

APONTAMENTOS SOBRE O INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO, JUROS E CLÁUSULA PENAL

Larice Cristina ROSA*

RESUMO: O presente artigo visa abordar o tema de forma objetiva, apontando as suas definições, características, espécies, finalidades e as discussões polêmicas quanto à interpretação de certos dispositivos como a do artigo 409 do Código Civil. Não compete aqui, diante do silêncio intencional ou não do legislador, ditar regras quanto à aplicação do Direito Civil, mas tão somente reforçar a idéia de que a cada dia há a necessidade de se tornar comum e efetiva à interação do Direito Civil com o Direito Constitucional.

Palavras-chave: Inadimplemento. Juros. cláusula penal.

1 INADIMPLEMENTO

O inadimplemento, nada mais é do que o descumprimento de uma obrigação, assumida pelo devedor em favor do credor da qual seria extinta se o pagamento fosse efetuado.

Monteiro (2003, p. 8) define obrigação como sendo:

[...] a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal, econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio.

Assim, a obrigação corresponde a uma relação de natureza pessoal em que as partes por meio de um acordo de vontades, representado por um negócio

* Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente" Pós-graduanda em Direito Processual Civil e Direito Civil pela mesma Faculdade. Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Universidade Potiguar – UnP de Natal RN. e-mail: llaricerosa@yahoo.com.br.

jurídico de cunho econômico, tem na figura do devedor ou do seu sucessor o responsável pela sua exoneração através do adimplemento.

A regra é de que as obrigações surgem para que sejam cumpridas, porém, na maioria das vezes, elas não são satisfeitas conforme o pactuado, dando ensejo à responsabilização patrimonial do devedor conforme menciona o artigo 391 do Código Civil “pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”.

No Direito Romano, o objeto da prestação não versava sobre o patrimônio do devedor, mas, recaía sobre a sua pessoa, tornando-se escravo do credor. No entanto, somente mais tarde descobriram que essa solução era ineficaz passando a ter como objeto o seu patrimônio.

Atualmente, são admitidas no ordenamento jurídico duas modalidades de inadimplemento obrigacional, que variam de acordo com a possibilidade de a obrigação ainda vir a ser cumprida.

O inadimplemento é absoluto ou definitivo, quando o credor estiver total ou parcialmente impossibilitado de receber a prestação devida. Podendo se dar pela perda de interesse da sua parte, pelo fato da prestação se tornar inútil ou em razão da impossibilidade de seu cumprimento.

A doutrina ainda o subdivide em: total, quanto à totalidade do objeto da obrigação ou parcial, quando ocorre a impossibilidade ou inutilidade de apenas uma das parcelas da prestação.

Ocorre o inadimplemento relativo ou mora quando ainda for possível e útil a realização da prestação, mesmo que tenha havido inobservância do tempo, lugar e forma devidos. Também dará ensejo à mora, o credor que injustificadamente recusar por si só o pagamento ou ainda se negar a recebê-lo no local e na forma pactuada.

Pereira (2004, p. 308):

[...] não é também, toda a retardação no solver ou no receber que induz mora. Algo mais é exigido na sua caracterização. Na mora *solvendí*, como na *acipiendi*, há de estar presente um fato humano, intencional ou não intencional, gerador da demora na execução. Isto exclui do conceito de mora o fato imputável, o fato das coisas, o acontecimento atuante no sentido de obstar a prestação, o fortuito e a força maior, impedientes do cumprimento.

A mora apresenta dois aspectos que a distinguem do inadimplemento absoluto parcial. Na mora sempre existe a possibilidade de cumprimento da obrigação e o credor tem sempre o direito de exigir os prejuízos por ela causados e a própria prestação. No adimplemento absoluto, pelo fato da prestação se tornar inútil para o credor, só o resta exigir as perdas e danos.

1.1 Conseqüências do Inadimplemento

Para se apurar o dever de indenizar é necessário conhecer à causa do inadimplemento se ocorreu com culpa ou não do devedor. Sem culpa, a obrigação se resolve e as partes são repostas ao estado anterior.

