto é, pleno conhecimento do mal e direto propósito de o praticar. Se não houve esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (*stricto sensu*).

Na culpa ocorre sempre violação de um dever preexistente; se esse dever se funda num contrato, a culpa é contratual; se no preceito geral, que manda respeitar a pessoa e os bens alheios (*alterum non laedere*), a culpa é extracontratual ou aquiliana.

Francisco de Paula Lacerda de Almeida¹³⁶ no parágrafo destinado às considerações sobre a culpa e o dolo escreve que,

O não cumprimento da obrigação ou o seu cumprimento de modo incompleto e irregular assim como pode provir de circunstância alheia à vontade do devedor, pode também ter como causa facto ou omissão que lhe seja imputável.

No primeiro caso desonera-o legítimo impedimento, o qual pode ser ocasionada pelo próprio credor ou por caso fortuito ou força maior; o credor acarreta naturalmente com o prejuízo. No segundo caso, porém, responde o devedor pelas conseqüências de seu acto ou omissão prejudiciais ao credor, e esta responsabilidade consiste na obrigação em que fica, não de pagar alguma pena ou multa, mas de restituir o lesado ao estado anterior, à lesão, satisfazendo as perdas e danos que lhe haja causado.

É nisto que consiste essencialmente a responsabilidade civil, a qual tem por objecto não a repressão, mas a reparação.¹³⁷

Diversas no fim que têm em vista, a responsabilidade civil e a responsabilidade criminal assentam no mesmo pressuposto; a imputabilidade do agente e a voluntariedade do acto.

Imputabilidade e voluntariedade, elementos essenciais da responsabilidade, têm diversa extensão no civil e no criminal: no criminal, condição da responsabilidade é em regra, o *dolo*; no civil, muito mais lata, basta-lhe a *culpa*.¹³⁸

¹³⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 321-323.

¹³⁶ ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Cruz Coutinho. p. 158-160.

¹³⁷ O Código Civil Português. Mui explícito e minucioso nesta matéria, distingue a responsabilidade *criminal* da responsabilidade *civil conexa com a criminal* e da responsabilidade *meramente civil*. A primeira sujeita o autor do facto ou omissão às penas decretadas na lei; a segunda a reparar o mal causado pelo delicto (reponsabilidade por *culpa* extracontratual); a terceira a indemnizar os prejuízos resultantes da inexecução dos contractos (responsabilidade por *culpa contractual*), arts. 2.364, 2.365 e 2.393.

¹³⁸ JHERING; VAN-WETTER; WINDSCHEID, apud ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cruz Coutinho. Os conceitos de *dolo* e *culpa* são comuns ao civil e ao criminal; no criminal ou no civil o *dolo* consistirá sempre na violação deliberada, intencional, consciente; a *culpa* na violação por negligência, de um dever jurídico, conceito negativo da intencionalidade, ao passo que o *dolo* assenta numa suposição positiva. Mostrar

Dolo é a violação intencional e deliberada daquilo a que se está obrigado.

O dolo é absoluto e inflexível; não admite gradações, existe de todo ou não existe absolutamente.

A culpa, ao contrario, inteiramente relativa, omissão indeliberada da diligência devida, admite gradações, e pode existir em maior ou menor gravidade, acarretando maior ou menor responsabilidade para o devedor.

O vigente Código Civil em seu artigo 396¹³⁹, seguindo os mesmos moldes do Código Civil revogado, artigo 963¹⁴⁰, trata da inexecução total ou parcial da obrigação por culpa do devedor.

A culpabilidade do devedor decorre dos efeitos da mora *solvendi*, salvo se, o inadimplemento da obrigação decorreu em virtude de força maior ou caso fortuito, como definido em lei, falecendo ao credor o direito de reclamar qualquer indenização do devedor, podendo escolher, se lhe convier, pela rescisão do contrato ou pelo cumprimento da prestação.

Objetivamente, a mora *solvendi* não se caracteriza pela simples falta de pagamento, mas subjetivamente, pela culpa do devedor.

Clóvis Beviláqua¹⁴¹ comentando o artigo 963, do Código Civil revogado, observa que

A culpa é elemento conceitual da mora *solvendi*, que é um retardamento imputável ao devedor, segunda a melhor doutrina. *Est enim mora*, dizia donellus, *species ejus culpae, per quem fit quo minus debitor praestet, quam debuit, quam culpam veteres definiunt perpetuare obligationem*. Se o retardamento for determinado por caso fortuito ou força maior, não há *mora* no sentido técnico da expressão.

Com relação à culpa e seus efeitos na cláusula penal, Múcio Continentino, citando Eduardo Espinola¹⁴², nos ensina,

porém e com clareza a distinção entre dolo ou culpa criminal e dolo ou culpa civil é o que não é fácil. Quanto ao dolo, especialmente disputam os autores sobre a característica do civil ou do criminal. Pensa CHIRONI, *culpa contrattuale*, cap. I, n. 3, nota, que no dolo criminal o autor do dolo quer locupletar-se com damno alheio, é este o seu único intuito entrando no negocio; no dolo civil o autor do dolo quer simplesmente induzir a outra parte a entrar em um negocio, que de outra sorte teria aceitado. É um ponto de vista estreito este, parece-me, porque restringe o dolo civil aos contractos, quando é certo que pode ter lugar em outras relações extra-contractuales.

¹³⁹ **Art. 396.** Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.

¹⁴⁰ **Art. 963.** Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.

¹⁴¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979. p. 98.

¹⁴² ESPINOLA, apud CONTINENTINO, Mucio. *Da cláusula penal no Direito brasileiro*. São Paulo: Acadêmica; Saraiva & Comp., 1926. p. 113-114.

A cláusula penal só é aplicável, quando o devedor se encontra em mora ou em culpa. Tendo a obrigação um termo, o devedor incorre na pena com a superveniência delle; não havendo termo, quando é constituído em mora e nas obrigações de não fazer, pelo simples facto da contravenção. Sobre a culpa, diz em nota (149¹⁴³ e 150): [PACIFICI MANZZONI], loc. Cit. Pondera VENZI (Notas a P. Manzoni, pág. 420): “É evidente che ne di pena, ne di obbligo di risarcimento può parlar si ove esuli qualsiasi elemento di colpa.” PATERNÓ DI BICCOCA abre excepção para o caso em que a pena tenha sido estipulada além da obrigação de indemnizar o damno.

Múcio Continentino, citando Polacco, diz que “depois de observar que é devida a cláusula penal, quando não é cumprida a obrigação ou quando não se observam as modalidades de execução, (tempo, lugar, etc.), em cuja garantia é estabelecida a pena.”.

Em síntese diz que a culpa é uma das integrantes da mora ou um dos seus pressupostos (art. 248, do Código Civil).¹⁴⁴ A mora é o retardamento na execução, de onde resulta a necessidade de presumir ainda a sua possibilidade.

Não existe mora sem culpa, sendo uma noção sem correspondência na realidade jurídica, a pretensa *mora incolpata*. A mora deve ser sempre imputável ao devedor, sem o que ficará excluída a sua responsabilidade.

Maria Helena Diniz, comentando a artigo 248, do Código Civil, da impossibilidade da prestação na “obligatio faciendi”, pondera que:

¹⁴³Attenda-se ao que escreve CHIRONI (Op. Cit. N° 264). “Coisa essa persistência da idéia de ‘pena’ nas obrigações com cl. Penal), que melhor surge, quando se consideram os dois factos, cuja occorrença se relaciona com a clausula penal: o inadimplemento absoluto e a mora, podendo nas convenções, as partes attender a um ou a outro dells, e, si bem quer na estipulação pelo inadimplemento pode ser contido também o caso de simples atraso, convém reter a distincção entre as duas hypotheses, afim de não se incorrer em duvidas e contradicções graves.”. E prossegue: “Quando la clausola penale sai apposta pel solo caso del ritardo, il creditore há diritto a chiederla non appena la mora sè avverata; è perque nella mora è gia secondo sè osservato, la figura di colpa contrattuale (pel ritardo di adempiere) egli non há obbligo di dimostrare l’ezistenza di fatti imputabili al debitore. Del pari, quando sai stipulata pel caso d’inadempimento, essa è esigibile se l’inezecuzione assoluta sai certa, indipendntemente dal ritardo o dopo che la mora è già constatata; ma in ambi casi é data facoltà al debitore di provare che questi fatti non gli sono imputabili, perquè o s’argomenti dal solo carattere di ‘pena’ o pur dall’altro di ‘compensazione del pregiudizio’, siccome in ogni caso il presupposto del obbligazione è ‘l’ingiuria’ consistente nel solo ‘ritardo’, o nel ‘inadempimento’ e questa dev, essere imputabile, l’obbligato há diritto di dímostrare ch’egli non è punto in colpa.”. Em nota diz: “I concetti esposti sul’entità della clausola penale giustificano appieno quest’affermazione: O s’argomenti dal fine della PENA o daquello del ‘risarcimento’, s’há in ogni caso la figura della responsabilitá per ingiuria contrattuale, ne questa existe senza l’elemento soggettivo dell’imputabilitá della colpa.”.

¹⁴⁴CHIRONI cita em abono de as afirmação, farta documentação doutrinaria e legal.
¹⁴⁴**Art. 248.** Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação, se por culpa dele, responderá por perdas e danos.

Se a prestação se impossibilitar sem culpa do devedor, pela ocorrência de força maior ou de caso fortuito, resolver-se-á a obrigação, reconduzindo-se as partes ao *statu quo ante*, havendo devolução do que, porventura, tenham recebido (AJ, 108:277), prevalecendo assim o princípio de que *ad impossibilita nemo tenetur*, ou seja, de que ninguém é obrigado a efetivar coisas impossíveis. Por exemplo, extinguir-se-á a obrigação de um cantor, que vem a perder a voz em razão de grave doença, de se apresentar em dado teatro. Mas, se a prestação de fazer tornar-se impossível por culpa do devedor, responderá este por perdas e danos. (...) Por exemplo, se uma firma deixar de construir prédio em certo terreno, deverá pagar perdas e danos, se por culpa sua não cumprir a obrigação assumida, convertendo-se a obrigação de fazer em obrigação de dar.

2.7 Exigibilidade da Cláusula Penal

A *cláusula penal* torna-se devida desde que se verifique o descumprimento da obrigação a que ela se refere; e a exigibilidade do seu pagamento dá-se nas seguintes condições¹⁴⁵:

- I. Havendo prazo para o cumprimento da obrigação e não sendo esta cumprida dentro do prazo fixado, o devedor incorre, de pleno direito, na cláusula penal, que poderá ser imediatamente exigida, sem outras formalidades. A mora aqui é de pleno direito, nos termos do artigo 890¹⁴⁶, do Código Civil revogado, e artigo 257, do Código Civil vigente.

Clóvis Beviláqua¹⁴⁷ comentando o referido artigo observa que: “Poderá a dívida ter credores ou devedores conjuntos, quer originariamente, quer por cessão, quer por herança. A situação será sempre a mesma.”.

Da divisibilidade das prestações resulta que: 1º. Cada um dos credores só tem direito de exigir a sua parte no crédito; 2º. Cada um dos devedores, só tem que pagar a cota na dívida; 3º. Se o devedor pagar a dívida por inteiro a um dos vários credores não ficará desobrigado em relação aos outros; 4º. O credor que, recusar receber a parte, que lhe pertence no crédito, por pretender o pagamento integral, poderá ser constituído em mora; 5º. O credor ou devedor, que incorrer em falta, responderá individualmente por ela; 6º. A insolvência de alguns dos devedores não

¹⁴⁵LIMA, João Franzen de. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Direito das Obrigações. Teoria geral. Rio de Janeiro: Forense, 1961. Tomo 1. v. II, p. 110-112.

¹⁴⁶**Art. 890.** Havendo mais de um devedor, ou mais de um credor, em obrigações divisíveis, esta presume-se dividida em tantas obrigações, iguais e distintas, quantos os credores, ou devedores.

¹⁴⁷BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979. p. 30.

aumentará a cota da dívida dos outros; 7º. A suspensão da prescrição, especial a um dos devedores, não aproveita aos outros (artigos 168 a 170, do Código Civil revogado, atuais 197 a 199, do Código Civil vigente)¹⁴⁸; 8º. A interrupção da prescrição por um dos credores não aproveita aos outros; operada contra um dos devedores não prejudica aos demais (artigo 176, do Código Civil revogado, correspondente ao atual artigo 204, do Código Civil vigente).¹⁴⁹

Semelhantes disposições irão encontrar no artigo 454, do Código Comercial:

Art. 454. A citação ou intimação de protesto feita ao devedor ou herdeiro comum, não interrompe a prescrição contra os mais co-réus da dívida. Excetuam-se os sócios, contra os quais ficará interrompida a prescrição sempre que um dos sócios for pessoalmente citado ou intimado do protesto.

Observações importantes com relação ao artigo 176, do Código Civil revogado, com disposição correspondente no artigo 204, do Código Civil vigente, são feitas por Clóvis Beviláqua. A interrupção da prescrição só produz efeito entre as pessoas envolvidas na relação processual.

A disposição contida no parágrafo primeiro decorre da solidariedade, sendo que a solidariedade ativa não atinge aos herdeiros; por isso a interrupção operada contra um dos herdeiros do devedor solidário não prejudica aos outros herdeiros,

¹⁴⁸**Art. 168.** Não corre a prescrição:

- I - entre cônjuges, na constância do matrimônio;
- II - entre ascendentes e descendentes, durante o pátrio poder;
- III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela;
- IV - em favor do credor pignoratício, do mandatário, e, em geral, das pessoas que lhe são equiparadas, contra o depositante, o devedor, o mandante e as pessoas representadas, ou seus herdeiros, quando ao direito e obrigações relativas aos bens confiados à sua guarda. (sem dispositivo corresponde no CC/2002).

Art. 169. Também não corre prescrição:

- I - contra incapazes de que trata o art. 5º;
- II - contra os ausentes do Brasil em serviço público da União, dos Estados, ou dos Municípios;
- III - contra os que se acharem servindo na armada e no exército nacionais, em tempo de guerra.

Art. 170. Não corre igualmente;

- I - pendendo condição suspensiva;
- II - não estando vencido o prazo;
- III - pendendo ação de evicção.

¹⁴⁹**Art. 176.** A interrupção da prescrição por um credor não aproveita aos outros. Semelhantemente, a interrupção operada contra o co-devedor, ou seu herdeiro, não prejudica aos demais coobrigados.

§ 1º. A interrupção, porém, aberta por um dos credores solidários aproveita aos outros; assim como a interrupção efetuada contra o devedor solidário não prejudica envolve os demais e seus herdeiros.

§ 2º. A interrupção operada contra um dos herdeiros do devedor solidário não prejudica aos outros herdeiros ou devedores, senão quando se trate de obrigações e direitos indivisíveis.

§ 3º. A interrupção produzida contra o principal devedor prejudica o fiador.

nem aos co-devedores, salvo se a dívida for indivisível, porque, neste caso, cada um é obrigado por toda a dívida, não sendo possível o pagamento parcial.

A regra determinada pelo parágrafo terceiro assenta-se no princípio de que o acessório segue o principal. A interrupção operada contra o fiador não prejudica o devedor principal, porque não é o acessório que traz consigo o principal.

II. Não havendo prazo marcado, é necessário que a mora do devedor seja constatada por meio de interpelação judicial, que se processa na forma estabelecida nos artigos 867 e seguintes, do Código de Processo Civil.¹⁵⁰ Constituído em mora, dessa maneira, incorre o devedor na cláusula penal que poderá ser logo exigida. A mora aqui depende da interpelação, conforme o disposto na alínea do citado artigo 960, do Código Civil revogado, e parágrafo único do artigo 397, do Código Civil vigente.¹⁵¹

O Código Civil revogado tratava da constituição da mora, em caso de inadimplemento e não havendo prazo assinado, desde a interpelação, notificação ou protesto, ao passo que o Código Civil vigente a disciplinou através da interpelação judicial ou extrajudicial.

No caso de inadimplemento, temos a mora *ex re*, que dispensa qualquer medida preliminar para caracterizar o estado de inadimplência. No caso de interpelação, temos a chamada mora *ex persona*, onde se faz necessário dar ciência ao devedor de que daquela data em diante a sua situação é de mora, de culpa.

III. Tratando-se de obrigação de não fazer, o devedor incorrerá na cláusula penal desde que execute o ato vedado. Neste momento é que ele descumpriu a obrigação. O nosso legislador não cuidou desta hipótese, lembrando-se só das obrigações positivas, pois as negativas não são suscetíveis de mora; elas são

¹⁵⁰ **Art. 867.** Todo aquele que desejar prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal, poderá fazer por escrito o seu protesto, em petição dirigida ao juiz, e requerer que do mesmo se intime a quem de direito.

¹⁵¹ **Art. 960.** O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui, de pleno direito, em mora o devedor.

Não havendo prazo assinado, começa ela desde a interpelação, notificação ou protesto (CC/1916).

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

Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial (CC/2002).

vencidas na mesma data em que são estipuladas, sendo de execução diuturna e perpétua.

O Código Civil revogado, no artigo 921, dispôs sobre as condições de exigibilidade da cláusula penal, tendo correspondência com o artigo 408, do Código Civil vigente, sendo que este último acrescentou como condição a culpa do devedor em cumprir a obrigação.¹⁵²

- IV. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. E não é necessário, porque a estipulação pactuada exclui toda controvérsia sobre dano, como porque a convenção é lei e, ocorrido o fato previsto, a pena que nela se funda é aplicável. Acresce que o fim da pena é compensar o prejuízo pelo inadimplemento da obrigação, e ineficaz seria ela se permitisse ao devedor articular que o inadimplemento não prejudicou o credor. O artigo 927, do Código Civil revogado¹⁵³, tem dispositivo correspondente no atual Código Civil, no artigo 416¹⁵⁴, sendo que o legislador de 2002 acrescentou o parágrafo único, abaixo reproduzido.
- V. Estipulada em testamento, a cláusula penal torna-se exigível, quando o encarregado do cumprimento da disposição testamentária deixa de executá-la no tempo e no quanto determinado, competindo ao próprio legatário ou a outro beneficiário indicado, pedir o seu pagamento.

Os pressupostos de exigibilidade da cláusula penal têm aspectos peculiares e próprios, com relação ao devedor, dependendo da obrigação ser ou não divisível, relacionado à cláusula. É bom ressaltar que a questão da divisibilidade ou indivisibilidade das obrigações só tem importância quando os devedores são vários.

¹⁵² **Art. 921.** Incorre, de pleno direito, o devedor na cláusula penal, desde que se vença o prazo da obrigação, ou se o não há, desde que se constitua em mora (CC/1916).

Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora (CC/2002).

¹⁵³ **Art. 927.** Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. O devedor não pode eximir-se de cumpri-la, a pretexto de ser excessiva (CC/1916).

¹⁵⁴ **Art. 416.** Para exigir a pena convencional não é necessário que o credor alegue prejuízo (CC/2002).

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente (CC/2002, sem dispositivo correspondente no CC/1916).

Tanto como função punitiva, como de perdas e danos prefixados, sua exigência subordina-se a fato imputável ao devedor (culpa ou dolo), escreve Sílvio de Salvo Venosa.¹⁵⁵ Cita o artigo 415, do Código Civil vigente, correspondente ao artigo 926, do Código Civil revogado.¹⁵⁶

Maria Helena Diniz explica que se a obrigação principal for divisível, contendo pluralidade de devedores, só incorrerá na pena convencional aquele devedor, ou o herdeiro do devedor, que a infringir, e proporcionalmente à sua quota na obrigação, porque o credor foi prejudicado em relação a essa parte.¹⁵⁷

2.8 Efeitos e Diferenças entre Cláusula Penal Compensatória e Moratória

R. Limongi França¹⁵⁸ explica que a cláusula penal compensatória *alternativa* corresponde à *integral* (respeita a toda obrigação), e a *cumulativa*, à parcial (concernente à mora, a uma parte da obrigação, ou a uma parte de algum aspecto da obrigação).

Assim, a multa moratória, que a rigor é a específica ou parcial, não se contrapõe à compensatória, por isso que constitui uma subespécie desta. Na verdade, diz França, que essa variedade de cláusula, assim como a integral ou ampla, também é *compensatória de perdas e danos*.

Os efeitos da distinção entre cláusula penal compensatória e moratória vamos encontrar no Código Civil, nos artigos 410¹⁵⁹ e 411.¹⁶⁰

A respeito da disposição contida no artigo 410, do Código Civil, que trata do total inadimplemento da obrigação, diz Maria Helena Diniz, que o credor poderá, ao recorrer às vias judiciais, optar livremente entre a exigência da pena convencional e o adimplemento da obrigação. A cláusula penal é alternativa a favor do credor.

¹⁵⁵VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2, p. 374, 375.

¹⁵⁶**Art. 415.** Quando a obrigação for divisível, só incorre na pena o devedor, ou herdeiro do devedor, que a infringir, e proporcionalmente à sua parte na obrigação.

¹⁵⁷DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 399.

¹⁵⁸FRANÇA, R. Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 200, 201.

¹⁵⁹**Art. 410.** Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

¹⁶⁰**Art. 411.** Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

Escolhida a pena, desaparece a obrigação originária, e com ela o direito de pedir perdas e danos, que já se acham prefixados na pena. Escolhendo o credor o cumprimento da obrigação, e não podendo obtê-la, a pena funcionará como compensatória das perdas e danos.

O artigo 411, do Código Civil, que trata da mora ou em segurança especial de outra cláusula determinada apresenta duas vertentes: a) se a cláusula penal for convencionada para o caso de mora, assistirá ao credor o direito de demandar cumulativamente a pena convencional e a prestação principal; b) se a cláusula penal visar a garantia da execução de alguma cláusula especial terá o credor a faculdade de reclamar a satisfação da pena ou multa cominada juntamente com o desempenho da obrigação principal.

Quando a pena objetiva punir a mora, ou a inexecução de alguma determinada cláusula, há de ser menos onerosa, e a lei permite ao credor exigir a satisfação dela, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

Carlos Roberto Gonçalves¹⁶¹, comentando o referido artigo, reforça a teoria de que considerando que o valor da pena convencional costuma ser reduzido, o credor, via de consequência, pode cobrá-la, cumulativamente, com a prestação não satisfeita.

A lei distingue claramente os efeitos da cláusula penal relativa ao *inadimplemento* e a cláusula penal relativa à *mora* ou à *violação de qualquer dever* acessório da prestação principal.

Tratando-se de prestação incluída na cláusula penal o seu valor não se soma à indenização estabelecida em lei. O credor não pode exigir ao mesmo tempo, o valor da obrigação principal e a pena convencional, mas pode alternativamente e livremente escolher uma ou outra.

Entretanto, no caso de mora ou em segurança especial de outra cláusula determinada (dever acessório da conduta principal), o credor pode cumular a prestação fixada na cláusula penal com o pedido de execução forçada da prestação da dívida.

¹⁶¹GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro. Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. II, p. 388, 389.

Segundo Manuel Inácio Carvalho de Mendonça¹⁶²,

O direito moderno é expresso: o credor não pode pedir a obrigação e a pena no caso de inexecução completa, nem o devedor pode se eximir da obrigação constringendo o credor a desistir dela para contentar com a pena. Seria isso romper o vínculo contratual e desnaturar a função da pena que é reforçá-lo.

Essa regra é derogável, entretanto, por convenção contrária. A alternativa é de direito, e a escolha uma vez fixada, exclui a outra prestação. A pena sendo a escolhida representa o equivalente da execução.¹⁶³

Realizada a opção, esta é irretroatável, salvo se, escolhendo a prestação, esta se tornar ulteriormente impossível. Então poderá o credor pedir a pena, porque esta é sempre devida pela inexecução que, por sua vez, implica a existência de danos a reparar.

