

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Fabio Souza Trubilhano

A cláusula penal e sua limitação no ordenamento
jurídico brasileiro e no direito estrangeiro

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2010

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Fabio Souza Trubilhano

A cláusula penal e sua limitação no ordenamento
jurídico brasileiro e no direito estrangeiro

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, subárea de Direito Civil Comparado, sob orientação do Professor Doutor Willis Santiago Guerra Filho.

SÃO PAULO

2010

Banca Examinadora

À memória do meu avô Floreal Trubilhano,
na certeza de que seus exemplos
permanecem vivos no meu dia a dia.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Willis Santiago Guerra Filho, brilhante docente e atencioso orientador, por todos os conhecimentos que me ofertou, pela confiança depositada em meu trabalho, pela enriquecedora convivência acadêmica.

À Prof^a Dr^a Maria Lígia Coelho Mathias, admirável professora e pessoa de raro valor, pelos agradáveis e enriquecedores momentos compartilhados nesses últimos anos, por todas as orientações profissionais e pessoais, pela postura de vida que me serve de exemplo, por acreditar no meu potencial, pela fidelidade de sua amizade.

À Prof^a Dr^a Maria Helena Diniz, pelo conhecimento adquirido em seus cursos, bem como pelo conhecimento jurídico que há anos venho adquirindo por meio da leitura de suas prestigiadas obras.

Às Professoras Dr^a Márcia Cristina de Souza Alvim e Dr^a Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, que tanto enriqueceram esta pesquisa com as orientações transmitidas no Exame de Qualificação.

Aos colegas que conheci ao cursar as disciplinas da pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, bem como aos que eu já conhecia, pelos momentos de árduo estudo por que passamos.

Aos colegas docentes da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, pelas inúmeras reflexões e debates sobre o tema abordado nesta dissertação.

Aos colegas de doutoramento da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, bem como à Prof^a Dr^a Lineide do Lago Salvador Mosca, pelas pesquisas que trilhamos na área da linguagem jurídica e da argumentação, que tanto auxiliaram na elaboração desta dissertação.

Ao Dr. Sol Trubilhano e à Prof^a Angela Maria Souza Trubilhano, pelo incondicional apoio e pelo constante e inconstitucional incentivo, que vão bem além do que é comum na relação entre pais e filho.

Ao Prof. Dr. Antonio Henriques, pela amizade, pelos debates sobre língua portuguesa e pelos conhecimentos de latim transmitidos em agradáveis reuniões, e, também, pela obra que juntos elaboramos.

Ao advogado Jaime Gonçalves Filho, pela amizade e, também, por fomentar a minha atuação advocatícia, além de torná-la mais agradável.

Aos meus diletos alunos da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, que me dão ânimo e razões para seguir na área acadêmica.

“La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution.”

(Article 1226, Code Napoléon)

“La clausola penale è quella, con cui una persona, per assicurare l'adempimento di un'obbligazione, si obbliga a qualche cosa nel caso che non l'adempia o ne ritardi l'esecuzione.”

(Articolo 1209, Codice Civile Del Regno d'Italia)

RESUMO

A presente dissertação tem por objeto de estudo a cláusula penal e suas limitações no direito brasileiro e no direito estrangeiro, em especial nos códigos civis alemão, francês e italiano. No que toca ao direito brasileiro, debruça-se este estudo sobre a regra geral consubstanciada no Código Civil brasileiro e nas legislações específicas que tratam sobre limitação de cláusula penal. O objetivo deste trabalho é evidenciar os valores que subjazem às normas que estipulam limitações às multas contratuais, tanto no que se refere à regra geral como a negócios específicos, bem como realizar estudo comparativo entre o ordenamento jurídico brasileiro e o direito estrangeiro no que diz respeito às regras gerais de limitação e de redução judicial da cláusula penal. Justifica-se o estudo deste tema em razão da larga utilização do pena convencional nos negócios cotidianos, nas mais variadas modalidades de contrato, sendo relevante o estudo sobre as vantagens e desvantagens da limitação legal à multa contratual. O trabalho é atual, pois não só entre os doutrinadores brasileiros o debate sobre a cláusula penal é fecundo, também o é em vários países, nos quais se avolumam as discussões sobre o tema. Os métodos de abordagem utilizados nesta pesquisa foram o hipotético-dedutivo e o dialético; os métodos de procedimento utilizados foram, essencialmente, o histórico, o comparativo e o estruturalista; e o tipo de pesquisa foi o bibliográfico, envolvendo doutrina, legislação pátria e estrangeira e jurisprudência. Os resultados obtidos confirmam a hipótese de que a legislação brasileira, ao determinar regra geral para o limite da multa contratual, evita, desde o momento da celebração do contrato, a disparidade na fixação do *quantum* da cláusula penal; e confirmam, também, que limitações diferenciadas para a cláusula penal, em razão de legislação especial, pretendem atender às finalidades sociais e econômicas de cada modalidade de negócio, tendo em consideração o fato de que quanto maior for o limite, mais protegido estará o devedor, porém menos robustecido estará o vínculo obrigacional principal.

Palavras-chave: Cláusula penal. Valor da multa. Limitação. Redução judicial.