Sendo a conduta culposa, há a possibilidade do desfazimento da prestação, podendo o credor exigi-la do devedor ou a suas custas. Havendo recusa do devedor e se tratar de obrigação personalíssima, converte-se em perdas e danos. Se a obrigação for impessoal, o credor tem a opção de resolver a obrigação ou exigir que ela seja cumprida por terceiro à custa do devedor e em qualquer caso, terá direito às perdas e danos.

Quando for mais de uma prestação e a impossibilidade de cumprimento se der por culpa do devedor a obrigação se concentra no remanescente. No entanto, se o devedor agir com culpa há duas opções: a primeira, se a escolha competia a ele haverá concentração no remanescente; e a segunda, se a escolha pertencia ao credor, este poderá exigir o remanescente ou o valor do que pereceu além das perdas e danos.

Se a impossibilidade de ambas as prestações se der sem culpa do devedor, a obrigação fica resolvida e as partes são repostas ao estado anterior. Agindo com culpa, se competia a ele a escolha de qual delas efetuar primeiro, o devedor terá que pagar o valor da que pereceu por último, mais perdas e danos. Por outro lado, se a escolha era do credor, poderá exigir o valor de qualquer uma das delas bem como as perdas e danos.

Segundo Roberto Senize Lisboa (2004, p. 360) há certos fatores que não podem ser imputados às partes e fatores imputáveis que podem ou não vincular a vontade dos obrigados.

São fatores não imputáveis: a morte do sujeito ativo ou passivo da obrigação, da qual extingue o vínculo jurídico por determinação da lei ou pela vontade das partes; a incapacidade após o comprometimento da obrigação, impedindo o devedor de cumpri-la, assim como a conduta de terceiro.

O caso fortuito também é uma inexecução involuntária cujo evento imprevisível, obsta o adimplemento, em virtude de motivos alheios à vontade do devedor. Assim, para se tornar extinta a prestação, é necessário que a mesma tenha se tornado impossível, sem que o devedor contribua para essa possibilidade, nem com dolo, nem tão pouco com culpa. A causa fortuita deve ser superveniente à pactuada, pois no momento no qual a obrigação foi contraída, a prestação era possível e, depois, antes que ela fosse exigível, tornou-se impossível.

Estas causas alheias à vontade do devedor são suficientes para tornar impossíveis as prestações, chamam-se caso fortuito ou força maior, embora, a doutrina prefere distingui-las.

Força maior é o evento inevitável que impede o devedor, mesmo tendo boa vontade em cumprir a obrigação. Por essa razão, o devedor não responde pelos prejuízos decorrentes, mas a prestação deve ser absoluta, originária e objetiva para que se exonere em definitivo, sob pena do remanescente ser devido. No entanto, se a impossibilidade for temporária, não há a extinção da obrigação, podendo cogitar em eventual indenização por perdas e danos.

Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 270-271) apontam:

[...] a característica básica da força maior é a *inevitabilidade*, mesmo sendo a sua causa conhecida (um terremoto ou uma erupção vulcânica, por exemplo); ao passo que o caso fortuito, por sua vez, tem a sua nota distinta na sua *imprevisibilidade*, segundo os parâmetros do homem médio. Nesta última hipótese, portanto, a ocorrência repentina e até então desconhecida do evento atinge a parte incauta, impossibilitando o cumprimento de uma obrigação.

Desta forma, o que caracteriza o caso fortuito é a inevitabilidade e não a imprevisibilidade, elemento essencial na tipificação da cláusula *rebus sic standibus*. Portanto, a ocorrência do caso fortuito da força maior implica na impossibilidade da prestação contratual dando ensejo à resolução do contrato, sem

ressarcimento das partes e dos danos desde que o devedor não tenha se responsabilizado expressamente pelo cumprimento da obrigação.

Tal regra é prevista no Código Civil artigo 393 caput e parágrafo único:

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

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis de evitar ou impedir.