A cláusula penal, como vimos, pode referir-se a execução completa da obrigação, a alguma cláusula especial, ou, simplesmente a mora.

No caso de *descumprimento total da obrigação* o credor fica com o direito de escolher entre o pagamento da pena e o cumprimento da obrigação principal. É a *alternativa* a favor do credor, face ao descumprimento da obrigação e a consequente exigibilidade da pena. Pode o credor executar o pagamento, não da obrigação e da pena, mas de uma ou outra, à sua escolha.

Já no caso de *mora ou de segurança de cláusula determinada* e o devedor retarda o cumprimento da obrigação (mora) ou não cumpre a cláusula a que a pena se refere, o credor tem a faculdade de exigir o pagamento da pena imposta, em conjunto com o cumprimento da obrigação principal.

2.9 Imutabilidade da Cláusula Penal

Ricardo Fiuza¹⁶⁴ aponta como um dos efeitos da cláusula penal a sua exigibilidade imediata, independente de qualquer alegação de prejuízo por parte do credor.

¹⁶²MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. Tomo I. v. II, p. 376 et seqs.

¹⁶³“Presume-se estabelecida para o caso de inexecução total a cláusula penal de valor igual ou superior ao da obrigação. Tem-se, ao contrário, como fixada em razão da mora a de valor mínimo em relação ao da obrigação principal” (Código Civil brasileiro, art. 918, correspondente ao atual artigo 410).

¹⁶⁴FIUZA, Ricardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 371, 372.

O artigo 416¹⁶⁵, do Código Civil, não foi atingido por nenhuma espécie de modificação; corresponde ao artigo 927¹⁶⁶, do Código Civil de 1916. A inovação com relação ao direito anterior ocorreu por conta do *parágrafo único* que foi acrescentado no vigente Código Civil, que permitiu na prática, a elevação da cláusula penal, sob o rótulo de “indenização suplementar”, sempre que as partes convencionarem essa possibilidade.

O professor Silvio de Salvo Venosa¹⁶⁷, comentando o artigo 927, do Código Civil revogado, diz que o credor podia exigir a pena convencional, independente da alegação de prejuízo, não podendo o devedor eximir-se de cumpri-la, a pretexto de ser excessiva.

Portanto a regra geral do Código Civil revogado era de que a cláusula penal era *imutável*.

Entretanto, em razão do limite imposto por lei no artigo 412, antigo artigo 920, do Código Civil, que o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal, tem-se que, o excesso de valor não pode ser exigido, salvo a hipótese de perdas e danos.

Miguel Maria de Serpa Lopes¹⁶⁸, na mesma linha, reforça a teoria de que o princípio dominante em nosso direito pátrio é o da *imutabilidade* da cláusula penal. Diz que a regra não é absoluta e a cláusula penal pode ser modificada nos seguintes casos: a) quando o valor de sua cominação exceder ao da obrigação principal; b) redução proporcional, no caso de mora ou de inadimplemento, se a obrigação já

¹⁶⁵ **Art. 416.** Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

¹⁶⁶ **Art. 927.** Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. O devedor não pode eximir-se de cumpri-la, a pretexto de ser excessiva.

¹⁶⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2, p. 375.

¹⁶⁸ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Obrigações em Geral. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v. II, p. 157.

estiver sido cumprida em parte (Código Civil revogado, artigo 924¹⁶⁹, atual artigo 413¹⁷⁰).

No direito anterior o juiz poderia ou não reduzir proporcionalmente a pena. Já no Código Civil vigente, o artigo 413 determinou que a penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz nas seguintes hipóteses: a) se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte; ou b) se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Nelson Rosenvald¹⁷¹ com muita propriedade no capítulo que trata da imutabilidade à mutabilidade judicial da pena diz que:

Não se trata de uma prerrogativa judicial de invalidar a cláusula penal, mas de apenas reduzi-la, eliminando o excesso que resultou no exercício abusivo do direito. Cuida-se de uma forma razoável de conciliar a autonomia privada com os ditames da boa-fé objetiva.

A cláusula geral do artigo 413, do Código Civil, harmoniza a autodeterminação dos particulares com as exigências éticas do ordenamento jurídico. Por isso, a redução judicial da pena convencional demandará pressupostos rigorosos e só atuará em caráter excepcional.

Quando afirmamos a natureza de cláusula geral do art. 413, do Código Civil, pretendemos aplicar o dispositivo não apenas como moderador de cláusulas penais manifestamente excessivas, mas em toda e qualquer situação em que a equidade deva se afirmar diante de uma pena privada que se afigure intensamente desproporcional ao dano praticado.¹⁷²

Pondera o professor Rosenvald, que o reconhecimento do poder judicial de redução de cláusulas penais foi uma conquista tardia, em comparação com a previsão encartada no BGB, Código Civil italiano, Código Civil de Portugal, Código francês, que permite ao magistrado reduzir as cláusulas penais manifestamente excessivas e aumentar as manifestamente irrisórias.

¹⁶⁹ **Art. 924.** Quando se cumprir em parte a obrigação, **poderá** o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento.

¹⁷⁰ **Art. 413.** A penalidade **deve ser reduzida** equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

¹⁷¹ ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 222.

¹⁷² “Uma das principais marcas do Código Civil de 2002 foi a inserção estrutural de princípios, conceitos indeterminados e cláusulas gerais, como opção metodológica capaz de erigir um sistema relativamente aberto, no sentido de uma ordem axiológica que defere ao intérprete maior poder de criação do direito para os casos concretos, conforme o significado que lhes concede Karl Engisch (*Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 223.).

2.10 Influência da Cláusula Penal nas Obrigações Indivisíveis, Divisíveis e Solidárias

As dívidas de prestação indivisível estão reguladas no artigo 414 e parágrafo único do Código Civil.¹⁷³ Maria Helena Diniz¹⁷⁴ diz que:

Quanto ao efeito da obrigação com pena convencional, havendo pluralidade de devedores e sendo indivisível a referida obrigação, todos os devedores, caindo em falta um deles, incorrerão na pena: esta, porém, só se poderá demandar integralmente do culpado, de maneira que cada um dos outros apenas responderá, se o credor optou pela cobrança individual de cada devedor, pela sua quota, tendo, contudo, ação regressiva contra o co-devedor faltoso que deu causa à aplicação da pena convencional. Isto é assim porque a pena convencional representa as perdas e danos. Por conseguinte, com o descumprimento da obrigação indivisível, esta resolver-se-á em perdas e danos, passando a ser divisível, exigindo que cada um dos devedores responda somente por sua quota-parte, sendo que poderão mover ação regressiva contra o culpado, para reaver o *quantum* pago a título de indenização por perdas e danos.

Pontes de Miranda¹⁷⁵ em comentário das dívidas de prestação indivisível escreve:

Se a obrigação é indivisível, cada obrigado o é da dívida toda. Em consequência, se um não cumpre, é como se todos não houvessem cumprido; porque a falta de um é falta de todos: se um solve, sub-roga-se no direito dos outros. Compreende-se que, em matéria de cláusula penal, a incursão de um na pena seja incursão de todos: nas dívidas de não fazer, obviamente; nas dívidas de fazer, inclusive de dar, se um infringe cláusula do negócio jurídico, todos infringiriam, pois nenhum adimpliu ou evitou que persistisse a mora. Mas seria injusto que se não previsse a pretensão dos outros devedores contra o devedor culpado. Daí a “ação regressiva” a que se refere o artigo 925, parágrafo único (atual 414 e parágrafo único). Os não culpados cobram ao culpado o que tiveram de pagar como pena.

Mucio Continentino explica que as obrigações indivisíveis que prevaleceu no artigo 1.232, do Código Civil francês¹⁷⁶, é a mesma que foi inserida no artigo 925, do Código Civil revogado, atual artigo 414.

¹⁷³ **Art. 414.** Sendo indivisível a obrigação, todos os devedores, caindo em falta um deles, incorrerão na pena; mas esta só se poderá demandar integralmente do culpado, respondendo cada um dos outros somente pela sua quota.

Parágrafo único. Aos não culpados fica reservada a ação regressiva contra aquele que deu causa à aplicação da pena.

¹⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 399.

¹⁷⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 26, p. 83.

¹⁷⁶ **Art. 1.232.** Lorsque l'obligation primitive contractée avec une clause pénale est d'une chose indivisible, la peine est encourue par la contravention d'un seul des héritiers du débiteur, et elle peut être demandée, soit en totalité contre celui qui a fait la contravention, soit contre chacun des cohéritiers pour leur part et portion, et hypothécairement pour le tout, sauf leur recours contre celui qui a fait encourir la peine. (Quando uma obrigação primitiva contratada com uma cláusula penal for

A contravenção feita por um delles obriga os outros á prestação da pena, cada um por sua parte viril¹⁷⁷, ressalvado seu regresso, e ella obriga pelo total ao que a commetteu. Quando a contravenção for praticada por vários, ella os obrigará solidariamente.¹⁷⁸

O “Esboço do Código Civil”, de Augusto Teixeira de Freitas, já continha a disposição em seu artigo 1.000¹⁷⁹ e o Código Civil do Uruguai no artigo 1.371.¹⁸⁰

Clóvis Beviláqua¹⁸¹ faz as seguintes observações:

1. A contravenção de um só, quando a obrigação é indivisível, determina a cominação da pena a todos. Qualquer que seja a função da pena, quando a obrigação indivisível se converte na indenização de prejuízos, torna-se em regra, divisível, porque a indenização se fará, ordinariamente, em dinheiro ou quantidade. Sendo divisível a obrigação de indenizar, cada um dos co-devedores responde pela sua cota, e, assim, cada um dos herdeiros.

Mas, se a pena for indivisível, se consistir na perda de uma coisa determinada, indivisível, todos os co-obrigados a devem integralmente. Por isso dizia o *Projeto primitivo* que, *em regra*, a pena só ao culpado podia ser pedida integralmente, ressalvando o caso da indivisibilidade, e o da solidariedade. Pareceram essas ressalvas ociosas a João Luís Alves, *Código Civil anotado*, com. Ao art. 925; mas a omissão delas é que poderia suscitar as dúvidas, que ele imaginou, se a doutrina e a jurisprudência não completarem o dispositivo.

algo indivisível, a pena é latente pela contravenção de um dos herdeiros do devedor, e ela pode ser solicitada, seja em totalidade contra aquele que fez a contravenção, seja contra cada um dos co-herdeiros por parte e porção, e hipotecando tudo, salvo seu recurso contra aquele que provocou a pena.)

¹⁷⁷ Art. 989, nº 4. É o que se chama *parte viril*, porque cada uma das partes é determinada *pro numero virorum*, isto é, segundo o número dos credores ou dos devedores (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983).

¹⁷⁸ CONTINENTINO, Mucio. *Da cláusula penal no Direito brasileiro*. São Paulo: Acadêmica; Saraiva & Comp., 1926. p. 302, 303.

¹⁷⁹ **Art. 1.000.** Cada um dos co-devedores, ou dos co-herdeiros do devedor, ficará obrigado à pena por inteiro:

1º Se a obrigação da cláusula penal for indivisível, ou, posto que seja divisível, se for solidária.

2º Se houver hipoteca, anticrese, ou penhor, para segurança da cláusula penal; observando-se neste caso o disposto nos artigos 997, nºs 1 e 2, 978, 979, e 980.

¹⁸⁰ **Art. 1.371.** Cuando la obligación primitiva contraída com cláusula penal, es de cosa indivisible y son vários los deudores por sucesión o por contrato, se incurre em la pena por la contravención de uno solo de los deudores y pode ser exigida por entero del contraventor o de cada uno de los codeudores por su parte y porción, salvo el derecho de éstos para exigir del contraventor que lês devuelva lo que pagaron por su culpa.

¹⁸¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979. p. 60.

2. O Código atende, somente, à indivisibilidade quando muitos são os devedores. Pouco importa, realmente, o número dos credores. Todavia, o Código Civil uruguaio distingue os casos, e determina que, havendo pluralidade simultânea de credores e devedores, somente o contraventor incorre na pena, e esta se adjudica, somente, ao que sofreu prejuízo (artigo 1.372).¹⁸²

Não há fundamento jurídico para essa distinção.

Com relação às dívidas de prestação divisíveis o artigo 415¹⁸³, do Código Civil, reproduziu o artigo 926, do Código Civil revogado.

Segundo Francisco de Paula Lacerda de Almeida¹⁸⁴,

Nos casos de divisibilidade cada fração em que se divide a obrigação constitue uma obrigação distinta e independente das fracções resultantes. (1)¹⁸⁵. Assim pode cada coobrigado satisfazer a sua parte independente dos demais coobrigados. (2)¹⁸⁶

O credor por seu turno não tem direito de cobrar a dívida total: (3)¹⁸⁷ e isto requer o concurso de devedores seja originário, quer provenha de sucessão hereditária.

Dá-se aqui um caso de aplicação do princípio – *concurso partes flunt* –, e com tanto rigor prevalece esse princípio, que não está um dos herdeiros ou coobrigados sujeito a responder pela insolvabilidade de qualquer dos outros.

Se tratar não de obrigação divisível propriamente dita, mas de indivisível por excepção á divisibilidade, tem igual applicação a mesma regra.

Como a obrigação aqui é de natureza divisível, a cada obrigado só incumbe prestar a respectiva quota parte; mas fazendo-o deve haver-se de tal sorte que o credor venha a receber não fracções distintas da prestação, mas a prestação inteira.

A acção do credor consoante este princípio não deve ser dirigida a um dos coobrigados isolado; deve antes abranger-los todos pedindo as respectivas quotas partes, mas executando *in solidum*¹⁸⁸ a sentença condemnatória.

¹⁸² **Art. 1.372.** Si la obligación indivisible contraída con cláusula penal es a favor de varios contra varios, sea por herencia o por contrato, no se incurre en la penal total, caso de obstáculo puesto por uno de los deudores a alguno de los acreedores, sino que solo el causante del obstáculo incurre en la pena y se adjudica únicamente al perturbado; ambos proporcionalmente a su haber hereditario o cuota correspondiente.

¹⁸³ **Art. 415.** Quando a obrigação for divisível, só incorre na pena o devedor ou o herdeiro do devedor que infringir, e proporcionalmente à sua parte na obrigação.

¹⁸⁴ ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cruz Coutinho. p. 119-120.

¹⁸⁵ (1) A mutua independência das prestações em que se fracciona a prestação, tem toda analogia com a das obrigações de devedores simplesmente conjunctos.

¹⁸⁶ (2) E tão independente são essas fracções entre si, que pode o coobrigado solvente repetir como indevido tudo o que pagou além de sua quota na dívida total.

¹⁸⁷ (3) O credor que recusasse o pagamento da quota de um codevedor pretendendo haver a dívida inteira, poderia ser constituído em mora.

¹⁸⁸ Em Direito Romano, quando se fala do pagamento *in solidum*, entende-se que a obrigação é indivisível ou solidária. Toda a obrigação indivisível é solidária, mas a obrigação solidária pode ser divisível ou indivisível.

De acordo com Manuel Inácio Carvalho de Mendonça¹⁸⁹,

[...] quando a obrigação for divisível, só incorre na pena o devedor ou herdeiro do devedor que a ela faltar e isso mesmo somente na parte proporcional que na obrigação lhe couber. [...] O Código francês e o italiano consagram uma exceção ao princípio da divisão da pena entre os herdeiros e é quando, tendo a cláusula penal por fim inibir o pagamento parcial, um dos herdeiros é causa de que ele não realize por inteiro. Nesse caso pode-se exigir deste toda a pena, ou dos outros a parte, ficando a este salvo o regresso contra aquele. Essa doutrina, no fundo, é a nossa exposta.

Tito Fulgêncio¹⁹⁰ acompanhando a doutrina esclarece:

[...] divisível a obrigação, transformando-se, por morte do devedor, em tantas obrigações, distintas e iguais, quantos os herdeiros que ficaram; divisível a obrigação, dividida está em tantas outras iguais e distintas quantos os devedores originários.

Por conseguinte, não se concebe que o contraventor possa faltar à execução pelo todo da obrigação primitiva.

O total da pena representa a inexecução total da convenção, e, portanto, o credor não poderia perseguir o infrator pela pena convencional inteira.

Por outro lado, é certo que os devedores ou seus herdeiros de modo algum são garantes uns dos outros pelo cumprimento de suas obrigações respectivas, e razão não há para permitir ao credor demandar aos não infratores o pagamento de uma porção qualquer da pena (B. Lacantinerie Et Barde, Laurent, Thiry, Ricci, Huc, Giorgi).

Ao arremate, Pontes de Miranda com perspicácia alerta que o artigo 925, do Código Civil revogado, atual artigo 414, emprega o termo próprio: falta. “Caindo em falta um dêles” esta em vez de “dando ensejo à incidência da pena um deles”. A culpa só se há de apurar nas relações entre devedores.

Já no artigo 926, do Código Civil revogado, atual artigo 415, também se empregou expressão adequada: “devedor que a infringir”. Não se aludiu a culpa. Se a cláusula penal foi concebida para o caso de infração culposa de deveres oriundos do negócio jurídico, então sim, não basta, *sempre*, o inadimplemento, nem a mora.

Mucio Continentino invoca lição de Alves Moreira nos seguintes termos:

Quando haja cláusula penal, os devedores solidários ficarão responsáveis por ella, sempre que a obrigação não possa ser cumprida, em virtude de o seu objeto haver perecido por culpa de um só delles ou quando não tenha sido cumprida pontualmente, tendo um só ou algum delles sido constituído em mora?

¹⁸⁹MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. Tomo I. v. II, p. 388-389.

¹⁹⁰FULGÊNCIO, Tito. *Do direito das obrigações*. Das modalidades das obrigações. (Arts. 863-927). Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 472.

A questão é duvidosa.

Por um lado, pode afirmar-se que, sendo a cláusula penal um acordo das partes relativo a indemnização de perdas e danos, se devem aplicar os princípios que acabamos de expor, considerando os codevedores solidários no caso de a coisa perecer por culpa de um deles, responsáveis só pelo preço, e quando haja mora, atribuindo os efeitos desta só ao devedor que nella foi constituído.

Por outro lado, pode afirmar-se que sendo a cláusula penal uma convenção acessória e tendo esta convenção por fim, dada a hypothese do não cumprimento da obrigação, assegurar para o credor uma determinada indemnização, que apenas fica dependente da condição de se não cumprir a obrigação, devem considerar-se todos os codevedores responsáveis pela pena, embora só por culpa de um delles não seja cumprida a obrigação, visto que todos elles se responsabilisaram pelo pagamento da pena, si a obrigação não fosse cumprida. Segundo o eminente professor, a doutrina sancionada pelo direito portuguez, é a exposta em primeiro lugar.¹⁹¹

Miguel Maria de Serpa Lopes,¹⁹² se insurge em estender os princípios do artigo 414, do Código Civil, que trata da indivisibilidade da obrigação.

Consoante o artigo 279, do Código Civil¹⁹³, que reproduziu a mesma redação do artigo 908, do Código Civil revogado, em que

[...] só o culpado pela impossibilidade da prestação responde por perdas e danos; os demais, inculpados, têm a sua responsabilidade limitada ao *quantum* da prestação. Uma controvérsia, porém, agita a doutrina: e se houver estipulado cláusula penal são os devedores inculpados por ela obrigados? A doutrina se encontra dividida. Uma boa parte admite a extensibilidade dessa responsabilidade, em relação mesmo aos que não procederem culposamente.

A justificativa de Lopes é no sentido de que:

A supressão de elementos tão caracterizadores da responsabilidade pela cláusula penal indica, ao contrário, a preferência do Legislador por uma orientação diversa da do autor do projeto. O movimento da supressão não criou uma zona de dúvida, mas sim um ponto de certeza – da aplicação do art. 908 (atual artigo 279), sem que ele possa ter qualquer vinculação com o artigo 925 (atual artigo 414), pois o texto não lhe consagra nenhuma remissão. Peremptoriamente, o art. 908 exclui a responsabilidade dos devedores solidários, no tocante aos danos. Não se pode distinguir, não só onde o Legislador não distinguiu, mas ainda onde precisamente o Legislador expeliu do Projeto tudo quanto pudesse indicar um sentido contrário ao revelado pelo texto gramatical. Estamos, assim, teoricamente, de acordo com os argumentos de DÉMOLOMBE¹⁹⁴; e, praticamente, em

¹⁹¹MOREIRA, apud CONTINENTINO, Mucio. *Da cláusula penal no Direito brasileiro*. São Paulo: Acadêmica; Saraiva & Comp., 1926. p. 318, 319.

¹⁹²LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Obrigações em Geral. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v. II, p. 159, 134-135.

¹⁹³**Art. 279.** Impossibilitando-se a prestação por culpa de um dos devedores solidários, subsiste para todos o encargo de pagar o equivalente; mas pelas perdas e danos só responde o culpado.

¹⁹⁴[...] as perdas e danos representam uma obrigação nova, quando não convencionados antecipadamente no contrato, através de uma cláusula penal, constitui uma afirmativa inexata,

face do estudo dos trabalhos relativos à elaboração do Código Civil, igualmente de acordo com a primeira corrente, isto é, pela limitação da responsabilidade do devedor solidário inculcado tão só ao pagamento do equivalente.

atento a que perdas e danos são devidos ao credor, precisamente em razão da convenção originária, por força da qual o devedor se obriga, primeiramente, a executar a obrigação contratada, e, subsidiariamente, a pagar perdas e danos, no caso de inexecução.”.

3 CLÁUSULA PENAL. EXTINÇÃO

3.1 Generalidades

Orozimbo Nonato diz que:

É a matéria das obrigações, talvez, a parte mais árdua e difícil e, sem dúvida, a mais filosófica do direito civil, a mais abstrata, a mais convizinha de suas normas cabedais.

Os princípios da obrigação, a essa conta, penetram todos os institutos do direito privado, pelo menos em sua parte isegógica, e ostentam, ao primeiro súbito de vista, como a um estudo mais demorado e curioso, característicos próprios de amplitude e generalidade.

Todas as relações entre homens se ligam à idéia de obrigação e na teoria das obrigações se encontram noções fundamentais da ciência do direito.¹⁹⁵

O professor Washington de Barros Monteiro¹⁹⁶ em seus comentários à respeito do adimplemento e da extinção das obrigações, ressalta que:

Como tudo quanto existe no mundo, as obrigações nascem, vivem e se extinguem. Nascem de uma declaração da vontade ou em virtude de lei. Vivem através das suas várias modalidades, obrigações de dar, de fazer ou de não fazer alguma coisa, a que se reduzem todas as demais. Extinguem-se por diversos modos: a) pagamento direto ou execução voluntária da obrigação; b) pagamento indireto, mediante dação em pagamento, novação, compensação, transação, confusão e remissão; c) extinção sem pagamento, pela prescrição, impossibilidade de execução sem culpa do devedor e pelo implemento da condição ou advento do termo extintivo; d) execução forçada, em virtude de sentença. A esses meios, enumerados por CLÓVIS, acrescenta-se a lei.

As obrigações se extinguem pelos mais diferentes modos, conforme Francisco de Paula Lacerda de Almeida¹⁹⁷, distribuindo-se, segundo o modo porque a operam: a) modos que consistem no cumprimento da obrigação – pagamento e consignação judicial; b) modos que supõem acordo liberatório – dação *in solutum*, perdão da dívida ou renúncia, mútuo dissenso, concordata nas falências, novação; e c) modos consistentes em fato que natural ou legalmente impedem a cobrança ou demanda – compensação, confusão, impossibilidade da prestação (perda da coisa), anulação ou rescisão, condição resolutória e termo *ad quem*, morte do credor ou do devedor nas obrigações vitalícias.

¹⁹⁵NONATO, Orozimbo. *Curso de Obrigações*. (Generalidades - Espécies). Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. I, p. 53.

¹⁹⁶MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Direito das Obrigações. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 253.