ABSTRACT

The present work objective is the study goal about the payment penalty clause and its limitations in Brazilian and foreign law, especially German, French and Italian civil code. As regards the Brazilian law, this study focuses on the general rule in the civil code and in the legislations dealing with specific on limitation of penalty. The objective of this work is to highlight the values that underpin the rules which stipulate limitations to contractual fines both as regards the general rules as the specific business as well as a comparative study between the Brazilian legal system and the foreign law and about the general rules for the limitation and reduction of the penalty clause. The reason of studying this subject is the wide use of conventional penalty daily in business, in the most variety forms of contracts, the advantages and the disadvantages of limiting the fine under contract. The work is present, because not only in Brazil but also in several countries the debate is fecund, and doctors study and discuss the theme. The methods of approach used in this research were the hypothetical-deductive and dialectical; methods of procedure, essentially, the historic, comparative and structuralist; and bibliographic research, involving doctrine, homeland and foreign legislation and jurisprudence. The results confirm the hypothesis that the Brazilian legislation, in determining a general rule to the limit of the fine contractual, avoids, up to the conclusion of the contract, the disparity in fixing the quantum of the penalty clause, and also confirm, that limitations differentiated for the penalty clause, by reason of special legislation, considering the social and economic objectives in each modality of business, and also the fact that the greater the limit, more protected will be the debtor, but less strong will be the main mandatory vinculum.

Key words: Penalty Clause – Penalty Value – Limitation – Judicial Reduction

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 13 |
| 1. ESCORÇO HISTÓRICO..... | 16 |
| 1.1. O reforço do vínculo obrigacional no Direito Romano..... | 21 |
| 2. CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE DA CLÁUSULA PENAL..... | 29 |
| 2.1. Conceito de cláusula penal..... | 29 |
| 2.2. Natureza jurídica da cláusula penal..... | 35 |
| 2.3. Finalidade da cláusula penal..... | 40 |
| 3. TAXONOMIA DA CLÁUSULA PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..... | 46 |
| 4. CARACTERÍSTICAS DA CLÁUSULA PENAL..... | 50 |
| 4.1. Acessoriedade..... | 51 |
| 4.2. Compulsoriedade..... | 52 |
| 4.3. Facilidade na liquidação de perdas e danos..... | 52 |
| 4.4. Imutabilidade..... | 53 |
| 4.5 Coexistência na área obrigacional..... | 55 |
| 4.6. Contratualidade..... | 55 |
| 4.6.1. Sujeitos..... | 56 |
| 4.6.2. Capacidade..... | 57 |

| | |
|---|------------|
| 4.6.3. Autonomia da vontade..... | 58 |
| 4.6.4. Objeto..... | 59 |
| 4.6.5. Forma..... | 60 |
| 4.6.6. Licidade do objeto..... | 62 |
| 4.6.7. Boa-fé..... | 63 |
| 4.7. Subsidiariedade, condicionalidade e ressarcibilidade..... | 64 |
| 5. MODALIDADES DA CLÁUSULA PENAL..... | 66 |
| 5.1. Substitutivas à obrigação principal..... | 70 |
| 5.2. Cumulativas com a obrigação principal..... | 74 |
| 5.3. Critérios para distinguir as modalidades de cláusula penal..... | 77 |
| 6. REQUISITOS DA CLÁUSULA PENAL..... | 79 |
| 7. ALTERAÇÃO JUDICIAL DO <i>QUANTUM</i>..... | 85 |
| 7.1. Imutabilidade da cláusula penal..... | 85 |
| 7.2. Redução judicial do <i>quantum</i> da cláusula penal..... | 87 |
| 7.2.1. Quando exceder o valor da obrigação principal..... | 92 |
| 7.2.2. Redução no caso de obrigação parcialmente cumprida..... | 94 |
| 7.2.3. Redução quando o montante se revelar excessivo..... | 95 |
| 7.3. Aumento judicial do <i>quantum</i> da cláusula penal..... | 97 |
| 8. LIMITES DA CLÁUSULA PENAL..... | 100 |
| 8.1. Limitação no Código Civil..... | 100 |
| 8.2. Limitação no Código de Defesa do Consumidor..... | 106 |
| 8.3. Limitação na Lei da Usura..... | 110 |
| 8.4. Limitação nas promessas de venda de terrenos loteados..... | 114 |
| 8.5. Limitação nas obrigações condominiais..... | 120 |

| | |
|---|-----|
| 8.6. Limitação na Consolidação das Leis do Trabalho..... | 127 |
| 8.7. Limitação no contrato do atleta profissional..... | 133 |
| 8.8. Limitação na Lei do Inquilinato..... | 139 |
| 8.9. Limitação nos contratos de união estável e nos pactos antenupciais..... | 146 |
| 9. PREJUÍZO DO CREDOR..... | 149 |
| 10. CLÁUSULA PENAL NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA..... | 155 |
| 10.1. Na Alemanha..... | 155 |
| 10.2. Na França..... | 162 |
| 10.3. Na Itália..... | 169 |
| CONCLUSÕES..... | 175 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 181 |
| ANEXO I - EXCERTO DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO..... | 189 |
| ANEXO II - EXCERTO DO CÓDIGO CIVIL FRANCÊS..... | 191 |
| ANEXO III - EXCERTO DO CÓDIGO CIVIL ITALIANO..... | 194 |
| ANEXO IV - EXCERTO DO CÓDIGO CIVIL ARGENTINO..... | 196 |
| ANEXO V - EXCERTO DO CÓDIGO CIVIL CHILENO..... | 199 |
| ANEXO VI - EXCERTO DO CÓDIGO CIVIL ESPANHOL..... | 202 |
| ANEXO VII - EXCERTO DO CÓDIGO CIVIL PERUANO..... | 203 |
| ANEXO VIII - EXCERTO DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS..... | 205 |
| ANEXO IX - EXCERTO DO CÓDIGO CIVIL URUGUAIO..... | 207 |

INTRODUÇÃO

Ora como estímulo ao adimplemento, ora como prefixação de eventuais danos, a cláusula penal é instituto de larga utilização nas celebrações de negócios jurídicos na sociedade contemporânea, assim como o foi em tempos de antanho.