Em suma, apenas o inadimplemento absoluto e culposo impõe o dever de indenizar e conseqüentemente a responsabilização civil do devedor pelo ato ilícito.

Pode ocorrer ainda a inexecução fortuita em virtude de extrema dificuldade, em que o devedor se depara com a excessiva onerosidade da prestação. Assim, o adimplemento é sempre possível através do pagamento, exceto quando o por razões supervenientes, o inadimplemento se torna insuportável e oneroso para o devedor.

Neste caso, o cumprimento da obrigação exigirá enormes sacrifícios para uma das partes, que não cogitaram essa idéia quando firmaram o contrato. Não há de se falar em impossibilidade do cumprimento obrigacional, mas de extrema dificuldade em realizar possíveis obrigações; porém, é considerado como elemento ensejador da inexecução que não será voluntária.

O efeito será a resolução do contrato com fundamento na cláusula *rebus sic stantibus* e o princípio da onerosidade, pois são fatores justificativos para o não cumprimento da prestação.

1.2 Medidas de Proteção ao Credor

Nas situações de urgência, o legislador possibilitou ao credor executar o ato por si ou por terceiro, sem autorização do juiz, sendo ressarcido

posteriormente, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 251 do Código Civil: “em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido”.

O artigo 461 do Código de Processo Civil ressalta que antes de se buscar uma tutela específica, ou seja, aquela que é apta a conceder ao credor o mesmo resultado prático que seria obtido com o cumprimento voluntário; o juiz pode de ofício ou a requerimento, fixar multa única ou diária a fim de constranger o devedor a cumprir a prestação. Trata-se da Tutela Inibitória ou Preventiva que tem por objetivo, impedir a prática, a repetição ou continuação do ato ilícito através da fixação de multa única e de valor elevado ou da utilização das medidas de apoio previstas no parágrafo 5º do artigo 461 cujo rol é meramente exemplificativo.

2 JUROS

Os juros são os rendimentos fixos ou periódicos do capital empregado, que são cobrados pelo credor em detrimento da sua privação e do risco que incorre caso não o receba de volta. Têm a natureza de frutos civis, ou seja, de bens acessórios conforme a definição de Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 294): “Trata-se [...] de um fruto civil correspondente à remuneração devida ao credor em virtude da utilização do seu capital”.

Como regra geral, os juros têm natureza jurídica de bem acessório na modalidade pertencas, e por isso, não integralizam o principal da dívida. A exceção se dará quando alguma lei, circunstância ou negócio jurídico dispor o contrário.

Assim como as pertencas, os juros podem ser identificados, distinguidos e computados do valor principal facilitando a utilização do mesmo, além disso, somente poderão ser imputados em favor do credor se houver previsão legal sobre o assunto ou se o negócio jurídico assim dispuser.

Os juros podem ser fixados sobre dinheiro ou outro bem fungível, desde a sua origem legal ou da negociação do capital da dívida e, o montante a ser pago a título de juros deve ser fixado conforme o acordado no momento da

constituição da obrigação de modo que haja proporcionalidade entre os juros e o capital.

Tais juros, fixados por meio de negócio jurídico, não podem exceder o limite estabelecido pela norma jurídica, sob pena de caracterizar usura ilícita.

Os juros se distinguem dos dividendos, que são a participação dos acionistas na percepção dos lucros, em uma sociedade anônima; e da amortização, que é a diminuição progressiva do capital, com o pagamento antecipado dos juros e por consequência do valor principal.

Os juros têm duas finalidades: remunerar o credor pelo uso do capital alheio e pagar os riscos inerentes a tal transação, entre eles o risco inflacionário, o risco cambial, o risco da não-restituição e o risco da transferência de custos.

Os juros dividem-se pelo seu fundamento em juros compensatórios ou remuneratórios e juros moratórios.

Juros compensatórios são os proveitos, os frutos originados do capital empregado. Os juros moratórios é a indenização devida em virtude do atraso no cumprimento da prestação devida ao credor.