3.2 Modos de Extinção da Cláusula Penal

a) Pelo pagamento

Por pagamento podemos considerar a execução da obrigação, ou a sua extinção, resultante do cumprimento da prestação, que forma seu objeto, tanto no que se refere à entrega de uma soma em dinheiro como ao cumprimento de prestação de outra espécie, que não seja necessariamente, dinheiro.

O pagamento é a execução voluntária da obrigação ou a entrega da prestação devida. Aliás, diz o professor Washington de Barros Monteiro, o efeito natural da obrigação, o escopo para o qual tende esta, é o implemento da prestação.

Francisco de Paula Lacerda de Almeida e parte da doutrina mais moderna, entendem que a expressão *cumprimento*, melhor reflete o modo extintivo de obrigações em razão de alcançar tanto os pagamento em dinheiro como aqueles cujas prestações são de natureza diversa.

Pagamento é a forma de liberação do devedor, mediante a prestação do obrigado, conceito que reúne as preferências dos escritores mais modernos.

Na lição de Caio Mário da Silva Pereira¹⁹⁸,

Como execução voluntária, de obrigação de qualquer espécie, pagamento será a tradição da coisa, na *obligatio dandi*; pagamento será a prestação do fato na *obligatio faciendi*. No dizer de Barassi, envolve tanto uma atitude estática como dinâmica do devedor, acompanhada ou não de uma atuação por parte do credor. O Pagamento será, portanto, o fim normal da obrigação. Mas não o único, porque pode ela cessar: a) pela *execução* forçada, seja em forma específica, seja pela conversão da coisa devida no seu equivalente; b) pela *satisfação direta* ou *indireta* do credor, por exemplo, na compensação; c) pela extinção sem caráter satisfatório, como na impossibilidade da prestação sem culpa do devedor, ou na remissão da dívida.

Se as obrigações se extinguem pelos mais diversos modos tratados neste capítulo, principalmente pelo pagamento do pactuado, resta abordar a questão da mora no pagamento da obrigação, isto é, cumprida tardiamente.

¹⁹⁷ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Cruz Coutinho. p. 293.

¹⁹⁸PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Teoria Geral das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. II, p. 167-168.

O artigo 411, do Código Civil vigente, dispõe expressamente que quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora (...) terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada juntamente com a obrigação principal.

A disposição legal visa garantir ao credor o direito de demandar cumulativamente a pena convencional e a prestação principal. A questão que se coloca é que recebendo o credor, tardiamente, apenas a obrigação principal, extingue-se em consequência a cláusula penal estipulada para o caso de mora?

Entendo que sim. No momento em que o credor receber o valor da obrigação principal, opera-se, de pleno direito, o perdão tácito. Entretanto, havendo a recusa do credor em receber a obrigação principal, sem o valor agregado da cláusula penal, resta ao devedor consignar judicialmente o valor da obrigação principal ou aguardar que o credor exija a satisfação de seu crédito.

Se o devedor optar pela consignação judicial do valor que entende devido, o credor poderá recusar o recebimento se verificar que o depósito não é integral, isto é, o valor da obrigação principal não está acrescido com o valor da cláusula penal.

Mas, se o devedor não consignar o valor devido, resta ao credor exigir judicialmente o cumprimento da obrigação e a cláusula penal, como lhe faculta a lei, no caso de mora, conforme disposição inserida do Código Civil.

A pena foi estipulada visando especificamente a mora, compensando o prejuízo sofrido pelo credor com a espera. Este prejuízo não desaparece nem é apagado com a execução posterior da obrigação. Enfim, se o devedor moroso deve pagar os juros da mora e o capital, da mesma maneira ocorre com a exigência da cláusula penal juntamente com a obrigação principal, no caso de mora ou de pagamento tardio.

b) *Pela consignação*

Conforme Francisco de Paula Lacerda de Almeida,

Se o pagamento não pode por qualquer motivo fazer-se ao próprio credor ou a seu legítimo representante, ou porque não o tenha, achando-se ausente, ou não o tenha, sendo incapaz; outrossim, se o pagamento não pode ser feito com a devida segurança, ou por haver dúvida sobre a idoneidade do credor, ou porque recusa dar quitação ou dá-la com as devidas garantias; finalmente, se o credor sem justa causa nega-se a receber o pagamento, vem a lei em auxílio do devedor, e permite-lhe desonerar-se por outros modos.

O principal e mais seguro é a consignação judicial do débito.

Chama-se assim o depósito que o devedor judicialmente faz da quantia devida, precedido de efetiva e real oferta da mesma.¹⁹⁹

Conclui o emérito professor, que a consignação judicial é modo de extinguir a dívida e desonerar o devedor; o depósito, portanto, não opera como a tradição nenhuma translação de domínio.

A *consignação*, diz Clóvis Beviláqua,

[...] é um modo indireto de libertar-se o devedor da sua obrigação, que consiste no depósito judicial da coisa devida. A forma pela qual se efetua a consignação é matéria processual; mas a substância e os efeitos do instituto são de direito material.²⁰⁰

A consignação é depósito judicial concedido ao devedor para o libertar do vínculo obrigacional. Difere do *seqüestro* que também é depósito judicial, pelo fim, que é na consignação desonerar o devedor, e pelo objeto que ainda na consignação, é a coisa devida, e no seqüestro, a coisa litigiosa.

O professor Washington de Barros Monteiro o define com

O depósito judicial da coisa devida, realizada pelo devedor com causa legal. Trata-se de pagamento compulsório, só excepcionalmente admitido; ou melhor, representa meio especial concedido ao devedor para liberar-se da obrigação.²⁰¹

¹⁹⁹ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Cruz Coutinho. p. 304.

²⁰⁰BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979. p. 10.

²⁰¹MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Direito das Obrigações. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 269.

“A consignação ou depósito do objeto devido, com o efeito de liberar o devedor e extinguir a obrigação respectiva, tem como pressuposto a mora do credor, a qual se verifica pela recusa injustificada de receber a prestação devida.”.²⁰² Diz ainda o eminente professor que,

[...] para que se constitua o credor em mora se requer que haja de sua parte recusa da prestação que lhe é regularmente oferecida. Por aí se vê logo que há obrigações em que se não admite a mora creditoris: tais são as de não fazer e as estipuladas em favor de terceiros, onde, quanto ao cumprimento, nenhuma conduta especial é, em regra, imposta ao credor.²⁰³

c) Pela sub-rogação

O pagamento é a execução ou a extinção da obrigação. Entretanto, Silvio Rodrigues²⁰⁴, explica: “pode ocorrer que, embora efetuado o pagamento por outra pessoa que não o devedor, a obrigação só se extinga em relação ao credor satisfeito, sobrevivendo em relação ao terceiro, interessado ou não, que pagou a dívida.”

Clóvis Beviláqua²⁰⁵ com toda sabedoria e simplicidade diz que “sub-rogação é a transferência dos direitos do credor para o terceiro que solveu a obrigação ou emprestou o necessário para solvê-la.”

O pagamento extingue a obrigação por completo em relação a todas as pessoas interessadas produzindo efeitos com relação aos acessórios, o mesmo ocorrendo com o pagamento efetuado por terceiro. Todavia, o terceiro terá em relação ao devedor, a ação de *in rem verso*. Entretanto, Eduardo Espinola, entende que,

O pagamento com sub-rogação não é modo de extinção da obrigação, porquanto esta subsiste, mudando apenas a pessoa do credor; por outro lado, não é novação, porque não é uma obrigação nova que se constitui em favor do novo credor: é a mesma obrigação que continua a existir.

A sub-rogação comporta duas espécies: a sub-rogação real e a pessoal, conforme se trate de sub-rogação e coisas ou de pessoas.

²⁰²ESPINOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações*. Campinas (SP): Bookseller, 2005. p. 23.

²⁰³MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Direito das Obrigações. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 269.

²⁰⁴RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte Geral das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2, p. 175.

Na sub-rogação real, ocorre a substituição de uma coisa por outra, ficando esta última com o mesmo ônus e atributos da primeira.

Na sub-rogação pessoal, da mesma forma, ocorre a substituição de uma pessoa por outra, ressaltando-se a esta os mesmos direitos e ações que àquela competiam.

O Código Civil vigente trata do pagamento com sub-rogação nos artigos 346²⁰⁶, sub-rogação legal e artigo 347²⁰⁷, sub-rogação convencional.

A única inovação em relação ao Código Civil revogado (1916) foi o acréscimo da cláusula final do inciso II, para fins de proteção ao terceiro interessado, com direito sobre o imóvel hipotecado, que paga ao credor hipotecário, visando à preservação de seu direito.

Maria Helena Diniz²⁰⁸ conceitua:

[...] sub-rogação legal é a imposta por lei, que contempla casos em que terceiros solvem débito alheio, conferindo-lhes a titularidade dos direitos do credor ao incorporar, em seu patrimônio, o crédito por eles resgatado. A sub-rogação convencional pessoal advém de acordo de vontade entre credor e terceiro ou entre devedor e terceiro, desde que a convenção seja contemporânea ao pagamento (*RF*, 77:517) e expressamente declarada em instrumento público ou particular.

d) *Pela dação em pagamento.*

O credor não pode ser obrigado a receber coisa diversa da que constitui objeto da prestação. Mas a substituição é permitida com sua aquiescência. O acordo pelo qual consente na substituição chama-se *dação em pagamento* (“*datio in solutum*”).

A *datio in solutum* não é propriamente *modo de extinção* das obrigações distinto do *pagamento*, senão um *meio supletivo*. Em se verificando, o credor não recebe a coisa devida, mas se satisfaz, porque outra, que aceita,

²⁰⁵BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. p. 105.

²⁰⁶**Art. 346.** A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor:

- I - do credor que paga a dívida do devedor comum;
- II - do adquirente do imóvel hipotecado, que paga o credor hipotecário, bem como do terceiro que efetiva o pagamento para não ser privado de direito sobre o imóvel;
- III - do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte.

²⁰⁷**Art. 347.** A sub-rogação é convencional:

- I - quando o credor recebe o pagamento de terceiro e expressamente lhe transfere todos os seus direitos;
- II - quando terceira pessoa empresta ao devedor a quantia precisa para solver a dívida, sob a condição expressa de ficar o mutuante sub-rogado nos direitos do credor satisfeito.

²⁰⁸DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 346-348.

lhe é entregue pelo devedor. Corresponde, por conseguinte, ao modo normal de cumprimento.

Para haver dação em pagamento é preciso que a coisa seja dada em substituição da prestação devida, e o credor a aceite em pagamento.²⁰⁹

O instituto da dação em pagamento vamos encontrar no *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 1.115 (do pagamento por entrega de bens)²¹⁰, no Código Civil revogado no art. 995²¹¹ e no Código Civil vigente no artigo 356.²¹²

Na mesma linha de raciocínio o Código Civil português, art. 837º: “A prestação de coisa diversa da que for devida, embora de valor superior, só exonera o devedor se o credor der o seu assentimento”.²¹³

O Código Civil uruguaio reproduzindo disposição semelhante ao *Esboço* de Teixeira de Freitas, disciplinou o instituto na seção que trata “*De La paga por entrega de bienes*”, art. 1490.

Tiene lugar El pago por entrega de bienes, cuando El acreedor recibe voluntariamente por pago de La Duda alguna cosa que no sea dinero em substitución de lo que se Le debía entregar o Del hecho que se Le debía prestar. (Artículo 1663) – (Código Civil de La República Oriental Del Uruguay – Ediciones Del Foro – Montevideo – 2002).

Segundo Judith Martins-Costa,

Se o credor consente, o devedor pode, em vez da prestação devida, prestar outra coisa. Esta operação econômica recebe, no Direito, a denominação de *datio in solutum* configurando instituto modelado já no Direito Romano e que ainda hoje apresenta imensa utilidade prática.²¹⁴

Via de consequência, a dação em pagamento constitui uma causa extintiva da obrigações, exonerando-se o devedor da relação jurídica a que se encontrava vinculado, adimplindo de forma diversa do devido.

²⁰⁹GOMES, Orlando. *Obrigações*. Forense. Rio de Janeiro – 1981 – 6ª edição – pág. 142

²¹⁰**Art. 1.115.** Paga-se por entrega de bens, quando o credor recebe voluntariamente para seu pagamento alguma coisa que não seja dinheiro, em substituição da que se lhe devia entregar, ou do fato que se lhe devia prestar.

²¹¹**Art. 995** – O credor pode consentir em receber coisa, que não seja dinheiro, em substituição da prestação que lhe era devida.

²¹²**Art. 356.** O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida.

²¹³CÓDIGO Civil português. Coimbra, Portugal: Almedina, 2009.

²¹⁴MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Do Direito das Obrigações. Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações. Arts. 304 a 388 – Vol. V – Tomo I, 2ª edição – Editora Forense – Rio de Janeiro – 2005 – pág. 543.

A *datio in solutum* se distingue da novação. Enquanto aquela, extingue, definitivamente, a obrigação, a novação a substitui por outra obrigação.

e) *Pela Novação*

“Dá-se novação”, diz o art. 438, alínea 1ª, do Código Comercial: 1º) quando o devedor contrai com o credor uma nova obrigação que altera a natureza da primeira; 2º) quando um novo devedor substitui o antigo, e este fica obrigado; 3º) quando por uma nova convenção se substitui um credor a outro por efeito da qual o devedor fica desobrigado ao primeiro.

No inciso 1º) está a novação objetiva, que supõe diferença entre a dívida novada e a nova. No inciso 2º) a novação subjetiva passiva. No inciso 3º) a subjetiva ativa. Não há como confundi-los, respectivamente, com a declaração de vontade reprodutiva, ou o reconhecimento, nem com a cessão de crédito, nem com a assunção de dívida alheia.

Se alguém nova a dívida é porque extinguiu com isso a dívida que existia. Se não se houvesse operado novação estaria o devedor duplamente vinculado, – pela primeira e pela outra dívida. Daí o sentido estrito e preciso de novar, que não é o de assumir outra dívida, a que se chama nova, e sim a de assumir uma em lugar da outra, que se extingue.

Com a novação libera-se o devedor e satisfaz-se o credor; mas ambos continuam, um como devedor e outro como credor, noutra relação jurídica, que é outra e posterior, com a particularidade de se ter constituído para a extinção da primeira. Presta-se em verdade, *aliud pro alio*.

Não se pode dizer que a novação teve o *efeito* de extinguir a dívida; a novação é modo de extinção da dívida. A nova dívida é posterior, mas constituir-se e extinguir foram num só instante: extinguiu, constituindo-se; constituiu-se, para extinguir.²¹⁵

Diz o professor Silvio Rodrigues que:

Há novação quando as partes criam obrigação nova para extinguir uma antiga. Assim, a novação é um modo de extinção de obrigações. Todavia, ao mesmo tempo que por meio dela a primitiva obrigação perece, uma outra surge, tomando seu lugar. Aliás, é o surgimento desta última que produz a extinção da anterior. Dessa maneira, a novação é uma operação que, de

²¹⁵MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 25, p. 69-70.

um mesmo alento, extingue uma obrigação e a substitui por outra, que nasce naquele instante.

A novação, prevista no artigo 360²¹⁶ e seguintes, do Código Civil, não sofreu nenhuma modificação em relação ao Código Civil revogado, onde estava prevista no artigo 999. No *Esboço*, de Teixeira de Freitas, arts. 1.121²¹⁷, 1.139²¹⁸ e 1.147²¹⁹, consagrando-se soluções semelhantes.

A novação constitui modalidade de extinção de uma obrigação em virtude da constituição de uma nova obrigação que vem ocupar o lugar da primeira.

Clóvis Beviláqua²²⁰, diz que

Novação é a conversão de uma dívida em outra para extinguir a primeira. Embora muito haja perdido de sua primitiva importância, e apareça, muito apagadamente, nos Códigos mais recentes como o suíço das obrigações e o alemão, é, ainda, um meio liberatório, que tem caracteres próprios e efeitos jurídicos apreciáveis.

A novação pressupõe: 1º. O acordo das partes; 2º. Uma obrigação válida anterior; 3º. Ânimo de novar, expresso ou claramente deduzido dos termos da nova obrigação, porque, na falta desta intenção, subsistem as duas obrigações, vindo a segunda reforçar a primeira (art. 1.000, atual art. 361²²¹); 4º. validade da segunda obrigação.

Segundo Eduardo Espinola,

Na novação objetiva ou real, os sujeitos da obrigação – credor e devedor – continuam os mesmos; o que muda é o objeto. Com essa modificação, fica extinta a obrigação existente, surgindo outra em seu lugar. Assim, por exemplo, em lugar de dinheiro que é o objeto da obrigação, passa o devedor a ser obrigado ao pagamento de mercadorias. Há grande semelhança entre esse caso e a da dação em pagamento, o que levou o legislador alemão a reuni-los em uma só figura. A doutrina, em geral, e algumas legislações admitem efeito novatório nas contas correntes, embora salientem os autores que essa novação é de natureza particular.²²²

²¹⁶ **Art. 360.** Dá-se a novação:

- I - quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior;
- II - quando o novo devedor sucede ao antigo, ficando esse quite com o credor;
- III - quando em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este.

²¹⁷ **Art. 1.121.** Haverá *novação*, quando a obrigação se extinguir por ter-se contratado outra, que a substitui.

²¹⁸ **Art. 1.139.** Haverá *novação* quanto ao objeto das obrigações, se a nova obrigação, que substitui a anterior, for contratada sem intervenção de novo credor, ou devedor.

²¹⁹ **Art. 1.147.** Haverá *novação* quanto às pessoas, se a nova obrigação substituir a anterior, ou pela intervenção de um novo credor, ou pela de um novo devedor.

²²⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979. p. 126.

²²¹ **Art. 361.** Não havendo ânimo de novar, expresso ou tácito mas inequívoco, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira.

²²² ESPINOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações*. Campinas (SP): Bookseller, 2005. p. 148.

Francisco de Paula Lacerda de Almeida²²³ abordando os efeitos da novação faz a seguinte colocação:

A novação extingue a dívida antiga criando uma nova; a nova dívida, portanto, adquire existência com o desaparecimento da outra, a qual arrasta em sua extinção todas as qualidades, privilégios e garantias que lhe eram conexas.

Podem passar para a dívida nova as garantias acessórias da antiga, isto, porém, por força de novo pacto, do acordo que gerou a obrigação nova.

E por isso que, estipulada a reserva das cauções e acessórias da primeira dívida, a hipoteca não pode ter outra data que não a da nova obrigação, e não se podem prorrogar essas garantias sem anuência dos fiadores e garantidores hipotecários da antiga dívida: a novação celebrada entre credor e devedor é, com efeito, em relação àqueles garantidores, *res inter alios acta*.

Mas o próprio devedor hipotecário, novando a dívida, pode estipular que passe a hipoteca para a dívida nova com a mesma data, contanto, porém, que a nova dívida não seja mais extensa que a antiga.²²⁴ Para cobrir o excedente da nova só poderá o devedor prover hipotecando com a data desta.

Enfim, objetiva a novação criar e extinguir relação jurídica por efeito do mesmo ato jurídico.

f) Pela compensação

A compensação é um instituto que trata da reunião de créditos entre duas pessoas ao mesmo tempo credoras e devedoras, uma na outra, a fim de extinguir total ou parcialmente as dívidas até os valores se compensarem.

O Código Civil trata da compensação no artigo 368²²⁵, da mesma forma que tratava o artigo 1.009²²⁶, do Código Civil revogado. No dizer de Clóvis Beviláqua²²⁷, “Compensação é a extinção recíproca de obrigações até a concorrência de seus respectivos valores, entre pessoas que são devedoras uma da outra.”

²²³ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Cruz Coutinho. p. 343, 343.

²²⁴A razão que dá este autor é que se não pode transferir o que não existe; mas a razão prática e o interesse de outros credores, que poderiam ser prejudicados, se a sombra da novação pudesse o devedor contrair maiores dívidas com a garantia hipotecária existente.

²²⁵**Art. 368.** Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.

²²⁶**Art. 1.009.** Se duas pessoas forem, ao mesmo tempo, credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.

²²⁷BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979. p. 132.

A compensação é *legal*, quando resulta da lei, independente da vontade das partes, e, ainda, quando uma das partes se oponha. (Não pode o juiz declará-la de ofício, deve ser alegada; mas seus efeitos retroagem à data em que se verificou). É *voluntária* ou convencional, quando resulta de acordo das partes, e pode compreender até dívida ainda não exigível. (Na compensação voluntária não há efeito retroativo – os seus efeitos remontam ao tempo do acordo compensatório). Existe ainda uma terceira espécie apontada pelos doutrinadores, que é a compensação *reconvencional* ou judicial, quando oposta pelo réu na contestação da lide, é, afinal, declarada pelo juiz. O Código Civil não reconhece esta espécie, nem a conhecia no direito anterior, porque não há necessidade de identificar a compensação com a reconvenção, que tem sua individualidade própria.

O professor Washington de Barros Monteiro²²⁸ define a compensação como:

A extinção de duas obrigações, cujos credores são ao mesmo tempo devedores um do outro. A compensação será *total*, se de valores iguais as duas obrigações. *Parcial*, no caso em que, sendo de valores desiguais, a extinção se processa até a concorrência dos respectivos valores.

Ainda nas lições do professor Monteiro, seus pressupostos são os que se seguem: a) reciprocidade das dívidas; b) dívidas líquidas; c) dívidas vencidas; d) dívidas homogêneas. É o que dispõe o artigo 369, do Código Civil: “a compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis”.

Reciprocidade das dívidas é quando um débito do devedor corresponda crédito deste contra o credor. Se não houver dívida do credor para com o devedor, inexistente a possibilidade de compensação.

Dívidas líquidas – só as dívidas líquidas são compensáveis. Dívida líquida é aquela obrigação certa quanto à existência, e determinada quanto ao objeto. Portanto, determinada pela natureza, qualidade e quantidade e tem um número certo.

Dívidas vencidas – é requisito do instituto que as dívidas estejam vencidas, isto é, tenha-se operado o vencimento, normal ou antecipado (artigos 331, 332 e 333, do Código Civil).²²⁹ Sendo vincenda, a dívida é incompensável.

²²⁸MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Direito das Obrigações. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 298.

Dívidas homogêneas – a dívida tem que ser homogênea, isto é, que elas sejam fungíveis entre si. Dívidas em dinheiro só podem ser compensadas por dívidas em dinheiro, dívidas de soja só se compensam por dívidas de soja. Não é possível fazer compensação com coisas diversas, isto é, dívidas em dinheiro com dívidas de soja.

g) Pela transação

A transação pode definir-se como a convenção que se destina a prevenir ou terminar um litígio mediante concessões recíprocas ou, em outros termos, o ato jurídico bilateral (contrato), que tem por fim remover a incerteza de um direito, ou a insegurança do seu cumprimento, por meio de concessões de ambas as partes.²³⁰

Diz ainda que a palavra transação, em sentido amplo, é empregada para significar qualquer negócio, qualquer operação econômica civil ou comercial, mas em linguagem técnica, exprime uma convenção, por cujo meio, fazendo concessões recíprocas, as partes resolvem uma situação jurídica litigiosa ou duvidosa.

Os códigos modernos divergem profundamente, não somente quanto à taxionomia, como também no que diz respeito às disposições especiais reguladoras do instituto. Assim também a doutrina.

Entendem alguns que a transação, caracterizando-se principalmente pelo seu fim, se aplica aos direitos em geral (ressalvado os direitos de família puros), devendo, portanto, ser classificada na parte geral; outros acreditam que o seu lugar próprio é a parte especial das obrigações, colocando-a na parte geral (assim o nosso Código, o argentino e o peruano).

²²⁹ **Art. 331.** Salvo disposição legal em contrário, não tendo sido ajustada época para o pagamento, pode o credor exigí-lo imediatamente.