Em que pesem as várias facetas intrigantes, e mesmo fascinantes, desse instituto jurídico, debruçamo-nos, nessa pesquisa, especialmente sobre uma delas: a sua limitação imposta por lei, como norma geral, entre nós e no direito estrangeiro.

Corolário dessa proposta de pesquisa, debruçamo-nos, também, sobre as leis específicas que, no direito brasileiro, impõem limitações especiais à cláusula penal aposta a alguns negócios jurídicos que demandam proteção peculiar, em razão dos valores sociais e econômicos neles envolvidos.

Assim, para que o estudo sobre a limitação da cláusula penal pudesse ser realizado, alguns temas se mostraram pressupostos e, portanto, foram analisados e estudados nos primeiros capítulos.

Com tal proposta, apresentamos no primeiro capítulo alguns delineamentos históricos sobre a cláusula penal, desvendando suas origens e suas primeiras funções em ordenamentos jurídicos extintos, sobretudo no Direito Romano. Após, em capítulos vindouros, navegamos pelos mares das Ordenações Filipinas, pelo Código Napoleônico, pelo Código Civil do Reino da Itália, pelo *Bürgerliches Gesetzbuch*, pelo Código Civil de Beviláqua, pelo *Codice Civile* italiano vigente e, enfim, pelo Código Civil brasileiro de 2002.

Além dos contornos evolutivos do instituto, realizamos estudos sobre seu conceito, sua natureza jurídica e suas finalidades. Tais estudos, inclusive, ensajaram reflexões contidas no capítulo terceiro, que trata sobre a taxonomia do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o novo código civil passou a cuidar da cláusula penal no título “inadimplemento das obrigações”, enquanto o anterior a tratava entre as “modalidades de obrigação”.

Os caracteres da cláusula penal foram expostos em capítulo próprio, de forma analítica, assim como as modalidades e requisitos da cláusula penal. Também recebeu tratamento especial, nessa pesquisa, a alteração judicial do *quantum* estipulado pelas partes a título de pena convencional, uma vez que tal intervenção judicial na autonomia da vontade, autorizada expressamente por todos os ordenamentos jurídicos em que se realizou essa pesquisa, manifesta-se de certo modo como uma potencial limitação, abstrata e geral, pautada pela manifesta excessividade a ser aferida em cada caso concreto.

Enfim, no oitavo e décimo capítulos encontramos o cerne do trabalho, razão pela qual tais capítulos se mostram consideravelmente mais extensos do que os demais. Neles, realizamos pesquisa, estudo e reflexões sobre as limitações estipuladas na lei acerca do *quantum* da cláusula penal e o tratamento que o instituto recebe nos códigos civis alemão, francês e italiano.

Com tais estudos, como se verá, fica evidenciado o sucesso do legislador brasileiro, que desde 1916 andou na contramão dos códigos civis europeus, estipulando não só a redutibilidade da pena convencional em juízo, mas também limitação para os negócios em geral, diminuindo, assim, casos de cláusulas penais manifestamente excessivas, uma vez que a redução judicial é medida ulterior à gênese do contrato, e a limitação legal é medida anterior, preventiva.

Ocorre que a limitação geral imposta pelo Código Civil de Beviláqua, com o passar dos anos, não se mostrou suficiente para regular determinados negócios jurídicos que, por sua peculiaridade, precisavam de limitações próprias. Assim, várias legislações específicas foram sendo elaboradas, pondo limites diferenciados às multas estipuladas pelas partes em negócios determinados, com a finalidade de proteger o devedor em relações jurídicas como as de empréstimo de dinheiro a juros, de contribuições condominiais, de consumo, de promessa de venda de terreno leteado e de trabalho, entre outras.

Nessa toada, elaboramos estudo e, principalmente, reflexões sobre essas limitações da cláusula penal em negócios jurídicos que possuem tratamento legislativo próprio. Como se verá, as limitações apresentam prós e contras, o que enriquece o tema e fomenta o debate entre os doutrinadores do direito.

Para estudo da cláusula penal na legislação estrangeira, optamos pelos ordenamentos jurídico alemão, francês e italiano, levando-se em conta as disposições de seus códigos civis. A opção se deu em razão da importância e influência de tais ordenamentos, sobretudo dos dois primeiros, para a nossa construção legislativa de 1916. Para fins de consulta, entretanto, colacionamos e disponibilizamos, nos anexos de I a IX, os excertos de nove códigos civis, entre europeus e sul-americanos, que dispõem sobre cláusula penal.

1. ESCORÇO HISTÓRICO

Sabido e consabido que as obrigações tendem à sua extinção, por meio do adimplemento. Não são constituídas, pois, para surtirem efeitos *ad perpetuam*; são-no para que se estabeleçam liames entre os sujeitos, os quais estão obrigados, amarrados, enlaçados provisoriamente, até que o sujeito passivo cumpra a prestação devida, liberando-se assim do vínculo ao qual estava subordinado. Distinguem-se, portanto, dos direitos reais, cuja instituição tende à perpetuidade, embora efetivamente seja apenas tendência.