Os juros podem ser ainda classificados quanto à sua origem: legais, quando devidos por força de lei, independente de convenção entre as partes; ou convencionais que decorrem da manifestação de vontade das partes na prática de um negócio jurídico.

São classificados também, quanto à sua capitalização em juros simples, quando forem capitalizados de forma simples, onde serão computados separadamente, sem que sejam somados ao capital para contagem de novos juros; e juros compostos, onde se acumulam os juros ao capital para contagem de novos juros.

Os juros compensatórios podem ser previstos por lei (exceção), ou pactuado pelas partes como é feito normalmente. Representam o preço do uso do capital e têm por finalidade recompensar o seu uso durante o tempo ajustado.

No que tange a taxa de juros, esta é limitada legalmente, devendo respeitar sua natureza compensatória, e assim como o juro em questão deverá ser contado a partir da privação do capital pelo credor. A taxa convencionada pelas

partes deve ser condizente com os limites legais, caso contrário aplica-se a taxa legal.

Os juros moratórios são fixados em razão do retardamento voluntário do devedor em cumprir a prestação. São juros de caráter indenizatório, constituindo uma pena não só pelo atraso no pagamento ou recebimento, como também o pagamento ou recebimento em outro lugar ou por outra forma de pagamento não convencionado pelas partes.

Juros legais moratórios: que são os juros pactuados entre as partes e serve como indenização pelos prejuízos decorrentes do inadimplemento.

Juros convencionais moratórios: juros pactuados entre as partes para o caso de mora. Segundo o artigo 5º do Decreto 22.626/33, “admite-se que pela mora dos juros contratados estes sejam elevados de 1% e não mais”; porém, além, dos juros compensatórios, poderão ainda ser cobrados cumulativamente os juros convencionais moratórios até o limite de 1% ao mês.

Juros simples são aqueles cuja base de cálculo se restringe ao capital aplicado.

Juros compostos são aqueles que, incidem sobre o capital inicial acrescidos de outros juros acumulados até o período anterior, isto é, são calculados juros sobre juros adicionados ao capital original.

Essa prática de somar juros ao capital para a contagem de novos juros é denominada anatocismo, vedada em princípio pela Lei de Usura (Decreto 22.626/33). No entanto, o artigo 4º do mesmo Decreto e o artigo 591 do Código Civil, autoriza a aplicação de juros compostos, porém, pressupõe a acumulação de juros vencidos ao saldo líquido e acumulação desses juros vencidos apenas de ano a ano.

A acumulação de juros vencidos a que se refere o Decreto trata da necessidade de os juros serem pactuados mês a mês, podendo ser bimestral, trimestral, conforme a vontade das partes e computados de forma simples, somados em conta separada da destinada ao capital sobre o qual incide a taxa de juros.

Para saber se trata de mora do inadimplemento absoluto, deve-se analisar a utilidade e a possibilidade ou não no retardamento do cumprimento da

obrigação. Se ainda for útil e possível, será mora com juros, correção monetária e honorários advocatícios (artigos 394, 395 e 411 do Código Civil). Caso o entendimento seja contrário, configurará inadimplemento absoluto, a recusa da prestação e a possibilidade de se pleitearem perdas e danos, que englobam ainda juros, correção monetária e honorários advocatícios (artigos 395, parágrafo único, 389 e 410 do Código Civil).

Devem estar presentes os seguintes pressupostos para que mora seja apta a autorizar a cobrança dos juros moratórios:

- a) que o objeto da prestação seja exigível e a inexecução culposa da obrigação decorra da mora do devedor;
- b) sua constituição se der pelo dia do vencimento ou pela providência do devedor;
- c) o credor não receber no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelece: artigo 394 do Código Civil;
- d) ter o credor em mora efetuado despesa com a conservação da coisa ou ser responsável pela diferença de preço, de acordo com o: 400 do Código Civil.