Art. 332. As obrigações condicionais cumprem-se na data do implemento da condição, cabendo ao credor a prova de que deste teve ciência o devedor.

Art. 333. Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código:

- I - no caso de falência do devedor, ou de concurso de credores;
- II - se os bens, hipotecados ou empenhados, forem penhorados em execução por outro credor;
- III - se cessarem, ou se se tornarem insuficientes, as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las.

Parágrafo único. Nos casos deste artigo, se houver, no débito, solidariedade passiva, não se reputará vencido quanto aos outros devedores solventes.

²³⁰ ESPINOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações*. Campinas (SP): Bookseller, 2005. p. 196-198.

O Código Civil trata do instituto da transação no artigo 840²³¹, não sendo atingido por nenhuma espécie de modificação, constante no artigo 1.025, do Código civil revogado. Objetiva a transação prevenir ou por fim a um litígio, fazendo-se concessões recíprocas. Clóvis Beviláqua define a transação como sendo:

Um ato jurídico, pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas. Pressupõe dúvida ou litígio a respeito da relação jurídica. É a transformação de um estado jurídico inseguro em outro seguro e a obtenção desse resultado pela troca de prestação equivalente. Esta reciprocidade é da sua essência. Sem ela a transação seria uma liberalidade.²³²

A lei proíbe a determinadas pessoas transigir. São elas, o tutor, em relação aos negócios do pupilo; o curador, em relação aos negócios do curatelado; o procurador, sem poderes especiais; o incapaz. O tutor e o curador podem, entretanto, ser autorizados pelo juiz a transigir.

O *Esboço*, por Augusto Teixeira de Freitas, definia a transação no artigo 1.196, como: “Haverá transação, no sentido deste Capítulo, quando por composição entre as partes extinguirem-se obrigações litigiosas, ou duvidosas.”²³³

No artigo seguinte, Freitas, definindo a transação como contrato, dispôs como regra a observância sobre a capacidade para contratar, e sobre o objeto, modo, forma, prova e nulidade dos contratos, observando-se as proibições de contratar.

O Código Civil português²³⁴, no Título “Dos contratos em especial”, trata da Transação, no artigo 1.248º (Noção) nos seguintes termos:

1. Transação é o contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões.
2. As concessões podem envolver a constituição, modificação ou extinção de direitos diversos do direito controvertido.

²³¹ **Art. 840.** É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

²³² BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

²³³ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983. p. 272.

²³⁴ BASTOS, Jacinto Rodrigues. *Código Civil português*. Anotado e actualizado. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 397

O artigo 1249º (matérias insuceptíveis de transação) dispõe: “As partes não podem transigir sobre direitos de que lhes não é permitido dispor, nem sobre questões respeitantes a negócios jurídicos ilícitos.”.

O Código Civil chileno²³⁵ trata da transação nos artigos 2.446 e seguintes, também na mesma linha das considerações aqui tratadas.

Art. 2.446. La *Transacción* és un contrato em que lãs partes terminan extrajudicialmente um litígio pendente, o precaven um litígio eventual.

No ES transacción El acto que solo consiste em La renuncia de um derecho que no se disputa.

Art. 2.447. No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos em la transacción.

Com relação à natureza jurídica da transação sempre foi objeto de discussões, especialmente, com relação ao Código Civil revogado.

Alguns doutrinadores entendiam que a transação seria um contrato, porque é um ato jurídico bilateral, consensual, atribuindo direitos e deveres, sujeitando o inadimplente às cominações legais e contratuais.

Outros entendiam que a transação não era um contrato, mas um meio de extinção de uma obrigação, filiando-se ao legislador, sob o fundamento de que a transação não cria nova obrigação, não modifica as obrigações contratuais, pois tem o instituto por finalidade, extinguir uma obrigação duvidosa ou um litígio.

Na atual codificação, a questão parece resolvida. A transação passou a figurar no título que trata das “várias espécies de contratos” e não mais nos meios indiretos de pagamento.

h) Pela confusão

A confusão em sentido técnico jurídico é o modo de extinguir uma obrigação, pela reunião, na mesma pessoa, das qualidades de credor e devedor. A confusão não é pagamento. Decorre da concentração para as mãos de uma só pessoa das qualidades de credor e devedor.

²³⁵GRANDON, Javier Bariantos. *Código Civil*. Anotaciones y Concordâncias. Índice Temático. Chile: Lexis Nexis, 2008.

Pontes de Miranda²³⁶ trata do instituto da confusão em seu conceito como a *mesmeidade do titular*:

Se o crédito e a dívida se reúnem na mesma pessoa, isto é, se a mesma pessoa, que era devedor, passa a ser *também* credor, ou a que era credor passa a ser devedor, extingue-se, *de regra*, a relação jurídica, pelo princípio de que ninguém pode ser credor de si mesmo uma vez que o fim foi obtido. Há, então, o fato da *confusio*, confusão, tal como se o devedor herda do credor, ou se o credor cedeu ao devedor o crédito.

O instituto da confusão, artigo 381²³⁷, do Código Civil, não sofreu nenhuma alteração legislativa, repetindo a regra contida no artigo 1.049, do Código Civil revogado. No *Esboço*, a regra vinha estampada no artigo 1.187.²³⁸

O artigo seguinte do *Esboço* dispõe que a “confusão produzirá seus efeitos de extinguir a dívida com todos os seus acessórios, ou tenha sido determinada por sucessão a título universal, ou por qualquer outra causa”.²³⁹

A oposição entre duas situações – poder de um lado e dever de outro – decorrente do direito obrigacional são porções contrárias que, via de regra se eliminam. Não é necessário que todo sujeito ativo e passivo da relação contratual se concentrem numa só pessoa para que ocorra a confusão. Pode ela se sujeitar à apenas uma parte do débito.

O Código Civil português, no artigo 868^o ao tratar da confusão, dispõe que: “Quando na mesma pessoa se reúnam as qualidades de credor e devedor da mesma obrigação, extinguem-se o crédito e a dívida.”

Importante ressaltar, que se a confusão se der na obrigação principal, extingue-se as acessórias, fianças, cauções, penhores, etc., mas se a confusão se der na obrigação acessória, não se extingue a obrigação principal, como no caso do fiador se tornar devedor da dívida afiançada, a fiança se extingue, mas subsiste a obrigação principal.

²³⁶MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 25, p. 31 .

²³⁷**Art. 381.** Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor.

²³⁸**Art. 1.187.** Haverá *confusão*, no sentido deste capítulo, quando uma só obrigação se extinguir, por concorrerem na mesma pessoa as qualidades de credor e de devedor.

²³⁹FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983.

Os requisitos ou condições da confusão se resumem em: a) agrupamento de créditos e débitos na mesma relação jurídica; e b) patrimônios distintos.

A confusão independe de declaração de vontade, ocorrendo de pleno direito pelo preenchimento de seus requisitos elementares.

O artigo 383²⁴⁰, do Código Civil, trata da solidariedade na confusão que, conforme Clóvis Beviláqua²⁴¹,

Conseqüentemente, se há outras pessoas na relação, credores ou devedores como no caso de solidariedade, somente aquela, a respeito da qual se operou a confusão colhe a vantagem decorrente; os outros continuam unidos pelo vínculo da obrigação deduzida, naturalmente, a parte correspondente ao consorte com o qual se operou a confusão. [...] O efeito extintivo da confusão é meramente subjetivo.

O importante, no vínculo de solidariedade, tanto ativa como passiva, é observar o seguinte: a) Se a confusão se der na pessoa do *devedor solidário*, este recebe seus reflexos. A obrigação se extingue até a sua cota parte no débito, subsistindo a solidariedade com relação aos demais co-devedores solidários, que ficam obrigados pelo remanescente; b) se a confusão se der com relação ao *credor solidário*, fica extinta a obrigação até completar a sua cota parte no crédito, subsistindo a solidariedade, com relação aos demais co-credores, pelo valor remanescente.

Se a relação jurídica for complexa, a extinção ocorre com relação ao credor ou devedor alcançado pela confusão.

i) Pela remissão

A remissão é a liberação de um ônus, de um direito, de uma obrigação, ou de bens que são objeto de gravame. É a renúncia voluntária e graciosa ou do perdão da dívida em benefício do credor. E a remissão de dívida é quando alguém renuncia, gratuitamente, os seus direitos creditórios em proveito do próprio devedor, eximindo-o, assim, da obrigação.

²⁴⁰ **Art. 383.** A confusão operada na pessoa do credor ou devedor solidário só extingue a obrigação até a concorrência da respectiva parte no crédito, ou na dívida, subsistindo quando ao mais a solidariedade.

²⁴¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979. p. 166-167.

As denominações, *remissão da dívida* ou *renúncia da dívida*, são empregadas como expressões sinônimas, produzindo os mesmos efeitos.

O Código Civil trata da remissão das dívidas, no artigo 385²⁴², não tendo disposição correspondente no Código Civil revogado de 1916, o que não significa que a remissão seja instituto novo.

Augusto Teixeira de Freitas, no *Esboço*, tratava da remissão, no artigo 1.220: “A remissão é voluntária, ou forçada. Não haverá *remissão forçada* senão em favor de comerciantes falidos, nos casos, e pelo modo, e forma, que se regular no Código do Comércio.”²⁴³

Objetiva o referido princípio consagrar a remissão ou o pagamento por remissão, meio extintivo da relação jurídica obrigacional, ressaltando direitos de terceiros.

Para que a obrigação seja extinta pelo instituto da remissão é imprescindível que o devedor aceite expressa ou tacitamente a condição. Caso se oponha o devedor à remissão, nada o impedirá de efetuar o pagamento.

Os pressupostos para que se consuma a remissão é o ânimo de perdoar pelo credor e a aceitação do perdão pelo devedor.

Também é bom esclarecer que o instituto da *remissão* que estamos tratando, *ato de perdoar*, ou ainda, ato de renunciar total ou parcialmente o direito a certo crédito, exonerando o devedor da obrigação, não se confunde com a *remição*, que indica *ato de resgatar*, liberar de um ônus, de uma dívida, de uma execução.

Paulo Luiz Netto Lobo²⁴⁴, faz a seguinte observação com relação a posição doutrinária:

A doutrina distingue, com razão a remissão do chamado *pacto de non petendo*, isto é, a promessa do credor feita ao devedor de não exercitar o crédito, não prevista expressamente no direito brasileiro, mas com ele compatível. O devedor não fica liberado mediante esse pacto, que unicamente lhe dá a possibilidade de opor uma exceção ao exercício do crédito. A obrigação permanece suscetível de adimplemento, mas o crédito

²⁴² **Art. 385.** A remissão da dívida, aceita pelo devedor, extingue a obrigação, mas sem prejuízo de terceiros.

²⁴³ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983. p. 277.

²⁴⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 259.

não é exigido. O pacto pode estar ou não submetido a prazo; no primeiro caso, leva a efeito uma prorrogação (isto é, uma demora no vencimento); no segundo, aproxima-se muito da remissão.

O Direito português, seguindo o Direito alemão, considerou a remissão como um contrato, conforme disposto no artigo 863, nº 1: “O credor pode remitir a dívida por contrato com o devedor”. No Direito brasileiro, Pontes de Miranda entende que a remissão é um contrato, apesar da legislação civil revogada não a ter definida como tal. Caio Mário da Silva Pereira, define a remissão como sendo uma “particular espécie de renúncia”, e Miguel Maria de Serpa Lopes e Silvio Rodrigues, definem a remissão, como um ato “tipicamente sinalagmático”, inconfundível com a doação e com a renúncia.

Judith Martins-Costa²⁴⁵ entende que a remissão se apresenta como *contrato gratuito*, apesar da ausência de definição no Código Civil. E esclarece: “Qualifica-se, assim, a remissão, como o contrato entre credor e devedor destinado a extinguir determinada relação obrigacional entre eles existentes.”.

j) Pela prescrição

A prescrição em sentido amplo é a renúncia tácita, presumida pela lei, que alguém faz do seu direito, por deixar de exercitá-lo dentro de certo lapso de tempo. O Código Civil francês, no mesmo artigo, tratou da prescrição extintiva e aquisitiva, diferentemente do nosso sistema que os desvinculou dos atos jurídicos, passando a figurar no direito das coisas, sob a denominação de usucapião.

Os pressupostos que ensejam a prescrição decorrem da: a) necessidade de delimitar um tempo de exigibilidade da obrigação no interesse da ordem jurídica e do interesse e harmonia social; b) proteção ao devedor; e, c) inércia do credor.

O Código Civil, nos artigos 197 a 201, enumera as causas que *suspendem* ou *impedem* a prescrição. Não corre a prescrição: a) entre os cônjuges, na constância do casamento; b) entre os ascendentes e descendentes, durante o poder familiar; c) entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela; d) contra os absolutamente incapazes (menores de dezesseis anos, os

²⁴⁵MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Do Direito das Obrigações. (Arts. 304 a 388). Rio de Janeiro: Forense, 2005. Tomo I. v. V, p. 696-697.

enfermos ou deficientes mentais, os que não puderem exprimir sua vontade, mesmo que transitoriamente); e) contra os ausentes do País; f) os que estiverem servindo as forças armadas, em tempo de guerra; g) pendendo condição suspensiva; h) não estando vencido o prazo; e, i) pendendo ação de evicção.

Também não correrá a prescrição, quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, antes da respectiva sentença definitiva (art. 200, Código Civil).

Igualmente, suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, só aproveitam os outros se a obrigação for indivisível (art. 201, do Código Civil).

Já os artigos 202 a 204, do Código Civil, cuidam das causas que *interrompem* a prescrição, que são as seguintes: a) por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual; b) por protesto; c) por protesto cambial; d) pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores; e) por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; e, f) por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

O parágrafo único do artigo 202, do Código Civil, dispõe que: “A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper”. E o artigo 203, dispõe que: “A prescrição pode ser interrompida por qualquer interessado.”.

Eduardo Espinola²⁴⁶ diz que,

A prescrição consiste na transformação de um estado de fato em uma situação de direito, pelo decurso do tempo. Essa transformação pode tanto referir-se á aquisição como á perda dos direitos: daí a distinção entre prescrição *aquisitiva* e prescrição *extintiva*.

Diz ainda o citado professor, que independente da discussão sobre o fundamento jurídico e a classificação do instituto da prescrição, a par das críticas ou justificativas, não há como se negar, a sua utilidade social e a sua correspondência às necessidades indispensáveis da segurança dos direitos, elementos dos mais importantes da coexistência harmônica da humanidade.

Segundo Maria Helena Diniz²⁴⁷,

Para resguardar seus direitos, o titular deve praticar atos conservatórios como: protesto; retenção (CC, art. 1.219); arresto; seqüestro; caução fidejussória ou real; interpelações judiciais para constituir devedor em mora. E, quando sofrer ameaça ou violação, o direito subjetivo é protegido por meio de ação judicial. Nasce, então, para o titular a pretensão, que se extinguirá nos prazos prescricionais arrolados nos arts. 205 e 206. A prescrição é fator de extinção da pretensão, ou seja, do poder de exigir uma prestação devida em razão de inércia, deixando escoar o prazo legal.

²⁴⁶ESPINOLA, Eduardo. *Systema do Direito Civil brasileiro*. Introdução e parte geral. Bahia: Reis & C., 1908. v. I, p. 518-519.

²⁴⁷DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 224-225

4 CLÁUSULA PENAL. FIGURAS AFINS

4.1 Multa

Segundo De Plácido e Silva²⁴⁸, “Do latim *mulcta* ou *multa*, entende-se, por seu sentido originário, a *pena pecuniária*.

É, assim, em sentido amplo, a sanção imposta à pessoa, por infringência a regra ou ao princípio de lei ou ao contrato, em virtude do que fica na obrigação de pagar certa importância em dinheiro.

Segundo a natureza do ato ou do fato, que a motiva, a multa toma várias denominações. Diz-se multa *civil, compensatória, convencional, fiscal, moratória* ou *penal*.

Multa civil é expressão usada para indicar as sanções pecuniárias impostas pela lei civil, em distinção às que resultam de imposição penal, em virtude de crime ou contravenção.

Multa compensatória é a que se institui no contrato, representando a *prévia determinação* dos prejuízos, que possam advir pela inexecução do contrato, como *indenização* ou *pagamento*, que venha *contrabalancear* o montante dos mesmos prejuízos.

A *multa compensatória*, que se distingue pelo caráter de indenização que traz consigo, é também conhecida pelas denominações de *multa contratual, multa convencional, pena convencional* ou *cláusula penal*.

Multa convencional é a denominação genérica dada a toda cláusula contratual, em que se estipula uma *soma em dinheiro* a ser paga a um dos contratantes por aquele que não cumpre regularmente as obrigações assumidas no contrato.

²⁴⁸SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. [verbete *multa*]. p. 935.

Multa fiscal é a imposição *pecuniária* devida pela pessoa, por decisão da autoridade fiscal, em face de *infração* às regras instituídas pelo Direito Tributário. Semelhante a multa compensatória, apresenta-se, às vezes, como indenização à fraude fiscal praticada.

Multa moratória também dita de *pena moratória* é a que se fixa para pagamento, quando ocorre o *retardamento na execução da obrigação contratada*.

Multa penal assim se diz da obrigação de pagar certa soma em dinheiro, quando derivada de imposição de “*pena criminal*.”

4.2 Multa Simples

Apesar do entendimento de que o termo *multa* seja sinônimo de *cláusula penal*, o professor Silvio de Salvo Venosa diz que *multa* é o termo que possui concepção mais ampla.

Há quem denomine *multa simples*, para distinguir da cláusula penal, aquelas imposições gerais punitivas para a infração de certos deveres, como, por exemplo, o dever de lealdade do empregado no contrato de trabalho e a multa derivada das infrações de regras de trânsito. Essas multas têm o caráter preponderantemente inibitório e coercitivo e não se confundem com a multa contratual ora vista, que busca uma prefixação de indenização.

O artigo 410, do Código Civil²⁴⁹ traduz no seu texto uma multa em *benefício do credor*. Nada impede que o contrato estipule uma *multa em benefício do devedor*, outorgando a este a possibilidade de cumprir o contrato ou pagar a multa, que nesse caso a doutrina denomina por vezes multa penitencial. Essa modalidade estabelece a alternativa para o devedor cumprir o contrato ou pagar a multa, aspecto que afasta essa modalidade da cláusula penal tradicional ou pura. Importa sempre verificar no contrato qual a intenção das partes ao estabelecer a facultatividade em prol de uma ou de outra parte, porque certamente serão diversos os efeitos práticos e processuais.

A cláusula penal não se confunde com outras figuras que erroneamente assim se qualificam ou com as quais se parece, esclarece o professor Orlando Gomes.²⁵⁰ Assim, a *multa simples*, chamada *cláusula penal pura*, que consiste numa soma a pagar, a título de pena pela infração de certos deveres contratuais, não é propriamente *cláusula penal*, pois não se refere a obrigação do ressarcimento.

²⁴⁹**Art. 410.** Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

²⁵⁰GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 193, 194.

É frequente a confusão entre *cláusula penal* e *multa penitencial*, mas se distinguem nitidamente. A *multa penitencial* é o correspectivo do *jus poenitendi*, verificando-o quando as partes se reservam a faculdade de rescindir o contrato sob a condição de pagar a quantia fixada para esse fim. Prevê-se uma alternativa: conservar o vínculo ou pagar a multa. Se de *cláusula penal* se tratar, o devedor não se exonera da obrigação, oferecendo a importância predeterminada como indenização.

Nas arras penitenciais, a quantia estipulada é o correspectivo do direito de arrependimento antes de concluído o contrato, e não a indenização por inadimplemento, como na cláusula penal.

Nelson Rosenthal²⁵¹ esclarece que:

A Multa Penitencial reveste-se de considerável importância prática, dado o seu freqüente emprego no tráfico jurídico.

Sua característica marcante consiste em ser uma estipulação por meio da qual os contratantes estipulam uma soma que, em caso de o devedor exercer a faculdade de arrependimento, servirá como forma de pagamento ao credor. Em virtude da multa penitencial, o devedor pode desistir livremente do negócio jurídico, oferecendo o pagamento da multa convencional sem que o credor tenha o direito de insistir na execução específica da obrigação ou de pretender qualquer coisa a título de indenização por perdas e danos.

Prossegue o referido professor enfatizando que: “O Código Civil de 2002, à semelhança de seu antecessor e dos códigos que seguiram o sistema francês, nada dispõe acerca da multa penitencial. Porém, não há óbice em sua estipulação, tanto por se mostrar uma densificação do princípio da autonomia, como pelo fato de nada possuir de ilícito – seja por ilegal ou por ilegítimo – a aposição de cláusula que faculte ao devedor a exoneração do negócio jurídico.

4.3 Arras ou Sinal

Washington de Barros Monteiro²⁵² aponta as analogias e diferenças com a cláusula penal e com as obrigações alternativas dizendo que,

O sinal ou arras tem grande afinidade com a cláusula penal. Propõem-se ambos a um fim comum, o de assegurar o cumprimento da obrigação e a eventual indenização dos danos; em ambos, atributos existem que são promíscuos, como o seu caráter acessório, relativamente à obrigação a que aderem, e a idéia de alternância entre o cumprimento desta e a satisfação

²⁵¹ ROSENTHAL, Nelson. *Cláusula penal*. A pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 161.

²⁵² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Direito das Obrigações. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 356, 357.

da pena. Por isso, não faltam juristas que consideram as arras como pertencentes à mesma família da cláusula penal, como uma de suas modalidades.

Não obstante a presença desses pontos comuns, a verdade é que elas se distinguem de modo nítido. Com efeito, na cláusula penal, prestação alguma é necessária para aperfeiçoá-la ou complementá-la; uma das partes nada tem a entregar à outra, em segurança do negócio avençado. Já nas arras, existe a entrega de dinheiro, ou de coisa fungível, no ato constitutivo da obrigação, designada indiferentemente ora por *sinal*, ora por *arras*.

E resume: cláusula penal é prestação apenas prometida, enquanto o sinal é prestação já realizada; aquela é simples promessa de prestação, esta prestação consumada. Arras (quando confirmatórias) constituem espécie de pena convencional, paga, porém, por antecipação.

As arras também se aproximam das obrigações alternativas; nestas, existem duas ou mais prestações iguais, entre as quais o devedor ou o credor pode escolher (Código Civil de 2002, art. 252).²⁵³ Nas arras existe, também, esse sentido de alternância, já que o contratante pode optar entre a execução do contrato e o direito de arrepender-se. Mas a diferença está em que, nas primeiras, as duas prestações são principais, enquanto nas segundas o sinal corresponde a uma multa, de caráter acessório, no caso de arrependimento, ou a um começo de pagamento.

Francisco de Paula Lacerda de Almeida²⁵⁴ diz que:

²⁵³ **Art. 252.** Nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou.

§ 1º Não pode o devedor obrigar o credor a receber parte em uma prestação e parte em outra.

§ 2º Quando a obrigação for de prestações periódicas, a faculdade de opção poderá ser exercida em cada período.

§ 3º No caso de pluralidade de optantes, não havendo acordo unânime entre eles, decidirá o juiz, findo o prazo por este assinado para deliberação.

§ 4º Se o título deferir a opção a terceiro, e este não quiser, ou não puder exercê-la, caberá ao juiz a escolha se não houver acordo entre as partes.

²⁵⁴ ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Cruz Coutinho. p. 189 et seqs.

Um outro modo de reforço nos contratos comutativos²⁵⁵ é a entrega a uma das partes de uma coisa ou quantia²⁵⁶ em firmeza da obrigação assumida pela parte que entrega. Chama-se por isso *signal* ou *arrhas*,²⁵⁷ e tem a natureza de contrato real no sentido de que depende sua existência da efetiva tradição da coisa.