O que ocorre, aqui, é questão ontológica das relações jurídicas pessoais e reais: aquelas pretendem extinguir-se, constituem-se para tal fim; estas pretendem manter-se, não são constituídas visando à sua extinção, embora esse fato possa ocorrer. Assim, em condições normais, não se firma contrato de empréstimo para nunca devolver o bem, tampouco se doa bem pretendendo que o adquirente perca a propriedade em breve.

Assim, no campo obrigacional, o objetivo do negócio não é outro senão a extinção da obrigação por meio do cumprimento da prestação nela contida, seja de dar, fazer ou não fazer. Ocorre que desde os primórdios percebeu-se que a validade jurídica do vínculo obrigacional não é suficiente para garantir o adimplemento. Talvez em razão dos caracteres do ser humano, quiçá das condições adversas conforme o contexto, ou ainda em razão de valores de cada indivíduo, fato é que as obrigações secas, sem qualquer reforço ou garantia, apresentam e sempre apresentaram considerável risco ao credor, que não raro vê-se desfalcado em seu patrimônio em razão das obrigações contraídas pelos devedores e não pagas.

Até o ano de 326 antes de Cristo, o devedor respondia com seu próprio corpo em razão das obrigações de natureza cível. A garantia com que contava o credor era, pois,

relativamente segura, já que poderia se apropriar do corpo do devedor, tornando-o escravo, vendendo-o, explorando-o. O próprio receio de sofrer a *capitis diminutio maxima*, ou a morte, fortalecia o cumprimento da obrigação, por parte do devedor. A Lei das XII Tábuas chega a mencionar, no caso de co-credores, a possibilidade de esquitejamento do devedor.

Vejam os com mais detalhes as disposições da Lei das XII Tábuas, constantes do que se resgatou sobre a Tábua III – *De rebus creditis*¹, que trata sobre a responsabilidade do devedor em face dos vínculos de natureza obrigacional, envolvendo seu próprio corpo, sua liberdade e sua vida.

I. *Aeris confessi rebusque jure judicatis triginta dies sunt.*²

II. *Post deinde manus injectio esto, in jus ducito.*³

III. *Si volet sua vivito, ni suo vivit, qui in victum habebit libras farris endo dies dato; si volet, plus dato.*⁴

Embora não preservada integralmente, sabe-se que a Tábua III ainda continha disposição no sentido de que o credor não pago, após o terceiro dia de mercado⁵, poderia punir o devedor com a morte, ou vendê-lo a estrangeiro além do Tibre. Em se tratando de vários credores, dispunha expressamente a III Tábua: *Tertiis nundinis partis secanto; plus minusve secuerint, ne fraude esto.*⁶

¹ Dos créditos.

² Para o pagamento de uma dívida confessada, ou de uma condenação, que o devedor tenha um prazo de 30 dias.

³ Passado o prazo, que se faça contra ele a *manus injectio* (pôr a mão) e que ele seja levado perante o magistrado.

⁴ Se o devedor não paga e ninguém se apresenta como *vindex* (fiador) que o credor o conduza a sua casa; que o encadeie, ou por meio de correias ou com ferros nos pés, pesando no máximo quinze libras ou menos se assim o quiser o credor.

⁵ Nas palavras de FRÓES (2004, p.35), “tratava-se do *habebantur in vinculis sexaginta dies*. O *nexus* era conduzido perante o magistrado e após era entregue ao credor que, por ocasião dos comícios e dias de feiras consecutivas, o expunha ao povo, e anunciava o seu débito.

⁶ Após o terceiro dia de mercado (a terceira novena), que o repartam em pedaços; se o cortam em pedaços maiores ou menores, não tem importância (em se tratando de vários credores).

Aliás, brutalidade, vingança e justiça com as próprias mãos já se encontravam resguardadas por lei muitos séculos antes⁷ da Lei das XII Tábuas, na Índia, no famoso Código de Manu, que assegurava ao credor quaisquer meios que se mostrassem necessários e eficazes para haver seu crédito. Vejamos, *in verbis*:

IV – Das Dívidas

Art. 124. Um credor, para forçar o seu devedor a satisfazê-lo, pode recorrer aos diferentes meios em uso na cobrança de uma dívida.

Art. 125. Por meios conforme ao dever moral, por demanda, pela astúcia, pela ameaça e, enfim, pelas medidas violentas, pode um credor se fazer pagar da soma que lhe devem.

E, ainda antes, no Império Babilônico o rei Hamurabi (séc XXI antes de Cristo) já centralizara o sistema jurídico na justiça privada, realizada com as próprias mãos e evitada de vingança, à base do talião.

Art. 196. Se um homem destruiu um olho de outro homem, destruirão seu olho.

Art. 200. Se um homem arrancou um dente de outro de outro homem livre igual a ele, arrancarão o seu dente.

Também trata o Código de Hamurabi sobre dívidas, cuja responsabilidade recai sobre o corpo e do devedor e de seus familiares:

Art. 117. Se uma dívida pesa sobre um homem e ele vendeu sua esposa, seu filho ou sua filha ou entregou-se em serviço pela dívida:

⁷ Manu, cuja origem diz-se ser de Brahma, é considerado um dos mais antigos legisladores, mas a promulgação de seu código tem data incerta: entre 1300 a 800 antes de Cristo.

trabalharão durante três anos na casa de seu comprador ou daquele que os tem em sujeição. No quarto ano será feita sua liberação.