De acordo com o 405 do Código Civil, os juros de mora são devidos desde a citação inicial. Todavia, foi aprovada na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal a seguinte ressalva quanto à incidência dos juros: “Enunciado 163: A regra do artigo 405 do novo CC aplica-se somente à responsabilidade contratual, em face do disposto no art. 398 do novo CC, não afastando, pois, o disposto na Súmula 54 do STJ.”

Menciona a súmula: “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”.

Ambos se referem à prática de crime, sendo devidos desde a data do evento, e aos juros imputados contra a Fazenda Nacional aplicados desde o trânsito em julgado da sentença condenatória. No que tange à responsabilidade civil contratual, o artigo deve ser aplicado somente quando houver mora de obrigação líquida e vencida em que os juros serão contados a partir da data do inadimplemento.

Entretanto, a lei expressamente desonera o devedor do pagamento dos juros moratórios em dois casos: quando há responsabilidade do doador pelo atraso na entrega do bem (artigo 552 do Código Civil); e de dívida contra a massa falida (artigo 26, *caput*, do Decreto-Lei 7.661, de 1945).

2.1 Regulamentação Legal

Os artigos 406 e 591 do Código Civil determinam:

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

Art.591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o artigo 406, permitida a capitalização anual.

Nota-se, que o pagamento dos juros moratórios decorre de lei, no entanto, não há a necessidade de pedido de condenação do réu para o seu pagamento ou a condenação na sentença de processo de conhecimento para ser incluído na liquidação.

A polêmica se volta em apurar qual a taxa vigente para a mora do pagamento dos impostos devidos à Fazenda Nacional. A doutrina é divergente sobre qual critério a ser adotado diante da redação do artigo 406 do Código Civil.

No sistema do Código anterior precisamente no artigo 1.063, a taxa legal era de 0,5% ao mês ou de 6% ao ano para os juros devidos por força de lei ou por convenção das partes sem a estipulação de uma taxa. Tanto que a Lei da Usura permitia às partes a fixação de juros em até 12% ao ano ou 1% ao mês.

A partir da entrada em vigor do novo Código Civil, alguns autores têm entendido que a taxa a ser aplicada seja a SELIC (Sistema Especial de Liquidação e Custódia), como medida penalizadora mais severa, cujo potencial é abster o devedor

à prática habitual da mora. Isto se dá pelo fato da SELIC concentrar em si juros de mais de uma natureza, como juros moratórios e compensatórios, além da correção monetária.

A crítica que se faz é quanto aos efeitos gerados pela correção monetária, ao atualizar os valores no decorrer do tempo de acordo com os índices fixados periodicamente pelo Conselho Monetário Nacional.

A taxa SELIC foi instituída por um ato do Banco Central, e não por lei, para remunerar títulos da dívida pública; talvez seja este o motivo para tanta discussão.

Dita a Circular do BACEN n. 2.727/96:

A SELIC destina-se ao registro de títulos e depósitos interfinanceiros por meio de equipamento eletrônico de teleprocessamento, em contas gráficas abertas em nome de seus participantes, bem como ao processamento, utilizando-se o mesmo mecanismo de operações de movimentação, resgates, ofertas públicas e respectivas liquidações financeiras.

Fundados na concepção de um Direito Civil Constitucional com a perspectiva de uma sociedade mais digna, justa e solidária é que os atuais doutrinadores sustentam à inconstitucionalidade da respectiva taxa.

Os argumentos desfavoráveis a SELIC, são de que ela nada mais é do que uma taxa remuneratória que passa a fazer do atraso do devedor uma movimentação financeira para o credor. É uma taxa variável que, dificulta o cálculo mensal dos juros, e insegura para o devedor já que não tem o prévio conhecimento dos juros cobrados pelo credor provocando o seu enriquecimento sem causa. É tão incerta, que mesmo os legisladores, não sabem explicar que espécie de juros seria estes.