O signal, como a própria denominação indica, não é mais do que um meio de prova da vontade séria e firme de contractar. (pág. 190)

Nos contractos não solemnes, nos consesuaes especialmente, esta funcção do signal é importante, visto que a própria facilidade com que são realizados, pode dar lugar a equívocos e contestações.

É por isso, que, como o signal nestes contratos indica claramente que o accôrdo de vontades se realizou e o acto jurídico esta perfeito, deve quem o recebeu restituí-lo no caso de cumprir a outra parte a prestação a que se obrigou (exceto se o signal consistiu em dinheiro porque não é logo imputado no pagamento. SAVIGNY); deve restituí-lo igualmente quando o contracto não chegou a pôr-se em execução por efeito do caso fortuito; ou quando foi dissolvido por mutuo dissenso antes da execução, ou em virtude de condição resolutória.

Clóvis Beviláqua²⁵⁸ observa que: A função principal das arras, no sistema do Código Civil, é indicar que o contrato está, definitivamente, concluído e faz lei entre as partes (art. 1.094)²⁵⁹: as arras são confirmatórias. Outras funções elas ainda exercem, indicadas em seguida, porém são secundárias.

Ressalta ainda, Beviláqua, que convém não perder de vista que as arras, de que trata o Código Civil, são as dadas em sinal de estar definitivamente concluído o contrato (*arrha in signum, consensus interpositi data*), e não as dadas em sinal de que os contraentes se reservam a faculdade de se arrepender (*arrha quae ad jus poenitendi pertinet*), de que se encontra vestígio no art. 1.095²⁶⁰, e que são as do Código francês.

O vigente Código Civil trata das arras ou sinal, no artigo 417²⁶¹ da mesma forma que os tratava o Código Civil revogado, no artigo 1.096²⁶², sendo que, no

²⁵⁵A função de garantia recíproca bem deixa ver que só nos contractos commutativos é que tem cabimento o signal.

²⁵⁶“(...) e desse logo ao vendedor certo dinheiro em signal por segurança da compra (...)”.

²⁵⁷A denominação de *signal* refere-se a função de prova da seriedade e firmeza do contrato.

²⁵⁸BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979. p. 210 et seqs.

²⁵⁹**Art. 1.094.** O sinal, ou arras, dado por um dos contratantes firma a presunção de acordo final, e torna obrigatório o contrato.

²⁶⁰**Art. 1.095.** Podem, porém as partes estipular o direito de se arrepender, não obstante as arras dadas. Em caso tal, se o arrependimento for, o que as deu, perdê-las-á em proveito do outro; se o que as recebeu, restituí-las-á em dobro.

²⁶¹**Art. 417.** Se, por ocasião da conclusão do contrato, uma parte der à outra, a título de arras, dinheiro ou outro bem móvel, deverão as arras, em caso de execução, ser restituídas ou computadas na prestação devida, se do mesmo gênero da principal.

período de tramitação do projeto, não foi objeto de emenda, quer por parte do Senado Federal, quer por parte da Câmara dos Deputados.

Mário Luiz Delgado Régis, comentando a referida disposição²⁶³, esclarece que as

“Arras ou sinal é a quantia em dinheiro, ou outra coisa fungível, que um dos contratantes antecipa ao outro, com o objetivo de assegurar o cumprimento da obrigação, evitando o seu inadimplemento. Não se confunde com a cláusula penal, que só pode ser exigida após o inadimplemento, enquanto as arras são pagas de forma antecipada, justamente para evitar o descumprimento do contrato.

“Se a obrigação vem a ser cumprida normalmente, as arras deverão ser descontadas do preço ou restituídas a quem as pagou.”²⁶⁴

Segundo julgados citados por Maria Helena Diniz²⁶⁵:

As arras confirmatórias consistem na entrega de uma soma em dinheiro ou outro bem móvel, feita por uma parte a outra, em sinal de firmeza do contrato, tornando-o obrigatório e visando impedir o arrependimento de qualquer das partes, pois em caso de execução deverão ser restituídas ou computadas na prestação devida, se do mesmo gênero da principal.

Ressalte-se ainda, o artigo 420 do Código vigente²⁶⁶, não sofreu nenhuma alteração seja por parte do Senado Federal seja por parte da Câmara dos Deputados. Corresponde ao artigo 1.095²⁶⁷, do Código Civil de 1916. Disposição semelhante irá encontrar no artigo 218, do Código Comercial revogado, pelo atual Código Civil.²⁶⁸

²⁶² **Art. 1.096.** Salvo estipulação em contrário, as arras em dinheiro consideram-se princípio de pagamento. Fora esse caso, devem ser restituídas quando o contrato for concluído ou ficar desfeito.

²⁶³ FIUZA, Ricardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 372.

²⁶⁴ REGIS, Mário Luiz Delgado. *Código Civil comentado*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

²⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 401.

²⁶⁶ **Art. 420.** Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar.

²⁶⁷ **Art. 1.095.** Podem, porém, as partes estipular o direito de se arrepender, não obstante as arras dadas. Em caso tal, se o arrependido for, o que as deu, perdê-las-á em proveito do outro; se o que as recebeu, restituí-las-á em dobro.

²⁶⁸ **Art. 218.** O dinheiro adiantado antes da entrega da coisa vendida entende-se ter sido por conta do preço principal, e para maior firmeza da compra, e nunca com condição suspensiva da conclusão do contrato; sujeitando-se a perder a quantia adiantada, nem da parte do vendedor, restituindo-a, ainda mesmo que o que se arrepender se ofereça a pagar outro tanto do que houver pago ou recebido; salvo se assim for ajustado entre ambos como pena convencional do que se arrepender

Veja-se a propósito o *Esboço 2*, do Código Civil, por Augusto Teixeira de Freitas²⁶⁹, artigos 1.914 e seguintes:

Art. 1.914. O sinal não terá o efeito de facultar às partes arrepender-se do contrato, exceto:

§ 1º Quando a *cláusula de arrependimento* tiver sido expressamente estipulada;

§ 2º Quando se tiver estipulado a perda do sinal como pena do não cumprimento do contrato por alguma das partes;

§ 3º Se tendo de ser reduzido o contrato à escritura pública, se declarar, no respectivo instrumento particular, que nada há feito antes de se passar escritura pública.

Art. 1.915. Nos casos excepcionais do artigo antecedente os efeitos do sinal são os seguintes:

§ 1º Se o arrependido for quem deu o sinal, perdê-lo-á e a outra parte não terá direito para exigir mais alguma indenização;

§ 2º Se for quem recebeu o sinal, restitui-lo com outro tanto valor e a outra parte também não terá direito para exigir mais alguma indenização;

§ 3º Se o contrato não for cumprido por culpa de uma das partes, a outra parte terá o mesmo direito como no caso de arrependimento;

§ 4º Se o contrato se resolver por qualquer causa, é aplicável o disposto no art. 1.912, nº 4²⁷⁰;

§ 5º Depois que uma das partes houver cumprido o contrato no todo ou em parte, o arrependimento será impossível, se a outra parte não consentir (art. 1.003),²⁷¹

Art. 1.916. Em caso de dúvida, presumir-se-á que a quantia ou coisa adiantada em virtude do contrato foi dada em pagamento, ou por conta do pagamento.

Art. 1.917. *Cláusula de arrependimento vem a ser a condição pela qual uma das partes, ou cada uma delas, tem reservado a faculdade de arrepender-se do contrato durante um certo prazo.*

Não podemos confundir o **sinal** com a **pena convencional**. Enquanto a **pena convencional** é uma garantia para o credor; o **sinal**, via de consequência, é uma garantia para o devedor.

(art. 128). (**Art. 128.** Havendo no contrato pena convencional, se um dos contraentes se arrepender, a parte prejudicada só poderá exigir a pena (art. 218).).

²⁶⁹FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983. p. 360, 361.

²⁷⁰**Art. 1.912.** Em qualquer dos casos excepcionais do artigo antecedente, os efeitos do *sinal* são os seguintes:

(...)

4º Se o contrato se resolver, ou por efeito de uma condição resolutiva (art. 1.213, nº 2), ou por convenção posterior das partes (arts. 1.213, nº 4, e 1.218), ou por impossibilidade do pagamento (arts. 1.213, nº 5, e 1.228 a 1.236), o sinal no estado em que se achar será restituído a quem o deu, aplicando-se o disposto na Seção 1ª deste livro sobre os efeitos das obrigações de restituir.

²⁷¹**Art. 1.003.** Ainda que o devedor tenha direito de arrepender-se, pagando a pena ou multa; será impossível o arrependimento, depois que tiver cumprido a obrigação no todo ou em parte.

Na **pena convencional** o devedor não pode eximir-se da obrigação escolhendo por pagar a pena; no **signal**, o devedor fica no direito de não cumprir a obrigação, estipulando a perda do **signal**.

Esse instituto tem vias diferentes. Enquanto a *cláusula penal* objetiva dar garantias ao credor, dispensando-o da prova do dano e garantindo a exigência da indenização fixada como pena, a *multa* instituída em benefício do devedor, objetiva resguardá-los dos efeitos do arrependimento, no caso de rescisão contratual. Ambos são, portanto, indenização pré-fixada.

Nas obrigações com fixação de *cláusula penal* o credor tem a faculdade de executar a obrigação principal ou a cláusula penal e ao devedor não é dado a escolha de exonerar-se da obrigação principal, mediante o pagamento da quantia fixada a título de cláusula penal.

Já na **arras penitenciais** o credor não tem opção de escolha. Ele é obrigado a aceitar a quantia dada pelo devedor a título de **signal**, exonerando-se o devedor do vínculo obrigacional, que fica definitivamente resolvido por força do arrependimento.

4.4 Obrigações Alternativas

Denomina-se obrigação alternativa, quando na obrigação se estipulam prestações distintas e independentes, bastando que uma delas seja cumprida. Tito Fulgêncio²⁷² diz que obrigação alternativa é aquela em que duas ou mais prestações são devidas de tal maneira que uma ou outra somente deve ser efetuada.

Paulo Luiz Netto Lôbo²⁷³, diz que:

[...] alternativa é a obrigação que contenha duas ou mais prestações, mas que apenas uma possa ser cumprida, mediante escolha do devedor, preferencialmente, ou do credor. Se a determinação depender de outra circunstância que não a vontade, não será obrigação alternativa.

²⁷²FULGÊNCIO, Tito. *Do direito das obrigações*. Das modalidades das obrigações. (Arts. 863-927). Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 145.

²⁷³LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 134.

Esclarece ainda o citado professor, que o crédito é um só, uma só a obrigação. Esta é que falta ser determinada, dentre as alternativas postas, por quem pode escolhê-la. A obrigação alternativa difere da de *dar* coisa incerta, porque nesta a prestação é certa e incerta a coisa até ser escolhida, e naquela a incerteza é da própria prestação até ser acolhida. Se a escolha apenas diz respeito ao modo de execução do adimplemento, não há obrigação alternativa. “Larenz indica como exemplo dessa inexistência a escolha do devedor entre o pagamento em dinheiro e a transferência bancária, pois não há duas alternativas para prestar, mas apenas modos de fazê-lo.”

Tito Fulgêncio explica que duas ou mais prestações quer dizer, pluralidade de objetos da obrigação, positivos, negativos, de dar ou reais, de fazer ou pessoais, enumerados, possivelmente combinados.

E nisso, continua, se distingue da obrigação simples, que tem uma só prestação, o que, aliás, na prática nem sempre se revela com nitidez.

Jeferson Daibert²⁷⁴ menciona o conceito de Paulo Dourado de Gusmão: “Obrigação alternativa é aquela em que, havendo mais de uma prestação, o devedor exonera-se, executando uma delas, cabendo-lhe no silêncio do título, a faculdade de escolha.”

Diz que em princípio, toda obrigação alternativa é de coisa indeterminada, porém, determinável, porque ao devedor, ou ao credor, caberá escolher qual dos objetos liquidará a obrigação, em qual deles se concentrará, conseqüentemente, a obrigação assumida.

Pontes de Miranda²⁷⁵ diz que as obrigações alternativas decorrem do negócio jurídico e da lei.

As obrigações alternativas emanam de negócio jurídico, especialmente contratos e legados (nada obsta a que se prometa, unilateralmente, com alternatividade), ou da lei. É exemplo de obrigação alternativa oriunda da lei a de executar, que tem o mandatário, se fez contrato em nome do mandante, e esse não ratificou a falta de poderes, que o terceiro desconhecia (arg. aos arts. 1.304 e 1.305 do Código Civil).²⁷⁶

²⁷⁴DAIBERT, Jefferson. *Das obrigações*. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 77 et seqs.

²⁷⁵MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 22, p. 127.

²⁷⁶**Art. 1.304.** Sendo dois ou mais os mandatários nomeados no mesmo instrumento, entender-se-á que são sucessivos, se não forem expressamente declarados conjuntos, ou solidários, nem especificamente designados para atos diferentes.

O dispositivo que trata das obrigações alternativas no Código Civil vigente não sofreu qualquer tipo de modificação em relação ao Código Civil revogado, apenas teve acrescentado os parágrafos terceiro e quarto.

Cuidam das obrigações alternativas os artigos 252 a 256²⁷⁷, do Código Civil vigente. O Código Civil revogado nos artigos 884 a 888, no *Esboço do Código Civil*, de Augusto Teixeira de Freitas, cuidou do instituto, os artigos 955 a 962.

A inovação implementada modifica o direito anterior (art. 884 do CC/1916), acrescentado os parágrafos 3º e 4º.

O parágrafo 3º cuida da pluralidade de optantes, prevendo que “não havendo acordo unânime entre eles, decidirá o juiz, findo o prazo por este assinado para a deliberação”.

O professor Silvio de Salvo Venosa²⁷⁸, diz que alguns autores contestam essa solução, sustentando que deveria prevalecer a vontade da maioria, qualificada pelo valor das respectivas quotas-partes.

O parágrafo 4º trata da hipótese de opção deferida a terceiro, dispondo que se “este não quiser ou não puder exercê-la, caberá ao juiz a escolha se não houver acordo entre as partes”. Assim sendo, no caso de recusa ou impossibilidade do

Art. 1.305. O mandatário é obrigado a apresentar o instrumento do mandato às pessoas, com quem tratar em nome do mandante, sob pena de responder a elas por qualquer ato, que lhe exceda os poderes.

²⁷⁷**Art. 252.** Nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou.

§ 1º Não pode o devedor obrigar o credor a receber parte em uma prestação e parte em outra.

§ 2º Quando a obrigação for de prestações periódicas, a faculdade de opção poderá ser exercida em cada período.

§ 3º No caso de pluralidade de optantes, não havendo acordo unânime entre eles, decidirá o juiz, findo o prazo por este assinado para a deliberação.

§ 4º Se o título deferir a opção a terceiro, e este não quiser, ou não puder exercê-la, caberá ao juiz a escolha se não houver acordo entre as partes.

Art. 253. Se uma das duas prestações não puder ser objeto de obrigação ou se tornada inexecutível, subsistirá o débito quanto à outra.

Art. 254. Se, por culpa do devedor, não se puder cumprir nenhuma das prestações, não competindo ao credor a escolha, ficará aquele obrigado a pagar o valor da que por último se impossibilitou, mais as perdas e danos que o caso determinar.

Art. 255. Quando a escolha couber ao credor e uma das prestações tornar-se impossível por culpa do devedor, o credor terá direito de exigir a prestação subsistente ou o valor da outra, com perdas e danos; se, por culpa do devedor, ambas as prestações se tornarem inexecutíveis, poderá o credor reclamar o valor de qualquer das duas, além da indenização por perdas e danos.

Art. 256. Se todas as prestações se tornarem impossíveis sem culpa do devedor, extinguir-se-á a obrigação.

²⁷⁸VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2, p. 106.

terceiro, a escolha é transferida ao juiz, permanecendo íntegro o vínculo obrigacional.

As obrigações podem ser compostas, múltiplas no seu objeto, ou simples. A multiplicidade das prestações, a seu turno, será cumulativa ou alternativa, também chamada disjuntiva. Diz-se que a obrigação é *alternativa*, quando há mais de uma prestação a cumprir, e o devedor se exonera, satisfazendo uma delas; porque, se há mais de um objeto, somente um deles tem de ser prestado: *plures sunt res in obligatione, sed una tantum in solutione*.

É uma obrigação indeterminada; por isso o credor não pode pedir uma das prestações, se o título não lhe confere escolha. O seu pedido há de ser alternativo. Feita a escolha, concentra-se a obrigação, especializa-se. A concentração não depende da aceitação da outra parte. É o devedor que, ordinariamente, escolhe. “O exercício dessa faculdade é um ato unilateral, que produz os seus efeitos desde que se manifesta segundo ensina JHERING”.²⁷⁹

Não se pode confundir teoricamente a obrigação com cláusula penal com a obrigação alternativa.

Entretanto, a semelhança que entre elas existe é que em ambas há duas coisas, das quais somente uma deve ser definitivamente prestada.

A alternativa, porém, é uma obrigação única, compreendendo duas prestações, de modo tal que, se uma perecer por caso fortuito, a obrigação continua a subsistir, pois que tem ainda um objeto. Na obrigação com cláusula penal, ao contrário, as duas prestações constituem objeto de obrigações diferentes, uma principal, outra acessória. De modo que, se a prestação da obrigação principal perecer por caso fortuito, a acessória desaparece.²⁸⁰

4.5 Condição

Diz-se da cláusula, segundo a qual o efeito da vontade declarada no ato jurídico depende de acontecimento futuro e incerto. No *Esboço*, a *condição* foi definida no artigo 567, nos seguintes termos: “Entender-se-á por *condição* a cláusula dos atos jurídicos, pela qual os agentes subordinarem a um *fato incerto a aquisição* de um direito, ou a *resolução* de um direito adquirido.”

²⁷⁹Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979. p. 25.

²⁸⁰MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. Tomo I. v. II, p. 370.

O Código Civil revogado de 1916 tratava da *condição*, no capítulo destinado “Das modalidades dos atos jurídicos”, artigo 114. – “Considera-se condição a cláusula, que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto”.

Já o Código vigente, tratou da *condição* no capítulo “Da condição, do termo e do encargo”, artigo 121. “Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.”

Das várias figuras ou formas de condição, destacamos as que se seguem: **condição resolutiva** que faz depender de determinado evento a extinção dos efeitos jurídicos do ato, ou que os subtraem, quando cumprida. É a que consta dum pacto comissório e divide-se em: *simples* quando o acontecimento fica sujeito à vontade do contraente, ligada a determinado interesse seu ou a ato dele emanado, que se encontra subordinado ao contrato ou com este tem íntima correlação; *sucessiva*, quando se encontra ligada por uma série de fatos subsequentes ou consequentes; *supérflua*, quando são inoperantes; *suspensiva*, quando tem por efeito impedir, temporariamente, a eficácia do ato, ou dar-lhe somente depois de cumprida a condição; *útil*, quando produz o efeito desejado; e *voluntária* quando depende da vontade de alguém, ou não é inerente à natureza do ato.

Condição impossível é aquela que não pode ser cumprida; é irrealizável em virtude de qualquer outra circunstância que o impeça de concretizar-se. A impossibilidade pode ser *física*, quando o cumprimento da condição excede as próprias forças da natureza; *moral*, quando atenta contra os bons costumes; e *jurídica*, quando se funda em proibição legal.

Condição tácita é a cláusula que não está expressa no ato em que se impõe, mas decorre, implicitamente da própria natureza dele. O mesmo que condição necessária.

Condição potestativa, quando dependem da vontade do titular do direito.

Clóvis Beviláqua²⁸¹ destaca os três elementos conceituais da *condição*, quais sejam: a) fruto exclusivo da vontade das partes; b) a futuridade; e, c) a incerteza do evento.

A *condição* decorre de cláusula inserida no negócio jurídico por vontade exclusiva das partes. Fato passado ou presente, ainda que desconhecido ou ignorado pelas partes, não é *condição*, ela só se aperfeiçoa quando se tratar de evento futuro e incerto. Quando o fato for certo, temos o *termo* e não *condição*.

Diz ainda Beviláqua, que de um modo geral, “não há restrições ao conteúdo das *condições*; bastando não serem contrárias à lei, à ordem pública e aos bons costumes.”

²⁸¹MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 267.

5 CLÁUSULA PENAL. EXIGIBILIDADE E REQUISITOS

5.1 Existência de uma Obrigação Principal

A cláusula penal é um ajuste secundário em que as partes convencionam penas ou multas contra a parte que deixou de cumprir a obrigação principal ou que a não cumpriu na época estipulada, isto é, no respectivo vencimento.

É, portanto, a cláusula penal, uma obrigação acessória. A sua nulidade não importa na nulidade da obrigação principal. Mas por outro lado, a nulidade da obrigação principal acarreta, via de consequência, na nulidade da obrigação acessória.

O artigo 922, do Código Civil revogado, tinha regra expressa nesse sentido, isto é, nula a obrigação, necessariamente, nula seria a cláusula penal. Entretanto o Código Civil vigente não tem disposição correspondente, sustentando Maria Helena Diniz, que em determinados casos a cláusula penal pode ter validade, mesmo que a obrigação principal seja nula, como por exemplo, em contrato de compra e venda de coisa alheia, se esse fato era ignorado pelo comprador redundando-lhe em prejuízo e não em decorrência do contrato.

A cláusula penal como obrigação acessória pressupõe, sempre, um ato principal ou um contrato no qual ela foi estipulada ficando intimamente ligada a obrigação principal formando um todo harmonioso.

A cláusula penal objetiva ampliar o vínculo contratual fixando uma indenização no caso de inadimplemento contratual.

O *Esboço*²⁸² dispõe em seu artigo 990, 2ª Parte: “Essa cláusula produzirá seus efeitos, ou seja estipulada juntamente com a obrigação principal, ou seja estipulada depois”.

²⁸²FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983. p. 238.

O Código Civil de 1916 revogado tratava no mesmo sentido das obrigações com cláusula penal, no artigo 916: “A cláusula penal pode ser estipulada conjuntamente com a obrigação ou em ato posterior”.

O Código Civil de 2002 vigente, praticamente, reproduziu as disposições principais anteriores, acrescentando a inexecução completa da obrigação, a de alguma cláusula especial ou simplesmente a mora, ficando sua redação nos seguintes termos:

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

Mário Luiz Delgado Regis²⁸³ tratando da acessoriedade da cláusula penal diz que:

Na qualidade de pacto acessório, a cláusula penal é estipulada, em regra, em conjunto com a obrigação principal, admitindo o Código, no entanto, que seja convencionada em ato posterior, desde que anteriormente ao inadimplemento da obrigação.

5.2 Inexecução Total da Obrigação

O artigo 409 retro citado, que trata da acessoriedade da cláusula penal, da pena convencional compensatória e da pena moratória, corresponde aos artigos 916 e 917, do Código Civil revogado.²⁸⁴ Clóvis Beviláqua²⁸⁵, observa que:

Sendo um modo de atuar no ânimo do devedor, para cumprir, com exatidão e pontualidade, a obrigação, a cláusula penal visará o ponto de maior interesse para o credor, que a estipula. Por isso, em vez do cumprimento da obrigação, pode referir-se a um prejuízo especial, que o credor queira, mais particularmente, evitar. Ordinariamente porém, a cláusula penal, seja o pagamento de uma soma de dinheiro, seja a execução de certa prestação, seja a perda de alguma vantagem, é imposta como ameaça ao devedor contra a inexecução, o cumprimento incompleto ou a mora na solução da dívida. A situação jurídica varia nesses diversos casos, como estabelecem os artigos seguintes.

²⁸³REGIS, Mário Luiz Delgado. *Código Civil comentado*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 365.

²⁸⁴**Art. 916.** A cláusula penal pode ser estipulada, conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior.

Art. 917. A cláusula penal pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial, ou, simplesmente, à mora.

²⁸⁵BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979. p. 54.