Outros textos legislativos históricos poderíamos mostrar, instituídos por várias civilizações, demonstrando que as sociedades primitivas tendem a atribuir ao credor poderes irrestritos, ou quase irrestritos, para fazer valer o seu crédito, ainda que seja necessário debruçar-se sobre valores em tese mais elevados: vida, liberdade, incolumidade corporal. Não é esse, entretanto, o propósito da presente pesquisa, razão pela qual voltaremos a nos debruçar sobre o Direito Romano, sobre o qual o sistema jurídico hodierno assenta suas raízes.

Vimos, então, que enquanto vigia a Lei das XII Tábuas, o devedor se submetia a constrições físicas caso incidisse e persistisse no inadimplemento, respondendo, portanto, com seu próprio corpo e vida em face das obrigações em que figurava.

Entretanto, em 326 antes de Cristo, no período Pré-Clássico da história de Roma, durante a República, introduz-se ao sistema jurídico romano a Lei *Poetelia Papira*, indubitavelmente o maior marco da responsabilidade civil da Antiguidade Clássica. Por meio da referida *Lex*, os devedores passaram a responder pelas obrigações assumidas por meio de seu patrimônio, e não mais com seu corpo. É, a bem dizer, o afloramento claro e evidente do conceito moderno de responsabilidade civil – em que o sujeito deve e portanto pode ter seu patrimônio coercitivamente afetado caso não honre com as obrigações –, opondo-se ao conceito de responsabilidade penal – nesta, não há dívida, há resposta punitiva do ordenamento em razão de conduta praticada pelo agente que inquina os valores de toda a sociedade.

José Carlos Moreira ALVES (2008, p. 436), nesse sentido, explica sobre as consequências da *Lex Poetelia Papira*:

Com a Lei *Poetelia Papira* (326 a.C.), o devedor deixa de responder pelo débito com o seu corpo, passando a fazê-lo com seu patrimônio. A obrigação, em consequência, deixa de vincular o corpo do devedor ao credor. A partir de então não mais deveria haver a intransmissibilidade do crédito ou do débito. No entanto, o direito romano, em todas as suas fases de evolução, conservou teoricamente o princípio da intransmissibilidade do crédito e do débito.

Nesse contexto, inviável fugir à seguinte digressão reflexiva: há resquícios, ainda hoje, da responsabilidade civil que envolve a liberdade do devedor, quais sejam, a prisão civil por dívida de alimentos e por prática infiel na condição de depositário. E, ainda nos dias atuais, discute-se e caminha-se para a total extinção da responsabilidade civil que extrapola os limites patrimoniais do devedor – é o que se vê no Pacto de San José da Costa Rica; é o que se viu na recente decisão do STF, quanto à inadmissibilidade de prisão civil do depositário infiel (HC nº 87.585; RE nº 466.343; RE nº 349.793).

A evolução do sistema jurídico é, não há dúvidas, no sentido de retirar do particular a possibilidade fazer vingança/justiça e atribuir a um órgão estatal a função de legislar e de dizer o direito em cada caso concreto, usando de coerção quando necessário e, a rigor, nos limites patrimoniais do devedor quando se trata de relação obrigacional. Sobre o assunto, preciosa a reflexão de WAMBIER:

Nos primeiros tempos da civilização, aqueles que se vissem envolvidos em qualquer tipo de conflito intersubjetivo poderiam resolvê-lo por si mesmos, do modo que fosse possível, realizando aquilo a que hoje se denomina de autotutela. Se A e B estivessem em conflito em razão do desrespeito, por B, de direito atribuído a A, este poderia defender-se sozinho, resolvendo o conflito em que estivesse envolvido, mediante qualquer tipo de solução, ainda que baseada na supremacia decorrente da força bruta ou de qualquer faceta representativa dos poderes econômico e bélico.

Com a *Lex Poetelia Papira*, não há dúvida, o sistema jurídico romano evoluiu. Entretanto, as relações jurídicas patrimoniais passaram a padecer de certa insegurança, afinal elidiu-se a maior garantia do adimplemento: a responsabilidade corporal. Nesse contexto, tomaram força alguns meios de robustecimento do vínculo obrigacional, dos quais se destacam as arras e a cláusula penal. Em campo aberto vingaram e fecundaram, também, as garantias reais e pessoais, cujos enlaces jurídicos fazem com que a obrigação esteja respaldada por bens determinados (coisas – *res* – reais) ou pelo patrimônio de outrem, que fia no devedor (confiança – *fidutia* – fiança).

1.1. O reforço do vínculo obrigacional no Direito Romano

Sobre a etiologia do reforço do vínculo obrigacional, no Direito Romano, mencionar-se-ão sucintamente as arras, o *constitutum debiti proprii*, o *iusiurandum promissorium* e, por fim, com minúcias, a cláusula penal. Não se confundem tais institutos com as garantias propriamente ditas, sejam reais, sejam obrigacionais. Nas garantias obrigacionais, ou pessoais, alguém se compromete pelo adimplemento da obrigação, caso o devedor não cumpra com o pactuado; nas garantias reais, um bem é destacado do patrimônio do devedor ou de terceiro e se vincula ao adimplemento da dívida, com publicidade e eficácia *erga omnes*.

Já nos reforços do vínculo obrigacional, como se verá, não se constitui garantia, mas celebra-se o contrato apondo cláusulas que fazem com que o vínculo obrigacional se robusteça, tornando mais provável o seu adimplemento, embora não garantido.

a) As arras no Direito Romano

No Direito Romano, no ocidente, até Justiniano, as arras tinham a única finalidade de confirmação do negócio ajustado entre as partes, de modo que uma das partes entregava à outra determinada coisa ou valor a fim de ratificar a celebração do contrato consensual – via de regra a compra e venda. Essas arras, portanto, eram posteriormente devolvidas ao contratante que as entregara, ainda que o contrato não fosse levado a cabo.