Lisboa (2004, p. 741) tem a seguinte opinião a respeito:

[...] primeiramente, a taxa é resultante de uma “cesta” de índices de mercado, alguns dos quais se refere à valorização da moeda no câmbio internacional, o que é estranho à imputação dos juros; de outra sorte, a lei civil não estabelece que a taxa seja aquela determinada pela Fazenda Nacional, mas sim aquela referente ao pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Convencidos disso, o Conselho da Justiça Federal, aprovou na III Jornada de Direito Civil o enunciado n 20, apontando que a taxa de juros referidas no artigo 406 do Código Civil é a descrita no artigo 161, parágrafo primeiro do Código Tributário Nacional, isto é, de 1% ao mês.

Assim, fica definido que os juros convencionais moratórios segundo os artigos 1º e 5º da Lei da Usura (Decreto 22.626/33), concomitados com os artigos 406 do Código Civil e 161, parágrafo primeiro, do Código Tributário Nacional, são limitados a 1% ao mês.

Quanto aos juros convencionais compensatórios, artigo 591 do Código do Código Civil, que disciplina sobre as taxas de juros de contrato de mútuo, remete ao disposto no artigo 406, referente aos juros legais moratórios, que por analogia, pode ser aplicado aos juros legais compensatórios. Vale lembrar, que essa taxa é de 1% ao mês, pela interpretação do artigo 406 em consonância com o artigo 161, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional.

No entanto, o artigo 1º do Decreto 22.626/33 limita os juros convencionais compensatórios ao dobro da taxa legal de 1% ao mês; portanto, se o contrato for de mútuo, deve ser respeitada a taxa de 1% ao mês, de acordo com determinação do artigo 591 do Código Civil; caso contrário, o limite estabelecido será de 2% ao mês.

Nas relações civis, caso esse limite seja ultrapassado, haverá nulidade de juros de acordo com o artigo 11 do Decreto 22.626/33 e a quantia excedente deve ser devolvida em dobro conforme o artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor.

Importante que se diga que a Lei da Usura não foi revogada pelo Código Civil de 2002 sendo perfeitamente possível a sua combinação com o artigo 406 para a aplicação da taxa legal em dobro.

Nem tão pouco pela Lei 4.595/64, já que o Decreto 22.626/33 é uma lei geral que, disciplina a generalidade das relações jurídicas regidas pelo Código Civil, e a Lei 4.595/64, é uma lei especial que, rege o Sistema Financeiro Nacional.

A atual redação do artigo 192 da Constituição Federal aponta para a necessidade de que as matérias relacionadas com o sistema financeiro sejam regulamentadas por leis complementares. No silêncio do legislador, é coerente que

seja aplicado o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil, bem como a Lei da Usura.

Entretanto, foi editada a Súmula 596 do STF com o seguinte teor:

As disposições do Decreto 22.626/33 não se aplicam às taxas e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que, integram o Sistema Financeiro Nacional.

A doutrina “Civil-Constitucionalista” entende revogado tal dispositivo, sob o argumento de que a liberdade conferida a esses órgãos, compromete ainda mais o desenvolvimento econômico e social do país, já que a maior parcela da população é refém das instituições financeiras.

Se por um lado, o legislador teve a intenção de beneficiar as instituições financeiras, revogando entre outras disposições o parágrafo 3º do artigo 192 da Constituição Federal, omitindo o limite de juros a 12% ao ano; por outro, calculou que, os prejuízos decorrentes da inadimplência em massa seriam mais graves para os cofres públicos e para os particulares do que para a própria “massa inadimplente”.

Por isso, foi enfático ao determinar que o “Sistema Nacional Financeiro será regulado por leis complementares”, ou seja, que a taxa de juros moratórios que se refere o artigo 406 do Código Civil é a do artigo 161, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional de 1% ao mês.

3 CLÁUSULA PENAL

A cláusula penal é conceituada como sendo uma obrigação acessória pela qual se estipula uma pena ou multa a parte que deixar culposamente de cumprir a obrigação principal ou retardar o seu cumprimento.