O Código Civil uruguaio assim dispõe:

Artículo 1.363. La cláusula penal es aquella en cuya virtud una persona para asegurar la ejecución de la convención, se obliga a alguna pena, en caso de falta de cumplimiento.

O Código Civil francês na seção que trata das obrigações com cláusula penal dispõe que:

Art. 1226. La clause pénale est celle par laquelle une personne, por assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose em cãs d'inexécution.

Art. 1227. La nullité de l'obligation principale entraîne celle de La clause pénale.

La nullité de celle-ci n'entraîne point celle de l'obligation principale.

J.M. de Carvalho Santos²⁸⁶, abordando a inexecução completa da obrigação, destaca que:

(...) se é certo que o devedor responde por perdas e danos não somente quando deixa de cumprir a obrigação, mas, igualmente, quando a deixa de cumprir pelo modo e no tempo devido (arts. 1.056 e 1.059), impõe-se a dedução de que a cláusula penal, que representa a estimação prévia dessas perdas e danos, poderá ser estipulada visando uma outra hipótese. Pode referir-se ao não cumprimento da obrigação, assim como o pode apenas a não execução satisfatória, exatamente como foi ajustada, ou porque não se respeitou o modo, ou porque não se observou o tempo determinado.

O texto supra reproduz, fielmente, a doutrina mais corrente ao admitir que a cláusula penal pode referir-se e ajustar-se, tendo em vista uma destas duas hipóteses:

- a) da inexecução completa da obrigação;
- b) de sua execução não satisfatória.

Daí a sua divisão em cláusula penal compensatória e moratória. Compensatória é a cláusula penal quando diz respeito à inexecução completa da obrigação. [...] que a hipótese da cláusula penal moratória, quando diz respeito à execução não satisfatória, desdobra-se nestas outras duas:

²⁸⁶SANTOS, J.M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Parte Geral (Arts. 863-927). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. XI.

- a) inexecução de alguma cláusula especial da obrigação, ou;
- b) simplesmente, a mora do devedor.

É de extrema importância que as partes ao estabelecerem a cláusula penal expressem claramente qual o objetivo da cláusula convencionada entre os contratantes, se compensatória ou moratória.

5.3 Constituição em Mora

O Código Civil vigente ao tratar do inadimplemento da obrigação no *caput* dispõe que quando se tratar de obrigação positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor. E no parágrafo único, acrescenta que não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

Assim, a cláusula penal compensatória e moratória torna-se exigível de pleno direito desde que se vença o prazo convencionado da obrigação, ou, se não houver prazo certo, fixado expressamente, é indispensável que se constitua o devedor em mora por meio de interpelação, notificação ou protesto judicial.

Quando o devedor, espontaneamente e expressamente, concordou com um prazo determinado para o cumprimento da obrigação, é certo que no dia do vencimento tem que cumpri-la, não ficando obrigado o credor de adverti-lo de que chegou o momento de cumprir o pactuado.

Em síntese, desnecessária a interpelação, notificação ou protesto judicial, quando a obrigação for positiva, de dar ou fazer, excluindo-se a obrigação de não fazer (negativa) e líquida, obrigação certa, cuja prestação é de coisa determinada.

Nelson Nery Júnior²⁸⁷, comentando o artigo 397, do Código Civil vigente, especificamente, o parágrafo único, que trata da constituição em mora do devedor faz as seguintes observações:

Quando se tratar de mora *ex re* não há necessidade de interpelação prévia, porque *dies interpellat pro homine*. Somente haverá necessidade de constituir-se o devedor previamente em mora, por meio de notificação, interpelação ou protesto, judicial ou extrajudicial, se não houver prazo assinado, na lei ou no contrato, para o adimplemento da obrigação. Ainda

²⁸⁷ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 360-361.

que o credor não tenha interpelado ou notificado o devedor, sua constituição em mora pode dar-se, também, pela citação na ação judicial, porque um dos efeitos materiais da citação válida é a constituição do devedor em mora (CPC 219). Nesta última hipótese, entretanto, deve-se admitir a emenda da mora, se o caso permitir e se não tiver havido inadimplemento absoluto, situação em que a purga da mora seria imprestável para o credor. Neste caso o juiz deve fixar o prazo adequado para que o devedor possa cumprir a obrigação, não sendo correta a fixação de prazo exíguo ou angustioso (Agostinho Alvim, *Inexecução*, n. 102, p. 129/130).

Cita por derradeiro, um caso de pagamento de aluguel feito habitualmente fora de prazo, com implícito consentimento do locador. Indispensável a interpelação do devedor para constituí-lo em mora.

5.4 Imputabilidade do Devedor

A mora tem quatro requisitos principais: a) uma obrigação principal resultante de uma pré-liquidação das perdas e danos, decorrentes da inexecução de uma obrigação; b) que a obrigação esteja vencida; c) inadimplemento imputável ao devedor; e d) constituição do devedor em mora.

Dos requisitos principais, três deles já abordamos superficialmente, restando algumas considerações sobre o inadimplemento imputável ao devedor.

O Código Civil vigente em seu artigo 396²⁸⁸, trata da mora *solvendi*, do devedor, que tem como característica o elemento subjetivo culpa.

No mesmo sentido o Código Civil espanhol²⁸⁹, dentre outros:

Artículo 1.101. Quedan sujetos a La indemnización de los daños y perjuicios causados los que em El cumplimiento de SUS obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren AL tenor de aquélla.

A mora tem como elemento subjetivo a culpa do devedor, não se caracterizando pela simples falta de pagamento, muitas vezes, decorrente de reiterada contínua e habitual tolerância do credor.

²⁸⁸ **Art. 396.** Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.

²⁸⁹ CÓDIGO Civil da Espanha. Textos Legales. Boletín Oficial Del Estado. Madrid, 1982.

Para que haja a mora é indispensável a culpa, porque a mora pressupõe em si a culpa, que dela é por sua vez, um dos requisitos. Se não for imputada ao devedor a culpa pela mora, fica excluída sua responsabilidade.

Miguel Maria de Serpa Lopes²⁹⁰, enfrentando o problema da culpa como elemento integrante da mora diz que:

O fato positivo de se considerar em mora o devedor que não efetua o pagamento no tempo, lugar e forma convençionados (Cód. Civ., art. 955), de para com o *negativo* (art. 963) de se isentar o devedor da mora, *não havendo contra ele fato ou omissão imputável* (Cód. Civ., art. 963), bem mostram a presença do elemento *culpa* no caso de mora *debitoris*.

Discute-se sobre se a mora pode caracterizar-se independentemente de culpa e os juros moratórios devidos, se a inexecução da obrigação versar sobre dinheiro, argumentando os partidários da afirmativa, com o fato do devedor auferir sempre um lucro, não pagando tempestivamente. Mas a verdade é que nada autoriza, em nosso direito, admitir-se uma tal solução. Segue orientação diversa o direito suíço, consoante o qual a prestação serôdia, mesmo não havendo culpa, faz incidir em mora o devedor. É o princípio da mora objetiva. A culpa é um elemento que se presume, no caso de mora, presunção esta suscetível de ser abalada, mediante prova em contrário, isto é, prova de ausência de culpa (Cód. Civ., art. 957). Com o simples fato do não pagamento de uma obrigação líquida e certa no seu termo ou a partir do momento da perpetração do delíto (art. 962) a mora se produz *ex re*.

A imputabilidade da mora ao devedor apresenta um lado objetivo decorrente do inadimplemento da obrigação no tempo, lugar e forma convençionados, e um lado subjetivo que repousa na culpa do devedor.

A culpa do devedor é elemento indispensável para caracterizar a mora *solvendi*. Se não houver fato ou omissão imputável ao devedor, fica, via de consequência, excluído da responsabilidade pela mora.

²⁹⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil. Obrigações em Geral*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v. II, p. 340-341.

6. CLÁUSULA PENAL. EFEITOS

6.1 Exigibilidade

A exigibilidade da cláusula penal vem contemplada no artigo 416, do Código Civil vigente, nos seguintes termos:

Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convenionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo.

O parágrafo único inova o direito normatizado no Código Civil revogado. Permite o parágrafo único, elevar a cláusula penal, sob a denominação de “indenização suplementar”, sempre que as partes pactuarem essa possibilidade.

Maria Helena Diniz²⁹¹, diz que o efeito principal da cláusula penal é a sua exigibilidade *pleno iure*, isto é, independente de alegação de prejuízo por parte do credor, que não dependerá de prova pelos prejuízos pela inexecução culposa da obrigação ou da mora.

A prova que o credor terá de produzir é a ocorrência do inadimplemento da obrigação e a constituição do devedor em mora. Ficando inadimplente ou em mora o devedor, a cláusula penal passará a ser exigível por meio de ação judicial.

Quanto ao efeito da obrigação com cláusula penal, havendo pluralidade de devedores e sendo indivisível a obrigação, todos os devedores, caindo em falta um deles, incorrerão na pena; esta, porém, só se poderá demandar integralmente do culpado, de modo que cada um dos outros apenas responderá, se o credor optou pela cobrança individual de cada devedor, pela sua quota, tendo, contudo, ação regressiva contra o co-devedor faltoso, que deu causa à aplicação da pena convencional (CC, art. 414, parágrafo único). Isto é assim porque a pena convencional representa as perdas e danos. Por conseguinte, com o descumprimento da obrigação indivisível, esta resolver-se-á em perdas e danos, passando a ser divisível, exigindo que cada um dos devedores responda somente por sua quota-parte, sendo que poderão mover ação regressiva contra o culpado, para reaver o *quantum* pago a título de indenização das perdas e danos.

²⁹¹DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro. 2. Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 423-424.

Se a obrigação for divisível, contendo pluralidade de devedores, só incorrerá na pena aquele devedor, ou o herdeiro do devedor, que a infringir, e proporcionalmente à sua quota na obrigação (CC, art. 415), porque o credor apenas foi prejudicado em relação a essa parte.²⁹²

O Código Civil revogado tratava da exigibilidade da cláusula penal no artigo 927²⁹³, nos mesmos termos do artigo 416, do Código Civil vigente, acima reproduzido, exceção a inovação contida no parágrafo único da codificação civil vigente.

Clóvis Beviláqua²⁹⁴, faz as seguintes observações a respeito da exigibilidade da cláusula penal:

1. A pena, na sistemática do Código Civil, era a prefixação das perdas e danos. Não obstante, não era necessário que o credor alegasse ter sofrido prejuízo para pedi-la, nem podia o devedor defender-se de a prestar, provando que a inexecução em nada fora danosa ao credor. A razão desta prescrição é tríplex: 1º, As partes convencionaram a pena para o caso de inexecução ou da mora; ocorrido o fato previsto, a pena se aplica. A inexecução e a mora equivalem a condição suspensiva, a que está subordinada a prestação da pena. 2º, A pena é estabelecida, para evitar-se a discussão das perdas e danos; conseqüentemente, não há que debater essa matéria. As partes, previamente, assentaram que a inexecução ou a mora seria prejudicial. É uma presunção, que favorece o credor, e que se não destrói por alegações contrárias do devedor. 3º, Além de ser uma prefixação das perdas e danos, a pena também funciona como força coercitiva, para coagir o devedor a cumprir a promessa, e como reação punitiva contra o delito civil da inexecução ou da mora. Sob esta relação, é escusada prova do prejuízo.
2. O Código Civil brasileiro não seguiu a lição do suíço das obrigações e do alemão, que permitem ao devedor reclamar contra a pena exorbitante. Mas fixou um limite além do qual ela não pode ir: não pode exceder a obrigação principal, decreta o art. 920. Combinando-se os dois artigos, ressalta o pensamento da lei: o devedor não pode eximir-se de cumprir a pena, a pretexto de ser excessiva, e não se considera tal a que não é mais valiosa nem mais pesada do que a obrigação principal, porém, se exceder a esta, o devedor não será obrigado a pagar o excesso.
Veja-se o art. 920.
3. Quanto fica acima exposto era procedente em face do sistema adotado pelo Código Civil. Hoje não mais prevalece, porque o dec. número 22.626, de 7 de Abril de 1933, limitou o valor da pena convencional a 10% do valor da dívida, e reputa-se estabelecida para atender a despesas judiciais e honorários de advogado (arts. 8 e 9), não para fixar perdas e danos.

²⁹²DINIZ, Maria Helena *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 112-113.

²⁹³**Art. 927.** Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

O devedor não pode eximir-se de cumpri-la, a pretexto de ser excessiva.

²⁹⁴BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979. p. 62.

A cláusula penal, a teor da legislação vigente, tem como requisitos para a sua exigibilidade: a) existência de uma obrigação principal; b) inexecução total da obrigação; c) constituição em mora; e, d) imputabilidade do devedor.

6.2 Execução da Prestação

A cláusula penal pode referir-se: a) à inexecução completa da obrigação; b) à de alguma cláusula especial; c) à mora, simplesmente (Cód. Civil de 2002, art. 409). Nos dois primeiros casos (letras *a* e *b*), denomina-se *compensatória*, e, no último (letra *c*) *moratória*.²⁹⁵

Tratando-se de cláusula penal estipulada para o caso de total inadimplemento da obrigação, a cláusula penal converte-se em alternativa a benefício do credor. O credor tem a alternativa de exigir o cumprimento da obrigação ou de pedir a cláusula penal. Escolhida a pena, diz Clóvis Beviláqua,

[...] desaparece a obrigação originária, e com ela o direito de pedir perdas e danos, já que se acham prefixados na pena. Se o credor escolher o cumprimento da obrigação, e não puder obtê-la, a pena funcionará como compensatória das perdas e danos.²⁹⁶

Assim sendo, o devedor inadimplente estará obrigado a pagar simplesmente o seu valor e a nada mais será obrigado.

No caso da segurança especial de alguma cláusula poderá o credor exigir a satisfação da pena cominada juntamente com o desempenho da obrigação principal.

Washington de Barros Monteiro²⁹⁷ demonstra com clareza a sensível diferença entre a hipótese, decorrente da inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial. No caso da inexecução completa da obrigação, origina-se alternativa a benefício do credor, que pode exigir indiferentemente a cláusula penal, ou o desempenho da obrigação principal. Verificando a hipótese à de alguma cláusula especial, ao credor assiste o direito de demandar, cumulativamente, uma e outra prestação, tanto a principal como a acessória.

²⁹⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações. 1ª parte.* São Paulo: Saraiva, 2003. p. 340-341.

²⁹⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.* Rio de Janeiro: Rio, 1979. p. 70.

²⁹⁷ MONTEIRO, op. cit., p. 342, nota 285.

Por fim, vejamos, a estipulação de cláusula penal para o caso de simples mora. Aplicando-se a mesma regra do artigo 411, do Código Civil vigente, ao credor fica a faculdade de reclamar simultaneamente a pena convencional e a prestação principal.

A multa moratória, também denominada compulsória, é estipulada para punir a mora ou a inexecução de alguma cláusula determinada. A regra, como dissemos, é da cumulação da cláusula penal com a exigência do cumprimento da obrigação principal.

O artigo 919, do Código Civil revogado, contém semelhante disposição, observando Clóvis Beviláqua²⁹⁸ que:

1. Quando a pena é imposta para o caso de inexecução, considera-se a compensação pré-estabelecida das perdas e danos, e não se pede juntamente com a obrigação; uma prestação substitui a outra. Tendo isso em atenção, as partes, naturalmente, graduam o valor da pena, segundo a função que ela tiver. Por isso mesmo, quando a pena tem por fim punir a mora, ou a inexecução de alguma determinada cláusula, há de ser menos pesada, e a lei permite o credor exigir a satisfação dela, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

A cláusula determinada, a que se refere o Código, neste artigo e no art. 917, pode variar consideravelmente. Um caso freqüente será a inexecução no lugar convencionado. O vício da coisa, objeto da prestação, poderá ser, também, visado pela cláusula penal.

2. O dec. N. 22.626, de 7 de abril de 1933, arts. 8 e 9, alterou o conceito de cláusula penal segundo o Código Civil e a melhor doutrina. Veja a obs. 3 ao art. 920.²⁹⁹
3. O devedor não é responsável pela pena, se deixa de cumprir a obrigação em consequência de caso fortuito, ou de força maior (Código suíço, das obrigações, art. 163, 2ª al.; português, 677, mexicano 1.847; DERNBURG, *Pand.*, II, § 46; HUC, *Commentaire*, VII, n. 377; M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Obrigações*, 229; COLMO, *Obligaciones*, n. 180). Esta isenção tanto lhe aproveita, quando a pena é estipulada para a inexecução, quando se pune o retardamento; mas, incorrendo em mora, já não pode invocar em seu benefício o caso fortuito ou a força maior (art. 957).

O Código Civil chileno, edição de 2008, impresso em Chile pela CyC Impressores, trata a questão no artigo 1.537, sob o título das Obrigações com

²⁹⁸BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979. p. 56.

²⁹⁹“3.- O dec. 22.626, de 7 de abril de 1933 modificou este artigo do Código Civil, estabelecendo:

Art. 8º. As multas e cláusulas penais, quando convencionadas, reputam-se estabelecidas para atender a despesas judiciais e honorários de advogados, e não poderão ser exigidas, quando não for intentada ação judicial para cobrança da respectiva obrigação;

Art. 9º. Não é válida a cláusula penal superior a 10% do valor da dívida.”

Cláusula Penal. A referida norma legal dando tratamento semelhante ao artigo 411, do Código Civil brasileiro vigente, contém a seguinte disposição.

Antes de constituir-se o devedor em mora, não pode o credor demandar a seu arbítrio a obrigação principal ou a pena, senão só a obrigação principal; se constituindo o devedor em mora, pode o credor pedir ao mesmo tempo o cumprimento da obrigação principal e a pena, senão qualquer das duas coisas a seu arbítrio; a menos que pareça haver-se estipulado a pena pelo simples retardamento, ou a menos que se tenha estipulado que pelo pagamento da pena não se extinga a obrigação principal.

Em arremate, Maria Helena Diniz³⁰⁰, diz que:

O credor, todavia, não está obrigado a reclamar a cláusula penal podendo optar pela execução da prestação (*RT*, 591:151, 596:220) exceto: a) se a execução específica se tornar impossível; b) se a cláusula for moratória, pois o credor, pelo Código Civil, art. 411, tem o direito de cumular a satisfação da pena convencional com o desempenho da obrigação principal; c) se se convencionar cláusula penal para assegurar outra cláusula, caso em que o credor poderá cumular a execução da obrigação e a pena (CC, art. 411).

6.3 Pluralidade de Devedores

Prescreve o artigo 414, do Código Civil: “Sendo indivisível a obrigação, todos os devedores, caindo em falta um deles, incorrerão na pena; mas esta só se poderá demandar integralmente do culpado, respondendo cada um dos outros somente pela sua cota”.

Basta, apenas, que um dos co-obrigados descumpra a cláusula penal para que ela se torne exigível. O credor poderá reclamar do culpado que ela se cumpra por inteiro e com relação aos co-obrigados só poderão ser reclamadas as respectivas quotas.

O parágrafo único do referido artigo dispõe que: “aos não-culpados fica reservada a ação regressiva contra aquele que deu causa à aplicação da pena”.

Quem vai sofrer as consequências pelo descumprimento da cláusula penal, como elemento principal, é o culpado pela infração, que terá de reembolsar os demais co-devedores inocentes.

³⁰⁰DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 2. Teoria Geral das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 424.

O artigo 263, do Código Civil vigente, determina claramente e traça as regras para a solução das questões surgidas com o inadimplemento, quando houver pluralidade de devedores. Senão vejamos:

Art. 263. Perde a qualidade de indivisível a obrigação que se resolver em perdas e danos.

§ 1º Se, para efeito do disposto neste artigo, houver culpa de todos os devedores, responderão todos por partes iguais.

§ 2º Se for de um só a culpa, ficarão exonerados os outros, respondendo só esse pelas perdas e danos.

Maria Helena Diniz³⁰¹, explica a cessação da indivisibilidade nos seguintes termos:

Os devedores de uma prestação indivisível convertida no seu equivalente pecuniário passarão a dever, cada um deles, a sua quota-parte, pois a obrigação torna-se divisível ao se resolver em perdas e danos (*JTJ*, 180:211). O inadimplemento da obrigação converte-a em perdas e danos, dando lugar à indenização, em dinheiro, dos prejuízos causados ao credor. Se apenas um dos devedores foi culpado pela inadimplência, só ele responderá pelas perdas e danos, exonerando-se os demais; mas, se a culpa for de todos, todos responderão, perante o credor comum, por partes iguais, *pro rata*, cessando, assim, a indivisibilidade. Aplica-se à indivisibilidade o princípio *cessante causa, cessat effectus*.

Tito Fulgêncio³⁰² tratando do mesmo tema observa que:

A indivisibilidade é essencialmente objetiva, a qualidade promana das *res debita*, que precisamente por não suscetível de partes, é exigível e prestável em totalidade.

Mas a coisa devida é possível influenciando diretamente sobre a qualidade da obrigação, que de indivisível, em quanto indivisível, transmuda-se, converte-se, resolve-se em obrigação secundária, divisível, com o transmudar-se, converter-se, resolver-se em divisível a prestação que lhe constitui o objeto.

A doutrina aponta, ainda, a existência de outros casos de pluralidade de sujeitos, numa relação obrigacional, de menor importância, segundo Orlando Gomes.³⁰³ Diz ainda o saudoso professor, que a enumeração registrada é contestável, apontando as seguintes modalidades:

³⁰¹DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 296.

³⁰²FULGÊNCIO, Tito. *Do direito das obrigações*. Das modalidades das obrigações. (Arts. 863-927). Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 231.

³⁰³GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 85.

- a) *Obrigações disjuntivas*, há pluralidade de devedores que se obrigam alternativamente. Satisfeita a prestação por um deles, os outros são excluídos, liberando-se da obrigação;
- b) *Obrigações disjuntivas* não se confundem com as *solidárias*. Naquelas não existe a *relação interna*, que é própria do mecanismo destas, a justificar o direito regressivo do devedor que paga. (...) O estudo das obrigações disjuntivas carece de interesse prático, porque muito raro seu uso;
- c) *Conexas* as obrigações oriundas de uma causa comum, pelas quais vários devedores devem satisfazer prestações distintas ao mesmo credor. Do lado ativo, a conexão de obrigações verifica-se quando um só devedor, pelo mesmo título, tem que pagar a vários *credores*, prestando algo a cada um.

7 CLÁUSULA PENAL

7.1 Efeitos da Cláusula Penal

A cláusula penal é uma obrigação acessória que as partes ajustam a uma obrigação principal, formalizada num contrato ou testamento, e tem como destaque um meio de formalizar as perdas e danos, no caso de inadimplemento total da obrigação. Entretanto, pode ser também, estipulada para o caso de não ser a obrigação totalmente cumprida ou de o ser tardiamente.

Autores sustentam que a cláusula penal tenha o caráter de garantia com a função única de reforçar o vínculo, fornecendo ao credor um meio mais efetivo de forçar o devedor em cumprir a obrigação, como força de agravar sua responsabilidade.

Entretanto, outros defendem a tese de que a cláusula penal tem dupla função, como uma das modalidades acessórias da obrigação, podendo ser estipulada conjuntamente com a obrigação principal, ou em ato posterior ao negócio jurídico formalizado entre as partes.

Como visto anteriormente, o Código Civil vigente dispõe que a cláusula penal pode referir-se a inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou, simplesmente, à mora.

A cláusula penal ou pena convencional objetiva garante o credor contra a inexecução completa da obrigação (multa compensatória); tem por finalidade estabelecer uma prévia avaliação das perdas e danos; e, tem como função ressarcir os prejuízos resultantes da inexecução total da obrigação.

No caso de inexecução de alguma cláusula especial ou de mora (multa moratória) tem por finalidade e função em influir, coercitivamente, no ânimo do devedor com vistas a satisfazer a obrigação.