Já no Direito Romano do Império Oriental, à semelhança do que já acontecia no sistema jurídico grego, prolongando-se por toda a Idade Média, as arras assumiam função de penalidade à parte que desistia do vínculo obrigacional anteriormente ajustado. Assim, ao contratante que não cumpre o contrato, se deu as arras, perde-as; se as recebeu, devolvê-las-á em dobro, ou seja, o que recebeu e outro tanto igual.

ALVES (2008, p. 420), na esteira de Windscheid, reflete sobre o tema, vislumbrando feições paradoxais:

Essas arras, sob certo aspecto, constituem reforço da obrigação, porquanto as partes contratantes, para não perdê-las ou para não restituí-las em dobro, são compelidas à execução da obrigação; mas, sob outro aspecto, permitem às partes contratantes, com sua perda ou restituição em dobro, rescindir unilateralmente o contrato, o que representa um enfraquecimento do vínculo obrigacional.

b) O *constitutum debiti proprii*

O instituto do *constitutum debiti proprii* consiste num pacto pretoriano por meio do qual o devedor promete ao credor realizar o pagamento, aprazando data e fixando local, referente a relação obrigacional já existente.

ALVES (2008, p. 421) explica que a referida promessa poderia ser realizada pelo próprio devedor ou por terceiro, sendo que, neste caso, designava-se *constitutum debiti alieni*, tornando-se verdadeira garantia pessoal.

Divergem os romanistas, segundo exposição do autor supracitado, se o *constitutum debiti proprii* realmente era reforço da obrigação, porquanto há controvérsias sobre o seu efeito novatório, isto é, se extinguia com a obrigação principal, substituindo-a; ou se havia coexistência das obrigações:

[...] segundo alguns autores, o *constitutum debiti proprii* tinha efeito novatório, extinguindo, assim, a obrigação anterior; outros romanistas, porém, entendem que dele nascia uma obrigação nova, que não anulava nem absorvia a obrigação precedente, mas que com ela coexistia, podendo o credor escolher – se o devedor não efetuasse o pagamento prometido – entre a ação que protegia o crédito primitivo e a ação decorrente do *constitutum debiti proprii*, que era a *actio de pecúnia constituta*, concedida pelo pretor (ALVES, 2008, p. 421).

c) O *iusiurandum promissorium*

Segundo a constituição imperial de Alexandre Severo, caso um menor de vinte e cinco anos assumisse obrigação sem a devida assistência do seu curador, poderia “reforçá-la” por meio de um juramento denominado *iusiurandum promissorium*, afastando, assim, a possibilidade de restituição dos valores despendidos, atribuindo segurança jurídica ao negócio realizado.

Parece-nos, entretanto, que o *iusiurandum promissorium* consistia em meio de validação da obrigação jurídica, e não em reforço do vínculo pessoal, pois a obrigação

poderia ser anulada em razão da ausência do curador caso não houvesse o referido juramento.

d) A cláusula penal

A cláusula penal é um instituto que remonta sua origem em tempos bem longínquos, que perpassa a civilização romana e já se mostra presente entre os babilônios, os gregos, os egípcios. Entretanto, é no Direito Romano que a cláusula penal receberá tratamento jurídico normativo, com arcabouço jurídico bem cunhado e larga utilização entre os cidadãos, principalmente após a extinção da responsabilidade do próprio corpo em face das obrigações assumidas.

É, portanto, o Direito Romano que convencionamos ser o berço da cláusula penal, nos moldes que a temos nos tempos hodiernos, pelo menos em sua estrutura basilar. A esse instituto os romanos deram o nome de *stipulatio poenae*. Nesse sentido, muito enriquecedoras as palavras de António Joaquim de Matos Pinto MONTEIRO (1999, p.3):

A cláusula penal é uma figura com larga tradição, mergulhando as suas raízes em tempos bem recuados da Antiguidade. O direito babilônico e papiros greco-egípcios constituíram significativo testemunho da sua longevidade. Mas é à *stipulatio poenae* e às regras que a seu respeito foram desenvolvidas pelo gênio romano que é costume atribuir-se a paternidade histórica da cláusula penal.

A *stipulatio poenae* constituía efetivamente uma pena de carácter privado, isto é, convencionalizada entre as partes, e entre elas com força de lei. Era, pois, rigorosa sanção com feição repressiva, cuja inflicção atingia a parte que descumpria o contrato, obrigando-a à integralidade dos valores convencionalizados a título de cláusula penal,

ainda que a inexecução se desse em razão de caso fortuito ou força maior. Desde o início, concebeu-se no direito romano a cláusula penal com a finalidade de assegurar a obrigatoriedade dos contratos, fosse qual fosse a modalidade de obrigação a que se vinculava o devedor: de dar, de fazer, de não fazer.

Vestia-se a *stipulatio poenae* de formalidades, típicas do Direito Romano. Constituíam-se por meio de uma pergunta solene, realizada pelo credor e direcionada ao devedor, à qual este respondia por meio do termo *spondeo*. ROSENVALD (2007, pp. 5 – 6) assevera que, embora a *stipulatio* fosse precedida de um acordo entre as partes, uma de suas mais relevantes características era a abstração como negócio jurídico:

O uso solene de tais palavras determinava o nascimento da obrigação. [...] Sem qualquer necessidade de provar a causa, era possível exigir o prometido. O único modo de dar relevância a uma possível ilicitude do credor, falsidade ou inexistência da causa era a alegação da *exceptio doli* como defesa.