Monteiro (2003, p. 335) tem a seguinte definição: “Cláusula penal é um pacto secundário e acessório e que se estipula pena ou multa para a parte que se subtrair ao cumprimento da obrigação, a que se obrigara, ou que apenas retardá-lo”.

É também denominada pena convencional, em que as partes estipulam uma penalidade de natureza civil ao devedor que não cumpre voluntariamente a obrigação. Essa sanção pode ser representada pela prática de um ato, isto é a indenização do credor em perdas e danos ou a perda de uma vantagem adquirida pelo devedor.

A cláusula penal tem a natureza jurídica de pacto acessório, aplicando-se a ela o princípio pelo qual a obrigação acessória deve seguir a principal.

Assim, uma vez extinta ou anulada a obrigação principal, também será a cláusula penal; porém, a recíproca não é verdadeira. Na hipótese da cláusula penal ser nula tal vício não atinge a obrigação principal que continua existindo.

A cláusula penal apresenta duas finalidades; a primeira delas é a coerção, de modo que a cláusula penal com seu conteúdo intimidador induz o devedor a cumprir a obrigação no tempo e modo conveniados, sob pena de ter que pagar a multa decorrente do seu comportamento ilícito.

A segunda finalidade é de ressarcimento ao credor, fixando antecipadamente o valor das perdas e danos. A mera disposição da cláusula penal supre a alegação e a demonstração do prejuízo causado pela mora do devedor que culposamente descumprir a obrigação; conforme prevê o artigo 408 do Código Civil: “Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora”.

Nessa conformidade, salienta Monteiro (2003, p. 337):

Vislumbram-se destarte, nitidamente, as duas faces da cláusula penal (intimidação e ressarcimento). De um lado, como meio de pressão, ela reforça o vínculo, compelindo o devedor a honrar sua palavra; de outro, como instrumento de indenização, fixa *a priori* cifra que o contratante terá que pagar, caso se torne inadimplente isto é, converte em *res certa* aquilo que é incerto.

Em suma, a cláusula penal nada mais é do que um benefício concedido ao credor, pois abrange duas finalidades: a preventiva de modo a reforça o vínculo contratual e a repressiva nas situações causadas pela culpa do devedor.

Quanto às espécies de cláusula penal elas podem ser compensatórias e moratórias.

Compensatória é a cláusula penal estipulada para a hipótese de total inadimplemento da obrigação. Nesse caso, o credor só poderá exigi-la quando a prestação não puder mais ser cumprida ou se tornar inútil para ele.

O artigo 410 do Código Civil estabelece que a multa seja convertida no caso de inadimplemento absoluto, em favor do credor, o que dá a impressão de que ele poderia ainda exigir prestação, sem a multa. Ocorre que a noção de inadimplemento absoluto é incompatível com tal interpretação, já que ele só se caracteriza pela impossibilidade ou inutilidade da prestação para o credor.

Desse modo, a expressão “alternativa em favor do credor” deve ser interpretada como uma faculdade conferida ao credor de exigir a multa por si só, ou o valor do prejuízo devidamente comprovado.

A cláusula penal moratória ou compulsória é destinada a evitar o retardamento culposo no cumprimento da obrigação, ou para resguardar outra cláusula determinada. Nessa hipótese o credor pode de acordo com o artigo 411 do Código Civil “exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal”. Conclusão, a cláusula penal funciona como um acréscimo da obrigação principal.

Em princípio, o valor da cláusula penal é livre, desde que não haja limitação prevista por alguma norma de ordem pública.

A principal limitação é a regra do artigo 412 do Código Civil, segundo a qual a multa não pode exceder o valor da obrigação principal. Além deste, há outros dispositivos legais que fixam outros percentuais, como o artigo 52, parágrafo 1º, do Código de Defesa do Consumidor, que estipula a multa de 2% sobre o valor da prestação quando o fornecimento de produtos e serviços envolver outorga de crédito ou concessão de financiamento.