A multa *compensatória*, aplicável à inexecução completa da obrigação, tem como característica:

- a) fixar o *quantum* da indenização antecipadamente;
- b) evitar os contratempos da liquidação judicial;
- c) o pagamento da multa convencionada substitui a própria obrigação;
- d) não objetiva forçar o devedor a satisfazer a obrigação contratada, mas ajustar as perdas e danos;
- e) a multa compensatória converte-se em alternativa em benefício do credor podendo optar entre a obrigação principal ou recebimento da multa.

Já a multa *moratória* que trata da inexecução de alguma cláusula especial, ou simplesmente a mora, tem como característica:

- a) o credor não abdica de receber a obrigação principal nos moldes contratado;
- b) a multa moratória é pleiteada cumulativamente com a obrigação principal;
- c) é aplicável no descumprimento de alguma cláusula especial ou retardamento no cumprimento da obrigação principal.

7.2 Limite Máximo da Pena e o Valor da Cominação

O Código Civil revogado cuidava do limite máximo da pena no artigo 920, determinando que o valor da cominação imposta na cláusula penal, não poderia exceder ao valor da obrigação principal. Clóvis Beviláqua já alertava que, sendo a referida disposição, norma de ordem pública, que caberia ao juiz do feito reduzir a pena ao valor da obrigação contratada, independente de requerimento da parte.

Beviláqua também advogava no sentido de que a limitação imposta pelo legislador não se justificava. A melhor doutrina é a da plena liberdade, como o Código Civil italiano, português, venezuelano, alemão, suíço, peruano, permitem a redução da pena quando excessiva. O Código alemão não fixa limites, mas permite a redução quando excessiva.

O Código Civil vigente, no artigo 412, reproduziu a disposição contida no Código Civil revogado:

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

Com efeito, sem a restrição do art. 412, poderia o credor, que na maioria dos casos dita a lei do contrato, impor ao devedor pesada multa, criando um elemento compulsivo que, por excessivo, é de certo injusto. Aliás, como se trata de pena compensatória, ela não deve ser superior ao prejuízo, pois em regra, as normas de direito privado procuram apenas restabelecer o equilíbrio entre as partes e não punir qualquer delas.

Esta última consideração ajuda a explicar o art. 413 do mesmo Código, que faculta ao juiz, em caso de cumprimento parcial da obrigação, a possibilidade de reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora ou inadimplemento.

Se a pena representa uma indenização, é evidente que ela não pode ser idêntica, tanto na hipótese de integral inexecução do contrato como na de execução parcial. Se, por exemplo, num contrato de locação pelo prazo de dois anos, fixou-se que o seu inadimplemento sujeitava o faltoso ao pagamento de determinada multa contratual, deve o juiz reduzir proporcionalmente a pena se o locatário cumprir por dez meses a convenção, pois seria injusto que sofresse sanção igual à que experimentaria se integral o seu inadimplemento. Aliás, condição já inserida na lei do inquilinato.

A lei fala em redução proporcional da pena, o que vale dizer que não pode o julgador atuar arbitrariamente. De fato, deve o juiz comparar a parte do contrato que foi executada com a que foi descumprida, para ajustar a cláusula penal a essas duas circunstâncias.³⁰⁴

Tito Fulgêncio³⁰⁵ diz que: “Como no sistema alemão e observam os comentadores, não é a convenção relativa à cláusula penal que choca as conveniências e a equidade, é o fato de se lhe exigir a execução.”

O mecanismo da cláusula penal é presidido, segundo Orlando Gomes³⁰⁶,

[...] pelo princípio de que consiste numa avaliação *à forfait* das perdas e danos. A primeira consequência desse princípio é que o credor está dispensado de provar prejuízo, como foi visto. A segunda, que a avaliação do dano para a determinação da quantia a ser paga não precisa obedecer a critérios objetivos. As partes têm liberdade de fixar o valor da indenização, não sendo necessária, assim, a correspondência entre o dano efetivo e a soma a pagar para ressarcir-lo. Por outras palavras, pode ser superior ou inferior. A liberdade de determiná-la não é, entretanto, absoluta, nem imutável a avaliação.

Há, em primeiro lugar, *limite máximo* (teto). O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal, seja qual for a extensão do dano. A parte excedente é excluída, valendo a cláusula até a medida prevista na lei. Tal restrição justifica-se pela necessidade de coibir abusos e injustiças.

³⁰⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte Geral das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2, p. 273-274.

³⁰⁵ FULGÊNCIO, Tito. *Do direito das obrigações*. Das modalidades das obrigações. (Arts. 863-927). Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 432.

³⁰⁶ GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.191-192.

A intervenção da lei não se atém à determinação do *limite máximo*. Esta mesma regra sofre exceções. Em determinados contratos, a cláusula penal não pode fixar indenização além de certo valor proporcional ao da dívida. No mútuo, não pode exceder a dez por cento desse valor, no pressuposto de que se destina à atender as despesas judiciais e honorários de advogado. Nas promessas de venda de terrenos loteados, também vigora este limite. São casos, dentre outros, nos quais não é possível sequer ir até o valor da obrigação principal. O limite percentual só se aplica aos contratos feneratícios.

A *cominação* estipulada na *cláusula penal* não pode ser *aumentada* nem *diminuída*, sendo inalterável a arbítrio de qualquer das partes.

Permitem algumas legislações que o valor da cominação seja *reduzido* pelo juiz. A questão da *reduzibilidade da cláusula penal* é, no entanto, controvertida na doutrina. Sob a inspiração do princípio da autonomia da vontade, sustenta-se que é impertinente essa intervenção judicial na economia do contrato. Contudo, a opinião contrária alicerça-se em melhores razões.

A ingerência do juiz admite-se apenas para *diminuir*, jamais para *aumentar*, e, assim mesmo, se a obrigação houver sido cumprida em parte. Neste caso atribui-lhe a lei o poder de reduzi-la proporcionalmente. Não impõe o dever de diminuí-la, o que significa que, ainda havendo execução parcial, o devedor pode ser condenado a pagar integralmente o valor da cominação. Em suma não tem direito certo a redução proporcional. A intervenção judicial pode ser evitada pelas partes mediante expressa estipulação de que a pena será cumprida por inteiro, ainda que a obrigação tenha sido parcialmente satisfeita. A *redução ao limite máximo* estabelecido na lei constitui declaração judicial de que o excesso é abusivo.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery³⁰⁷ apontam a diferença entre cláusula penal e multa cominatória:

Há diferença nítida entre cláusula penal, pouco importando seja a multa nela prevista moratória ou compensatória, e a multa cominatória, própria para garantir o processo por meio do qual pretende a parte a execução de uma obrigação de fazer ou não fazer. E a diferença é, exatamente, a incidência das regras jurídicas específicas para cada qual. Se o juiz condena a parte ré ao pagamento da multa prevista na cláusula penal avençada pelas partes, está presente a limitação contida no CC/1916 920 (CC 412). Se, ao contrário, cuida-se de multa cominatória em obrigação de fazer ou não fazer, decorrente de título judicial, para garantir a efetividade do processo, ou seja, o cumprimento da obrigação, está presente o CPC 644, com o que não há teto para o valor da cominação (STJ, 3ª T., REsp 196262-RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, v.u.,j.6.12.1999 – RT 785/197, Boletim da AASP 2226/205).

³⁰⁷ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil comentado e legislação extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 370.

7.3 Redução Equitativa da Pena

a) Observações preliminares

Em princípio, o credor não está obrigado a receber do devedor parte da dívida, salvo se houver convenção em contrário e desde que não haja prejuízo de disposições expressas, quando houver, em leis especiais.

Quando houver convenção contrária ao pactuado e o credor aceitar voluntariamente o pagamento parcial da obrigação, o devedor em tese teria direito de solicitar o abatimento proporcional da pena.

A doutrina e a jurisprudência já vinham sinalizando no sentido de redução da pena, no caso de cumprimento parcial da obrigação, ou quando fosse fixada em valores considerados altos em razão da obrigação principal.

Não podemos nos olvidar que a cláusula penal é uma manifestação da vontade das partes e, como tal, torna-se lei entre elas, tendo o legislador conferido ao juiz, na legislação civil revogada, a faculdade de se sobrepor as partes, e proceder a redução quando entendesse necessário.

A pena é considerada excessiva quando excede os limites fixados em lei, ou quando entre a pena e a obrigação principal, há uma desproporção considerável em face do conceito legal.

O Código Civil revogado não tratava expressamente dessas situações, deixando a critério do juiz a redução, sempre que houve cumprimento parcial, ou o montante da cláusula fosse manifestamente excessivo.

Já o Código Civil vigente tornou obrigatória a redução equitativa da penalidade pelo juiz, se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, levando-se em consideração, sempre, a natureza e a finalidade do negócio.

Enquanto no Código Civil revogado o juiz *poderia ou não* (faculdade) reduzir a pena fixada em caso de mora ou de inadimplemento, no Código Civil vigente o juiz *deve* (obrigatoriedade) proceder a redução equitativa no caso de cumprimento em

parte da obrigação e da desproporcionalidade entre o valor da obrigação e o da penalidade.

b) Código Civil de 1916

O Código Civil revogado (1916) tratou da redução da pena no capítulo da cláusula penal, concedendo ao juiz, no art. 924, a faculdade da redução proporcional da pena, nos moldes da legislação comparada e da doutrina anterior.

Art. 924. Quando se cumprir, em parte, a obrigação, poderá o juiz reduzir, proporcionalmente, a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento.

Observa Clóvis Beviláqua³⁰⁸, que:

1. Do princípio de que a pena é a compensação das perdas e danos sofridos, resulta esta diminuição proporcional, no caso de ter sido a obrigação cumprida, em parte, salvo se outra coisa convencionaram os contraentes, ou determinou o estipulante.

Quando a pena se refira a uma cláusula especial, é claro que, se esta não se cumprir, embora cumpridas todas as outras, o devedor incorre na obrigação de pagar a pena.

Mas se a execução parcial for inútil para o credor, o juiz deixará de decretar a redução da pena.

2. Pelo sistema agora estatuído (dec. N. 22.626, de 1933), não tem mais razão de ser o que dispõe o Código Civil neste artigo.

O *Esboço*,³⁰⁹ cuidava do tema, dispondo que:

Art. 998. Se a obrigação principal só tiver sido cumprida em parte, ou por modo irregular, ou fora de lugar próprio, ou fora de tempo; haverá na pena um abatimento proporcional que o juiz mandará arbitrar, sendo que as partes não concordem.

O direito comparado também converge no sentido de redução da pena sempre que a obrigação principal for parcialmente cumprida ou a penalidade se tornar desproporcional ou extremamente excessiva para o devedor. Vejamos:

³⁰⁸BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979. p. 60

³⁰⁹FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983. p. 239.

O Código Civil francês³¹⁰ diz, que uma vez o compromisso parcialmente executado, a pena pode “mesmo de ofício” ser diminuída pelo juiz à proporção do juro que a execução parcial deu ao credor, sem prejuízo da aplicação do artigo 1.152.³¹¹ Toda estipulação contrária será reputada não escrita.

Art. 1.231. (Mod. L. n° 75-597, 9 juill. 1975, art. 2) – Lorsque l’engagement a été exécuté en partie, La peine convenue peut (L. n° 85-1097, 11 oct. 1985, art. 2) même d’office (*), être diminuée par le juge à proportion de l’intérêt que l’exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l’application de l’article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite.

O Código Civil italiano³¹² também faculta ao juiz a redução equitativa da pena, tanto no caso de cumprimento parcial como no caso da penalização excessiva em relação a obrigação principal.

Art. 1.384. Riduzione della penale. La penale può essere **diminuita equamente** dal giudice, **se l’obbligazione** principale è stata **eseguita in parte ovvero** se l’ammontare della **penale** è manifestamente **eccessivo**, avuto sempre riguardo all’interesse [1174, 1256, 1379] Che il creditore aveva all’adempimento [1181, 1526; disp. att. 163].

O Código Civil português³¹³, na linha dos anteriores, concede ao juiz a faculdade de reduzir a penalidade, nos casos de fixação excessiva, ou se a obrigação principal tiver sido parcialmente cumprida.

Art. 812º (Redução equitativa da cláusula penal)

1. A cláusula penal pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente; é nula qualquer estipulação em contrário.
2. É admitida a redução nas mesmas circunstâncias, se a obrigação tiver sido parcialmente cumprida.

³¹⁰LEVENEUR, Laurence. (Org.). *Code Civil 2008*. Paris, France: LexisNexis AS.

³¹¹**Art. 1152.** Lorsque La convention porte que celui qui manquera de l’exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, Il NE peut être alloué à l’autre partie une somme plus forte, ni moindre.

(L. n° 75-597, 9 juill. 1975, art. 1º) Néanmoins, le juge peut (L. n° 85-1097, 11 oct. 1985, art. 1º), même d’office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

Tout stipulation contraire sera réputée non écrite (*)

(*) *disposition applicable aux contrats et aux instances en cours, art. 3*

³¹²IZZO, Fausto. *Código Civile e leggi complementari*. XVII edizione. Simone-Napoli, Itália: Gruppo Editoriale Esselibri, 2008.

³¹³BASTOS, Jacinto Rodrigues. *Código Civil português*. Anotado e actualizado. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 289.

O Código Civil uruguaio³¹⁴, o Código Civil chileno³¹⁵, o Código Civil espanhol³¹⁶, dentre outros, também contém a mesma ou semelhante disposição, facultando em síntese ao juiz a redução equitativa da pena, quando a obrigação principal for cumprida em parte, e aceita esta condição pelo credor, ou quando a penalidade for manifestamente excessiva para o devedor.

c) Código Civil de 2002

O legislador de 2002, ao contrário do legislador de 1916, que concedia ao juiz a faculdade de reduzir ou não a penalidade pelo cumprimento parcial da obrigação ou pela excessividade da penalidade contratada, estampou no Código Civil vigente, disposição cogente, tornando obrigatória a redução da penalidade pelo juiz, sempre que a obrigação principal tiver sido cumprida em parte pelo devedor, ou se o montante da penalidade mostrar-se manifestamente excessiva.

Apesar da legislação civil revogada de 1916, que concedia ao juiz a faculdade de redução da pena, a jurisprudência dominante já caminhava pela redução proporcional da pena.

A redução equitativa da pena inserta no artigo 413³¹⁷, que não poderá exceder ao da obrigação principal, nos termos do art. 412³¹⁸, nem sempre significa reduzir proporcionalmente a pena, como previsto no art. 924, do Código Civil³¹⁹ revogado. A redução equitativa é muito mais ampla, compreendendo a proporcionalidade. Visa a equidade, como instrumento, dar ao julgador uma forma mais justa e razoável de aplicar a lei ao caso concreto.

³¹⁴ **Art. 1370.** Cuando La obligación principal se haya cumplido em parte, La pena se pagará prorrata por lo no ejecutado.

³¹⁵ **Art. 1539.** Si El deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y El acreedor acepta esa parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por La falta de cumplimiento de la obligación principal.

³¹⁶ **Art. 1.154.** El juez modificará equitativamente La pena cuando La obligación principal hubiera sido em parte o irregularmente cumplida por El deudor.

³¹⁷ **Art. 413.** A penalidade dever ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

³¹⁸ **Art. 412.** O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

³¹⁹ **Art. 924.** Quando se cumpre, em parte, a obrigação, poderá o juiz reduzir, proporcionalmente, a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento.

Sendo a lei injusta, e o contrato faz lei entre as partes, disporá o juiz da equidade, instrumento que virá a corrigir o rigor do contrato, sua excessividade e o abrandamento da penalidade pelo cumprimento parcial da obrigação pelo devedor, observando neste último caso a proporcionalidade na sua aplicação.

Através da equidade, suaviza o juiz o rigor da norma abstrata, tendo em vista as circunstâncias peculiares do caso concreto. Com efeito, a norma é expedida para disciplinar determinada situação-tipo. Em certos casos, pode acontecer que sua aplicação dê lugar a conseqüências que se choquem com o nosso sentimento de justiça. Assim sucede quando, no caso concreto, ocorre alguma circunstância que o legislador não chegara a prever, ou de que não se dera conta, ao expedir o comando legislativo. Surge então a oportunidade para intervenção da equidade e, por seu intermédio, o julgador tempera a severidade da norma.³²⁰

O princípio da proporcionalidade tem natureza jurídica dogmática, independente e aberta, cogente e vinculante, restritiva ao poder discricionário do legislador e do aplicador da norma, desfruta de dignidade constitucional e tem conteúdo imanente ao Estado Democrático de Direito.³²¹

O vigente Código Civil destaca a função social do contrato, a boa-fé objetiva e a eticidade, sem se desligar do princípio da liberdade de contratar e o princípio da relatividade dos efeitos contratuais. As vantagens de contratar no direito atual, também, ficam cobertas por um compromisso público e geral.

A função social do contrato e a boa-fé objetiva aliadas a eticidade das obrigações percorrem todas as fases contratuais, desde seus pressupostos: a) capacidade das partes, b) idoneidade do objeto, e c) legitimação para realizá-lo; como de seus requisitos: a) o consentimento, b) a causa, c) o objeto, e d) a forma. Enfim, desde o início da negociação até a fase de adimplemento ou execução contratual.

O princípio dominante em nosso direito é o da imutabilidade da cláusula penal, salvo o caso de cumprimento parcial da obrigação, tanto no caso de cláusula penal moratória como na cláusula penal compensatória, e quando a penalidade for manifestamente excessiva ou exceder o valor da obrigação principal.

O que era antes faculdade do juiz, tornou-se na vigência do atual Código Civil, obrigação do magistrado em manejar a redução equitativa, seja por conta do

³²⁰BRANCO, Luiz Carlos. *Equidade, proporcionalidade e razoabilidade*. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: RCS, 2006. p. 88.

³²¹Ibid., p. 140.

cumprimento parcial da obrigação principal, seja pela penalização excessiva imposta ao devedor.

7.4 Contratos Internacionais e a Cláusula Penal

Segundo Orlando Gomes³²², o direito dos contratos se assenta em quatro princípios fundamentais: a) o da autonomia da vontade; b) o do consensualismo; c) o da força obrigatória; d) o da boa-fé.

Para Aristóteles³²³ contrato era uma lei feita por particulares, tendo em vista determinado negócio; outro não é o conceito da moderna escola de Kelsen, que vê no contrato a criação de uma norma jurídica particular.

Washington de Barros Monteiro, conceitua-o como

(...) o acordo de vontade que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito. Por essa definição, percebem-se, para logo, a natureza e a essência do contrato, que é um *negócio jurídico* e que por isso reclama, para a sua validade, em consonância com o art. 104 do Código Civil de 2002, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

John Gilissen³²⁴ diz que o contrato é

[Uma convenção pela qual uma ou mais pessoas se obrigam, em relação a uma ou mais outras pessoas, a dar, a fazer ou a não fazer certas coisas] (*Code civil de 1804, art.º 1101.º*). (...) Atualmente, quase todos os contratos são concluídos sem que devam ser respeitadas certas formalidades, bastando o simples consentimento das partes, pelo que a maior parte dos contratos é consensual. Para alguns contratos, o consentimento das partes não basta, sendo necessário um elemento complementar para que eles sejam formados. Uns exigem o respeito por certas formas, mais ou menos solenes: chamam-se [contratos formais] ou [contratos solenes] (...). Outros, enfim, não existem senão a partir da entrega de uma coisa. (...)

O princípio moderno do consensualismo dos contratos é o resultado de uma longa evolução histórica. O direito romano não o tinha admitido; muito menos o direito germânico. Foi no decurso da Baixa Idade Média que o respeito pela palavra dada se impôs, sobretudo por influência do direito canônico. O consensualismo triunfou rapidamente e tornou-se na base da moderna teoria dos contratos.

³²²GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 25.

³²³MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Direito das Obrigações. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 5.

³²⁴GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 731.

Tratando-se de contrato internacional deve-se observar antes de tudo, a regra contida na Lei de Introdução ao Código Civil (LICC):

Art. 9º. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída o lugar em que residir o proponente.

Maria Helena Diniz³²⁵, tratando das exceções à aplicação da “*Lex loci celebrationis*”, diz que:

A Lei de Introdução, no art. 9º, não acolhe o princípio da autonomia da vontade como elemento de conexão para reger contratos na seara do direito internacional privado, que deverão ser disciplinados pela lei do local em que se constituírem no que tange à forma extrínseca. Mas, no mundo jurídico, apresenta-se algumas exceções à aplicação da *Lex loci celebrationis*:

- a) A dos contratos trabalhistas assumidos pelas partes, estrangeiras ou não, no território nacional ou no exterior, que deverão obedecer à lei do local da execução do serviço ou do trabalho. O contrato de trabalho tornar-se-á um fato inter-jurisdicional se os contratantes forem domiciliados em vários ou tiverem nacionalidades diferentes; se a pessoa for contratada numa jurisdição para trabalhar em outra ou se o contrato tiver de ser executado em vários países. Em tais hipóteses reger-se-á pelo local de sua execução, para garantir a uniformidade indispensável à harmonia das relações entre empregado e empregador. (...)
- b) A dos contratos de transferência de tecnologia, nos quais haverá competência absoluta do direito pátrio interno, ou seja, da lei brasileira, para regê-los, ante o art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil e os princípios de direito internacional econômico defendido pelo Brasil, pois o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) assim o exige, por serem as normas que os disciplinam de ordem pública, encerrando e garantindo interesses nacionais que deverão ser atendidos pelo Poder Público. Logo não poderão regular-se pela lei escolhida pelos contratantes nem pela lei do país onde se constituíram.
- c) A dos atos relativos à economia dirigida ou aos regimes de Bolsa e Mercados, que se subordinarão à *Lex loci solutionis (place of performance)*, filiando-se, portanto, à lei do país de sua execução.

Portanto, tudo que se referir às modalidades da execução obedecerá à lei do lugar onde a execução se realizar, ou seja à *Lex loci solutionis*. AGENOR PEREIRA DE ANDRADE³²⁶ enfatiza que: “Assim, todos os atos e medidas necessárias para que se obtenha o credor a prestação devida ou para que se desonere o devedor; as regras concernentes à tradição da coisa certa ou genérica; as sobre a forma de quitação; a que se refere ao pagamento efetivo e ao depósito e consignação; as

³²⁵DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 280.

³²⁶ANDRADE, Agenor Pereira. *Manual de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1975. p. 209.

normas sobre a constituição em mora e os meios de purgá-las; tudo isso se regula pela *Lex loci solutionis*.

Ao tratar do *conflito das leis*, Antonio Marcio Cunha Guimarães³²⁷, nos dá o seguinte norte:

Um contrato de comércio internacional celebrado entre um comerciante no Brasil, que pode ser o importador, por exemplo, e um outro comerciante no Japão, que será, neste caso, o exportador, com certeza sofrerá a influência dos ordenamentos jurídicos do Brasil e do Japão. O contrato tem de se adequar às leis de ambos os países, não pode ser contrário a nenhum dos dois conjuntos normativos.

Marilda Rosado de Sá Ribeiro³²⁸, explica que,

Toda a fase preliminar de negociações deve ser regida por um princípio de boa-fé que, no caso das grandes corporações, pressupõe que negócios sujeitos a um grau superior de competência decisória envolvam tratativas e Negociações prévias, a nível interno.

Os deveres jurídicos para as partes resultantes da relação jurídica pré-contratual encontram tratamento diferenciado nos diferentes ordenamentos jurídicos, o que torna ainda mais desafiante a matéria, quando tratada na perspectiva internacional. (...)