Nesse diapasão, ao celebrar contrato reforçado por *stipulatio poenae*, realizavam-se dois pactos. O primeiro, principal, a prestação propriamente dita, objeto da vontade dos contratantes. O segundo, o pagamento de uma pena caso houvesse o descumprimento da prestação originária, constituindo-se verdadeira disposição acessória, que só teria eficácia se houvesse o descumprimento do vínculo principal.

Ocorre que a cláusula penal romana poderia constituir sanção particular extremamente grave e severa, sob o aspecto patrimonial, ao sujeito passivo da relação obrigacional que não honrasse com o que fora pactuado. Isso porque a pena não possuía limites e poderia até mesmo ultrapassar o valor da prestação principal, se assim houvessem estipulado as partes. O prejuízo proporcionado à parte frustrada com a inexecução da obrigação, caso fosse superior à *stipulatio poenae*, poderia ser requerido, pois a

stipulatio não servia de óbice para que a quantia a maior fosse pleiteada, evidenciando-se a faceta sancionadora do instituto no direito romano.

De fato, posicionam-se os doutrinadores e historiadores, majoritariamente, no sentido de que a *stipulatio poenae*, no direito romano, continha feição puramente coercitiva, sancionadora, punitiva. Servia, pois, como instrumento de coerção para que o devedor adimplisse a obrigação, esquivando-se, assim, da incidência da pena patrimonial estipulada.

Não parece, pois, que em suas origens a cláusula penal tenha sido utilizada para fins de prefixação de danos, como o é atualmente. A função indenizatória, como se verá mais a frente, parece ser ulterior à *stipulatio poenae* romana. No entendimento de Gemma Vives Martinez de Luca, citado por ROSENVALD (2007, p. 6),

apenas com o advento da doutrina canônica sobre a usura deu-se a alteração da concepção da cláusula penal, passando, então, a exercer uma função de reparação de danos. O descumprimento da prestação prometida se converteria em equivalente pecuniário, nada mais.

Efetivamente, no período medieval a perspectiva contratual se dá por meio da escola canônica, que promove a vedação à usura, aos juros, ao enriquecimento pelo empréstimo oneroso. Sob essa visão, surgem algumas alterações na teleologia da cláusula penal, que deixa de consistir em severa punição privada ao devedor inadimplente e passa a representar um *quantum* indenizatório, a substituir a inexecução da obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa.

A usura foi proibida pela pelos eclesiásticos no ano 325, no famigerado Concílio de Niceia. Conforme preleciona GONZALEZ, se aposta nos contratos de mútuo, prevendo

pagamento ao credor de valor pecuniário excedente ao capital emprestado, a cláusula penal poderia dissimular os juros à época tão odiosos. Dessa maneira, na Idade Média houve modificação da concepção sobre a natureza da cláusula penal: de severa punição à equitativa reparação. Este entendimento sobre a cláusula penal recebeu a designação de “doutrina do interesse”.

Nas palavras de ROSENVALD (2007, p. 7),

A noção de interesse foi definida como os danos e prejuízos cujo montante correspondesse ao prejuízo sofrido pelo credor em caso de atraso no pagamento da dívida. A pena ficaria submetida às mesmas regras que valessem para o interesse, ou seja, a indenização. Assim, a pena seria legítima sempre que ela constituísse a representação do dano, vale dizer, da indenização devida, em virtude do não-reembolso do empréstimo no termo fixado. Ela seria ilícita, porém, se estipulada como uma fraude às disposições relativas à usura, em vez de reparar um prejuízo, realizar um ganho em favor do credor.

Como poderemos ver mais a frente, o sistema jurídico hodierno recepcionou a dúplici finalidade do instituto: serve como elemento de coação legítima, fazendo com o que o devedor tenda a pagar a obrigação assumida; serve como elemento de prefixação de danos, dispensando a apuração posterior dos prejuízos experimentados em razão da inexecução do contrato.

BIBLIOGRAFIA

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ALVIM, Agostinho. Da eqüidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 797, p. 767-770, mar. 2002.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil. (Curso de Direito Civil)*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- BARROS, Francisco Carlos Rocha de. *Comentários à Lei do Inquilinato: Lei n. 8.245, de 18- 10- 1991, doutrina e jurisprudência do STJ, TACSP, TAMG, TACRJ, artigo por artigo*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BERNARDO, Fabricio. *Condomínio e Condômino no Novo Código Civil*. São Paulo: RCN Editora, 2003.
- BEVILÁQUA, C. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Estácio de Sá, 1932.
- _____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado por Clovis Bevilacqua*. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 1950. v. 4.
- _____. *Direito das Obrigações*. 7.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 1950.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito*. 5.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRANCO, Luiz Carlos. *Cláusula Penal: o valor da cominação e a redução equitativa da pena*. 2010. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.
- CAHALI, Francisco José. *Contrato de Convivência na União Estável*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CAMPOS, Jayme. *Das Penas Pecuniárias nas Ações de Preceito Cominatório. Cláusulas Penais*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, [s/d].

CÓDIGO de Hamurabi: Código de Manu, excertos (livros oitavo e nono): Lei das XII Tábuas. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, Obrigações; Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2

CONTINENTINO, Mucio. *Da Clausula Penal no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva & Comp., 1926.