A Lei da Usura (Decreto nº 22.626/33) determina em seu artigo 9º que a multa não pode exceder 10% para mútuos e o mesmo valor é estabelecido pela lei que regula os compromissos de compra e venda.

Caso o valor atribuído à cláusula penal seja superior ao valor da obrigação, cabe ao juiz determinar em ação proposta pelo devedor, a sua redução conforme dispõe o Código Civil no artigo 413:

Art. 431. 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.

Dessa forma, o legislador teve a intenção de impedir que a cláusula penal se tornasse um mecanismo de obtenção de vantagens indevidas, contrariando o princípio da função social da obrigação.

A discussão se dá acerca da aplicação desses limites tanto na multa moratória quanto na multa compensatória.

A doutrina tem entendido que pelo fato da multa compulsória ser aplicada em razão do inadimplemento do devedor, esta não deve ser superior ao valor da obrigação principal; já a multa moratória deve ser estabelecida abaixo desse limite por apresentar menores conseqüências.

Por fim, sendo a de obrigação indivisível, todos os credores deverão arcar com o pagamento da cláusula penal, contudo, só pode ser exigido o valor integral do devedor culpado pelo inadimplemento. No que tange ao demais, o credor só poderá exigir sua quota, mas caberá ação regressiva contra aquele que deu causa à aplicação da pena (artigo 414 do Código Civil).

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 (artigo 415 do Código Civil).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mais importante do que definição do inadimplemento é a sua distinção e as conseqüências que responsabilizam o devedor.

No que diz respeito à mora, esta apresenta dois aspectos que a distinguem do inadimplemento absoluto parcial. Nesta sempre existe a possibilidade de cumprimento da obrigação e o credor tem sempre o direito de exigir os prejuízos por ela causados e a própria prestação. No adimplemento absoluto, pelo fato da prestação se tornar inútil para o credor, só o resta exigir as perdas e danos.

Quanto aos juros pode-se que, a Lei da Usura continua em vigor e, aplica-se aos contratos de instituições financeiras.

No que tange a taxa SELIC, esta não é a taxa mencionada no artigo 406 do Código Civil e, sim a prevista no parágrafo 1º do artigo 161 do Código Tributário Nacional.

A limitação da taxa de juros segundo o artigo 406 do Código Civil e artigo 161 parágrafo 1º do Código Tributário Nacional, fixou os juros legais moratórios em 1% ao mês e, o artigo 5º do Decreto 22.626/33, em 1% ao mês os juros convencionais moratórios.

Os juros legais compensatórios, por analogia aos artigos 406 do Código Civil e artigo 161 parágrafo 1º do Código Tributário Nacional, são fixados em 1% ao mês.

Nos contratos de mútuo os juros convencionais compensatórios estão fixados em 1% ao mês, de acordo com os artigos 406 e 591 ambos do Código Civil. Nos demais contratos os juros são de 2% ao mês (artigo 1º do Decreto 22.626/33, artigo 406 do Código Civil e artigo 161, parágrafo 1º do Código Tributário Nacional).

Por fim, a cláusula penal ou pena convencional pode-se dizer que é uma pena, embora pena civil, cuja principal função é a de pré-liquidação dos danos e dos prejuízos causados culposamente pelo devedor, em decorrência do descumprimento da obrigação pactuada com credor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Código civil e Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASSETTARI, Christiano. *Elementos do direito: direito civil*. São Paulo: Premier Máxima, 2006.

FIUZA, Ricardo. *O novo código civil e as propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2006.

JORNADA DE DIREITO CIVIL DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 3. 2004. *Enunciado 163*. Disponível em: <www.justicafederal.gov.br>. Acesso em: 28 fev. 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: obrigações*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.

LISBOA, Roberto Senize. *Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 2.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações: 1ª parte*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: teoria geral das obrigações*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 2

TAXA SELIC. *Direitos do contribuinte*. Disponível em: <<http://direitosdocontribuinte.com.br/page18.htm>>. Acesso em: 11 set. 2006.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações*. São Paulo: Método, 2005. v. 2.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2.