Cita ainda, Caio Mário da Silva Pereira,

Enquanto se mantiverem tais, as conversações preliminares não obrigam. Há uma distinção bastante precisa entre esta fase, que ainda não é contratual, e a seguinte, em que já existe algo preciso e obrigatório. Não obstante faltar-lhe obrigatoriedade, pode surgir responsabilidade civil para os que participam das negociações preliminares, não no campo da culpa contratual, porém da aquiliana.³²⁹

Feitas essas considerações preliminares sobre os contratos internacionais e a sua forma de execução, resta abordar a aplicabilidade da cláusula penal. Quando se trata de um contrato perfeito e acabado, dúvidas não há quanto a exigibilidade da penalidade se esta for convencionada.

A questão crucial é quando as partes estão na fase dos atos preparatórios, negociações preliminares reduzidas a escrito em um instrumento particular denominado minuta, sem efeito vinculante, que é um projeto de um contrato futuro.

³²⁷ GUIMARÃES, Antonio Marcio Cunha. *Direito internacional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 72.

³²⁸ RODAS, João Grandino. (Coord.). *Contratos Internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 257.

³²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Contratos, declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. vol. III, p. 19.

A minuta serve apenas de roteiro para o instrumento de contrato a ser formalizado pelas partes contratantes, não gerando o vínculo obrigacional estampado no pacto. Entretanto, data vênia, aquele que foi enganado em sua boa-fé e frustrado em seu intento, não tem como executar a cláusula penal convencionada no pré-contrato, mas pela teoria da culpa, poderá pelas vias próprias, alcançar a reparação dos prejuízos sofridos.

Rompendo, imotivadamente as negociações preliminares que precedem a formalização do contrato, principalmente nas relações internacionais em que a onerosidade é acentuada, fica caracterizado o comportamento abusivo que deve sujeitar o causador dos danos ao pagamento da correspondente indenização.

CONCLUSÃO

A cláusula penal é tratada no Código Civil, na parte especial, no livro do direito das obrigações, e especialmente, no título quarto que cuida “do inadimplemento das obrigações”. No Código revogado (1916), a disciplina cláusula penal, estava equivocadamente inserida entre as modalidades de obrigação.

A questão mais importante para a sua fixação, aplicação e execução, são os fundamentos balizadores dos princípios filosóficos e da teologia social, além de outros institutos que objetivam os mesmo fins, norteando e dando os fundamentos indispensáveis para que os agentes do direito e legisladores possam construir e interpretar uma norma jurídica de forma mais justa e que atenda aos fins sociais a que se destina e às exigências do bem comum.

O Código Civil vigente ampliou o poder-dever do julgador em revisar o negócio realizado entre as partes. Enquanto no Código Civil revogado, era faculdade do juiz reduzir a pena estipulada para o caso de mora ou inadimplemento, o Código Civil atual determinou ao juiz que reduza equitativamente a penalidade quando a obrigação principal tiver sido cumprida em parte ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo.

Apesar da redução-faculdade levar sempre em conta a redução da pena, mas havia casos em que o juiz mantinha a penalidade mesmo que cumprida em parte a obrigação. Se fixava o juiz, no contrato acessório estabelecido entre as partes.

A razão da escolha do tema foi que em uma ação trabalhista, em que a Convenção Coletiva de Trabalho autorizava os empregados e empresa em fazer compensações para prolongamento dos finais de semana (feriados na terça ou quinta-feira), compensava-se a segunda ou sexta e emendava o feriado, desde que, a compensação fosse efetuada nos quinze dias subsequentes ao do feriado, sob pena de uma multa correspondente a uma percentagem sobre o salário de cada empregado.

Acontece que o prolongamento da folga nos finais de semana eram benéficos e no interesse dos empregados, que aproveitavam os feriados prolongados para descanso, lazer ou passeios.

Entretanto, à vista de um feriado prolongado, os empregados se anteciparam e pediram à empresa, que a compensação fosse antecipada, para não pagarem o dia após a volta do descanso prolongado. E assim foi feito.

O Sindicato da categoria profissional, verificando que a Convenção Coletiva dispunha que a compensação deveria ser feita *após* a volta do feriado, isto é, decorrido mais de quinze dias da compensação, e não *antes* do feriado prolongado, ajuizou ação trabalhista na condição de substituto processual e pleiteou a multa para todos os empregados, da data da infração até o efetivo pagamento.

O juiz acolheu o pedido sem atender aos fins sociais da norma e ao interesse e exigências do bem comum, e entendeu que apesar de extremamente excessiva, não o era em relação a cada empregado e ao valor do corresponde salário. Os tribunais mantiveram a decisão que só foi mudada em sede de ação rescisória.

Hoje, o juiz *deve* reduzir equitativamente a penalidade. Reduzir equitativamente não significa reduzir proporcionalmente, ainda que a proporcionalidade faça, muitas vezes, parte do juízo de equidade.

Com esse poder-dever, entendo que não ficará espaço para que se corra o risco de se ver a cláusula penal ser aplicada implacavelmente, independente do cumprimento parcial da obrigação principal, além dos altos custos de uma ação judicial que, de início, se mostra injusta e que não atenda aos interesses das partes, como foi o caso relatado. No fundo não houve qualquer prejuízo financeiro para as partes, principalmente, para os empregados.

Mas ao empregador que atendeu aos interesses gerais, restou-lhe uma condenação pecuniária altíssima, por apenas realizar a compensação solicitada pelos empregados *antes* do feriado e não *depois*, como previa a Convenção Coletiva. Onde está o interesse geral e a finalidade social da norma? A boa-fé objetiva e a função social do contrato não foram atendidas, foram respeitadas?

Entendo que andou bem o legislador atual, quando impôs a condição de obrigatoriedade da redução equitativa da pena. Sendo dever do julgador em reduzir a pena, quando a obrigação for cumprida em parte ou o montante da penalidade for manifestamente excessivo, resta ao devedor, o direito subjetivo de ver reduzida a cláusula, quando violada.

Resumindo: A cláusula penal ou pena convencional é uma obrigação acessória a um contrato ou a outro ato jurídico, formalizado na mesma declaração ou em declaração à parte.

Objetiva a cláusula penal a garantir o credor contra a inexecução completa da obrigação, *multa compensatória* ou a inexecução de alguma cláusula especial ou à mora, *multa moratória*.

Tem a cláusula penal, como finalidade primordial, pré-avaliar as perdas e danos, *multa compensatória*, meio de constranger o devedor a cumprir a obrigação pactuada, *multa moratória*.

A função da cláusula penal é ressarcir os prejuízos decorrentes da inexecução total da obrigação, *multa compensatória* e constranger o devedor a cumprir a obrigação, *multa moratória*.

A *multa compensatória* que é a pré-fixação das perdas e danos tem como traços distintivos: a) fixar o *quantum* da indenização antecipadamente (perdas e danos); b) evitar contrariedades na liquidação judicial; c) a multa substitui a obrigação principal; e, d) opção do credor em receber o principal ou a multa.

A *multa moratória* objetiva constranger o devedor a cumprir a obrigação no prazo e na forma convencional. Tem como particularidades: a) receber a obrigação principal cumulativamente com a multa; e, b) incide no descumprimento de alguma cláusula especial ou no retardamento do cumprimento da obrigação principal (mora).

A *cláusula penal* (multa compensatória e moratória) não se confunde com a pena pecuniária. Enquanto a cláusula penal é convencionalmente livremente pelas partes, a *pena pecuniária* ou “*astreintes*” é determinada pelo juiz nas execuções, atendendo ao pedido do autor na inicial, e é fixada por dia de atraso no cumprimento da determinação judicial e durará enquanto perdurar a inadimplência. A pena pecuniária é sempre devida juntamente com a obrigação principal.

A *multa compensatória* tem por limite o valor da obrigação principal e é livremente convencionalmente pelas partes. A *multa moratória* e a *pena pecuniária* não têm limites, podendo passar o valor da obrigação principal. A *multa moratória* é

livremente pactuada entre as partes ao passo que a *pena pecuniária* é fixada pelo juiz, atendendo ao pedido do credor na inicial e objetiva constranger o devedor a cumprir a determinação judicial.

As arras ou sinal, também, não se confundem com a *cláusula penal*. Enquanto a *cláusula penal* é uma pré-fixação das perdas e danos, as *arras ou sinal* é a quantia paga antecipadamente por uma das partes a outra, visando a garantia do negócio contratado.

Apesar de serem pactos acessórios de uma obrigação principal, visam o cumprimento do contrato destinando-se a uma indenização dos prejuízos porventura experimentados. As *arras ou sinal* são pagas antecipadamente ao passo que a *cláusula penal* é executada posteriormente em consequência do descumprimento do contrato.

Arras confirmatória é a quantia paga na contratação em garantia do negócio jurídico realizado, tornando obrigatório o contrato. A prestação é paga antecipadamente, não permitindo arrependimento, e nem admitindo a rescisão unilateral.

Arras penitenciais permite o arrependimento e, em consequência, a respectiva rescisão contratual. Se o arrependido for o que as deu, perdê-las-á em favor do outro, se os que a recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente.

Finalmente, o *valor da cominação*, conforme disposição contida no Código Civil vigente, que reproduziu o Código Civil revogado, prescreveu que o valor da cominação não poderá exceder o valor da obrigação principal.

A disposição legislativa revogada e reproduzida no Código Civil vigente recebeu, na época, críticas de Clóvis Beviláqua, que entendia que a limitação imposta pelo legislador não se justificava.

Nos dias atuais com o crescimento populacional, surgimento da informática, a procura por informações e o exercício da cidadania, tornar-se-ia impraticável deixar a critério das partes a liberdade de estipular cláusulas sem limitação, principalmente, considerando-se que o critério de fixação ficaria exclusivamente ao arbítrio do credor.

Sendo a cláusula penal uma pena compensatória, é evidente que não poderá superar os prejuízos decorrentes do inadimplemento contratual. As normas de direito privado objetivam restabelecer o equilíbrio entre as partes e não puni-las.

Se a pena corresponde a uma indenização, é evidente que ela não pode ser idêntica ou superior na hipótese de inexecução total ou parcial da obrigação. A lei fala em redução equitativa da pena. Vale dizer, o julgador não pode arbitrariamente reduzir a penalidade. Deve o julgador levar em consideração, a parte do contrato que foi cumprida com o lado em que foi descumprida, para ajustar a cláusula penal a essas duas circunstâncias, agindo de forma razoável, e obedecendo aos critérios da proporcionalidade.

A cláusula penal, como foi visto, é manejada pelo princípio da pré-fixação das perdas e danos. Portanto, o credor está dispensado de provar prejuízo. A avaliação do dano, para apuração do *quantum* a ser pago, não precisa obedecer a critérios objetivos.

As partes contratam livremente e fixam o valor da indenização, sendo dispensável a aferição entre o dano efetivo e a soma a se pagar, como forma de ressarcimento. Pode o valor ser superior ou inferior, mas a liberdade de fixá-la não é nem absoluta e nem imutável.

Deve-se, em primeiro lugar, observar o limite máximo (teto). O valor da *cominação* imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal, seja qual for a extensão do dano. A parte excedente é excluída, valendo a cláusula, desde que observado os parâmetros impostos pela lei. Visa à restrição, dentre outros cuidados, atender os aspectos filosóficos das obrigações, coibindo abusos e evitando injustiças.

A regra que determina o limite máximo sofre exceções. Essas exceções são encontradas em determinados contratos, onde a cláusula penal não pode fixar indenização além de certo valor proporcional ao da dívida. Existem casos nos quais não é possível sequer ir até o valor da obrigação principal, como no caso de mútuo e venda de terrenos loteados.

A redução equitativa da cláusula penal, como dissemos, era faculdade do julgador, antes da vigência do atual Código Civil, que tornou-se obrigação com o advento da nova legislação civilista.

Objetiva a redução equitativa da cláusula penal, atender a função social do contrato, a boa-fé objetiva aliada à eticidade.

Destacamos, por derradeiro, à vista das considerações anteriores, que o princípio dominante em nosso direito é o da imutabilidade da cláusula penal, salvo o caso de cumprimento parcial da obrigação, tanto no caso de cláusula penal moratória como no caso de cláusula penal compensatória, ou quando a penalidade for manifestamente excessiva ou exceder o valor da obrigação principal.

Em síntese, buscou o presente trabalho, uma discussão acerca da cláusula penal estabelecendo paralelos com institutos afins, objetivando trazer interesse na sua melhor aplicação, tema que vinha desde o *Esboço* de Teixeira de Freitas, passando por Clóvis Beviláqua, até os dias atuais, seguindo os mesmos parâmetros e discussões, inclusive emprestada da legislação e da doutrina estrangeira.

Houve resistência de Beviláqua, na época do Código Civil anterior, com relação à redução da penalidade. O atual Código Civil tornou a redução da cláusula obrigatória, quando manifestamente excessiva, seguindo a maioria das legislações estrangeiras, salvo a legislação alemã que não fixou limites, mas permitiu a redução pelo juiz, quando excessiva.

Os demais trabalhos doutrinários seguiam sempre na mesma linha, ancorados em sua maior parte, nas lições de Múcio Continentino, editadas em 1926, e Rubens Limongi França, em 1988, trabalhos voltados exclusivamente à cláusula penal. Desde então, a cláusula penal tem sido inserida nos livros de doutrina, especialmente, nos que tratam das obrigações, como um capítulo à parte, carecendo de maiores indagações.

REFERÊNCIAS

1. Obras, livros, monografias, artigos

ALESSANDRI, Arturo R.; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; VODANOVIC H., Antonio. *Tratado de lãs obligaciones*. 2. ed. ampliada y actualizada. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. (Colección El Derecho Y Justicia).

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cruz Coutinho.

ALTAVILA, Jayme. *Origem dos direitos dos povos*. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, [19--?].

ALVIM, Agostinho. Da eqüidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 797, p. 767-770, mar. 2002.

AMARANTE, Maria Cecília Nunes. *Justiça ou eqüidade nas relações de consumo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

ANDRADE, Agenor Pereira. *Manual de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1975.

ANDRADE, Rogério Emílio de. Princípio da proporcionalidade e medidas econômico-administrativas. *Revista de Direito dos Advogados da União*, n. 2, p. 198-202, out. 2003.

ARAÚJO, Francisco Fernandes. *Princípio da proporcionalidade – significado e aplicação prática*. Campinas: Copola, 2002.

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru (SP): EDIPRO, 1995.

_____. *A ética*. Tradução e introdução histórico-biográfica de Cássio M. Fonseca. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1965. (Coleção Clássicos de Bolso).

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito*. Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BASSO, Maristela. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Atlas, 2009.

BASTOS, Jacinto Rodrigues. *Código Civil português*. Anotado e actualizado. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979. (Edição histórica).

_____. *Direito das obrigações*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954.

_____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1936. v. I.

BISPHAM, George T. The principles of equity 1-2. In: GARNER, Bryan A. *Black's law dictionary*. 7. ed. Saint Paul (MINN): West Group, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti. Bauru (SP): EDIPRO, 2001.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

_____. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRANCO, Luiz Carlos. *Equidade, proporcionalidade e razoabilidade*. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: RCS, 2006.

_____. *Manual de Introdução ao Direito*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2003.

BRUTAU, José Puig. *Compendio de Derecho Civil*. Derecho de obligaciones – contratos y cuasi contratos – obligaciones derivadas de actos ilícitos. 2. ed. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, 1994. v. II.

CALAMANDREI, Piero. *Estúdios sobre el processo civil*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1961.

CALCINI, Fábio Pallaretti. *O princípio da razoabilidade: um limite à discricionariedade administrativa*. Campinas (SP): Millennium, 2003.

CAMPOS, Jayme. *Das penas pecuniárias nas ações de preceito cominatório*. Cláusulas penais. Rio de Janeiro: Edições Trabalhista.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Código Penal comentado*. São Paulo: Verbo Jurídico, 2008.

_____. *Estatuto do desarmamento*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Curso de Direito Penal*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARLUCCI, Aida Kemelmajer de. *La cláusula penal*. Buenos Aires: Depalma, 1981.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Responsabilidade Civil: a importância da equidade no novo dispositivo relativo à responsabilidade do incapaz (cc art. 928). *Editorial Atlas*, n. 21, p. 07, jul./set. 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário - fundamentos da hipótese de incidência*. Saraiva: São Paulo, 1999.

CÁSTAN TOBENÑAS, José. *La formulación judicial del derecho*. Madri: Reus, 1954. (Jurisprudencia y arbitrio de equidad).

CRETELLA JÚNIOR, José. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CÓDIGO Civil português. Coimbra, Portugal: Almedina, 2009.

CONTINENTINO, Mucio. *Da cláusula penal no Direito brasileiro*. São Paulo: Acadêmica; Saraiva & Comp., 1926.

CUNHA, Maria Inês Moura Santos Alves da. *A equidade e os meios alternativos de solução de conflitos*. São Paulo: LTr, 2001.

DAIBERT, Jefferson. *Das obrigações*. Parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 7. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 2. Teoria Geral das Obrigações. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Código Civil anotado*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Teoria Geral do Direito Civil. 20. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.

_____. *Lei de introdução ao Código Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *As lacunas no Direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. 4 v.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ESPINOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações*. Campinas (SP): Bookseller, 2005.

_____. *Systema do Direito Civil brasileiro*. Introdução e parte geral. Bahia: Reis & C., 1908. v. I.

FELIPE, Sônia T. *Justiça como equidade: fundamentação e interlocuções polêmicas* (Kant, Rawls, Habermas). Florianópolis: Insular, 1998.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

FIUZA, Ricardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FORTI, Ugo. *Lezioni di diritto amministrativo: parte generale*. Napoli: Genaro Majo, 1926.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Jurisprudência da cláusula penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988.

FRANÇA, Rubens Limongi. Aplicação do Direito Positivo. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo: Saraiva, 1978. v. 7.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983.

FULGÊNCIO, Tito. *Do direito das obrigações*. Das modalidades das obrigações. (Arts. 863-927). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Obrigações. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. II.

GARNER, Bryan A. *Black's law dictionary*. 7. ed. Saint Paul (Minn): West Group, 1999.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOMEZ CALERO, Juan. *Contratos mercantiles com clausula penal*. Madri, Espanha: Civitas, 1980.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. *Obrigações*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Teoria Geral das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004. v. II.

_____. *Direito das Obrigações*. (Parte Geral). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação*. Aplicação do Direito. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A Filosofia do Direito aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

_____. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Para uma Filosofia da Filosofia*. Conceitos de Filosofia. Fortaleza (CE): UFC, 1999.

_____. *Introdução à Filosofia e à Epistemologia Jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade. *Revista dos Tribunais*, v. 719, p. 57-63, set. 1995.

GUIMARÃES, Antonio Márcio da Cunha. *Tratados internacionais*. São Paulo: Aduaneiras, 2009.

_____. *Direito internacional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. (Coleção OAB Doutrina).

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia - entre a facticidade e a validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

HART, Herbert L.A. *O conceito de Direito*. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

IZZO, Fausto. *Código Civile e leggi complementari*. XVII edizione. Simone-Napoli, Itália: Gruppo Editoriale Esselibri, 2008.

JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français: conforme aux programmes officiels des facultés de droit*. Paris: Recueil Sirey, 1930.

KANT, Immanuel. *Crítica de la razón práctica*. Tradução de V.E. Lollini. Madrid: Perlado, 1731.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 3. ed. rev. Tradução de J. Cretella Júnior; Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *A justiça e o Direito natural*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LATORRE, Angel. *Introdução ao Direito*. Coimbra: Almedina, 1974.

LEITE, Eduardo Oliveira. *A monografia jurídica*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEVENEUR, Laurence. (Org.). *Code Civil 2008*. Paris, France: LexisNexis AS.

LIMA, João Franzen de. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Direito das Obrigações. Teoria geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. Tomo 1. v. II.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPES, João Batista. Tutela antecipada: reversibilidade dos efeitos do provimento e princípio da proporcionalidade. *Revista dos Tribunais*, v. 815, p. 93-100, set. 2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. vol. I.

_____. *Curso de Direito Civil*. Obrigações em Geral. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v. II.

MARIÑO LÓPEZ, Andrés. *Los fundamentos de la responsabilidad contractual*. Montevideo, Uruguay: Carlos Alvarez, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. arts. 1º a 74 - aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Do Direito das Obrigações. (Arts. 304 a 388). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Tomo I. v. V.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. 4. ed. aum. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1956. Tomo I. v. II.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 22, 24, 25 e 26.

MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. *Cláusula penal e indenização*. Coimbra: Alameda, 1990.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Direito das Obrigações. 1ª parte. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de Direito Civil*. Parte geral. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de Direito Civil*. Parte geral. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. I.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESE, Márcio. (Coords). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NONATO, Orozimbo. *Curso de Obrigações*. (Generalidades - Espécies). Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. I, II.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Manual da monografia jurídica – Como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese*. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, José Carlos de. *Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. Franca (SP): Lemos & Cruz Livraria, 2002.

PAUPÉRIO, A. Machado. *Introdução ao estudo do Direito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Contratos, declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. vol. III.

_____. *Teoria Geral das Obrigações*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. II.

_____. *Instituições de Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Do desejo à justiça. *Estado de Minas*, Minas Gerais, p. 01, 03 ago. 2002. Caderno Pensar.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PINHEIRO, Carla. *Direito internacional e direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001.

QUEIROZ, Cristina. *Os actos políticos no Estado de Direito – o problema do controle jurídico do poder*. Coimbra: Almedina, 1990.

_____. *Interpretação constitucional e poder judicial – sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Almedina, 2002.

PUGLIESE, Márcio. *Teoria do Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RABASA, Oscar. *El Derecho angloamericano*. México: Fondo de Cultura Económica, 1944.

RAO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. I.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

REALE, Miguel. Equidade (Direito do Trabalho). *Enciclopédia Saraiva*, São Paulo, v. 32, 2001.

_____. *Lições preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Filosofia do Direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RECASENS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1973.

REGIS, Mário Luiz Delgado. *Código Civil comentado*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RICUPERO, Rubens. A justiça como sinônimo de equidade. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 08 dez. 2002. Dinheiro, p. B2.

RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Tradução de Gilda G. de Azevedo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

RODAS, João Grandino. (Coord.). *Contratos internacionais*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

_____. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4. ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1949.

ROSA, Alcides. *Noções de Direito Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Aurora, 1954.

ROSEVALD, Nelson. *Cláusula penal*. A pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru (SP): EDIPRO, 2003.

ROTHMANN, Gerd Willi, *A interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*. 1978. Tese (Doutorado em Econômico Financeiro) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1978.

ROUBIER, Paulo. *Théorie générale du droit*. 2. ed. rev. e aum. Paris: Recueil Sirey, 1951.

SANTOS, J.M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Parte Geral (Arts. 863-927). 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. XI.

SAVATIER, René. *Cours de droit civil*. 2. ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1947.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Traite de droit romain*. 2. ed. Tradução de Ch Guenoux. Paris: Librairie de Firmin Didot Freres, 1858. v. 1.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 20 ed. rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 1996.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 24. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. [verbete Direito].

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 38, de 12.6.2002). São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Vocabulário jurídico**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. [verbete *astreintes*]. p. 153.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, abr. 2002.

SILVEIRA, Alípio. *Conceito e funções da equidade em face do Direito Positivo*. São Paulo: [s.n.], 1943.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota. *Equidade e Jurisprudência (conceito, evolução e influência nos Tribunais)*. 1996. 186 f. Tese (Doutorado em História do Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996.

_____. *Poderes éticos do juiz*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1987.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2.

VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. São Paulo: UNESP, 2000. (Biblioteca básica).

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

ZYLBERSTAJN, Hélio; SOUZA, André; STANCIOLI, Anderson; MILAN, Marcelo. Aposentadoria e equidade. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 06 ago. 2003. Dinheiro, p. B10.

2. Legislações

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de novembro de 1942. *Lei de Introdução ao Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. *Código Tributário Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. *Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências*. In: *Minicódigos – Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. In: *Minicódigos – Direito do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. In: *Minicódigos – Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. In: *Minicódigos – Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)