CRETILLA JR., José. *Curso de Direito Romano*. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DANZ, E. *La interpretación de los negocios jurídicos (contratos, testamentos, etc.)*; Traduzido por: W. Roces. Madri: Libreria General de Victoriano Suarez, 1926.

DAVIES, Francis Ronald. *Contract*. 3 ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1977.

DIAZ, Guillermo. *La Inmutabilidad de La Clausula Penal*. Buenos Aires: El Ateneo, 1936.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 7.

_____. *Código Civil anotado*. 13. ed. rev. aum. e atual. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 3.

- FACIO, Jorge Peirano. *La Cláusula Penal*. Buenos Aires: Depalma, 1947.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 9º ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil*. São Paulo: Renovar, [s/d].
- FRANÇA, R. L. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. *Jurisprudência da cláusula penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- _____. *Raízes e dogmática da cláusula penal*. São Paulo: Rumo, 1987.
- FRANCO, J. Nascimento. *Condomínio*. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- FRÓES, Oswaldo. *Direito Romano: essência da cultura jurídica*. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 2004.
- FULGÊNCIO, Tito. *Do direito das obrigações: das modalidades das obrigações (Artigos 863-927)*. 2. ed. atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- GALHARDO, João Baptista. *O Registro do Parcelamento do Solo para Fins Urbanos*. Porto Alegre: IRIB: S.A. Fabris, 2004.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. *Obrigações*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GOMES, Rogério Zuel. *Teoria Contratual Contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, [s/d].
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.
- _____. *Direito Civil Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.
- _____. *Direito Civil Brasileiro*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.
- _____. *Direito Civil Brasileiro*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia do Trabalho Científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos*. 6.ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2001.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Manual de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 3.
- _____. *Curso de Direito Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. 2.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MELO FILHO, Álvaro. *Novo Regime Jurídico do Desporto: comentários à Lei 9.615 e suas alterações*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.
- MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho. *Doutrina e Prática das Obrigações: Tratado Geral dos Direitos de Crédito*. 4. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1956. t. 1.
- MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.
- _____. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

_____. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

_____. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.

_____. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 26.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, [s/d].

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

NEGRÃO, Theotonio *et al.* *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 42.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Código e legislação civil em vigor*. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 4. ed. rev., ampl., e atual. até 20 de maio de 2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, José Roberto de Castro. *O Código do Consumidor e as cláusulas penais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Manual da monografia jurídica*. 5.ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários aos precedentes normativos e individuais do TST*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família*. 2^a ed. Curitiba: Juruá, 1998

PAZZAGLINI FILHO, Marino; FRONTINI, Ana Maria S. P.; RICUPERO, Renê: *Da Nova Lei do Parcelamento do Solo Urbano: Lei Federal nº 6.766 de 19.12.79*. São Paulo: EMLPLASA, 1980.

PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o código civil de 1916*. 2. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

_____. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 2.

_____. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2.

_____. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 3.

_____. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 3.

_____. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 4.

PORTUGAL. *Ordenações Filipinas. Livros IV e V*. Reprodução <<fac simile>> da edição feita por Cândido Mendes de Almeida: Rio de Janeiro, 1870. Lisboa: Edição da Fundação Clouste GulbenKian, 1985.

POTHIER. *Traité des Obligations*. Paris: Librairie de L'œuvre de Saint-Paul. 1883.

REALE, Miguel. *O Direito como Experiência; introdução à epistemologia jurídica*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Lições Preliminares de Direito*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense 2007.

_____. *Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano: Leis 6.766/79 e 9.785/99*. 7.^a ed. rev., e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

_____. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

_____. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

_____. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.

_____. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.

_____. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 5.

ROSENVALD, Nelson. *Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 17^º ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad C. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor e sua jurisprudência anotada: Lei n. 8.078, de 11.9.90*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2006.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 7^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 11.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Obrigações: abordagem didática*. 4^a ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Das Multas na Locação Predial Urbana: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Inédita, 2000.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 22.ed. rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 2004.

TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil V. 1.: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2006.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 45 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 2.

_____. *O contrato e sua função social*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008. v. 1.

_____. *Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008. v. 2.

_____. *Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008. v. 3.

_____. *Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008. v. 4.

_____. *Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 6.

WALD, Arnaldo. *Direito Civil: Introdução e Parte Geral*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Obrigações e contratos*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *Obrigações e contratos*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (org.); DE ALMEIDA, Flávio Renato Correia;

ZAINAGHI, Domingos Sávio. Contrato de Trabalho de Atleta Profissional. *In: Direito Desportivo*. Campinas: Editora Jurídica Mizuno, 2000.

_____. Contrato de Trabalho de Atleta Profissional. *In: Curso de Direito desportivo*. Coordenador: AIDAR, Carlos Miguel. São Paulo: Ícone, 2003.

ANEXO I - EXCERTO DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO

§ 339 Verwirkung der Vertragsstrafe

Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, dass er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein.

§ 340 Strafversprechen für Nichterfüllung

(1) Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, dass er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe statt der Erfüllung verlangen. Erklärt der Gläubiger dem Schuldner, dass er die Strafe verlange, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen.

(2) Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu, so kann er die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

§ 341 Strafversprechen für nicht gehörige Erfüllung

(1) Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, dass er seine Verbindlichkeit nicht in gehöriger Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit, erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe neben der Erfüllung verlangen.

(2) Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der nicht gehörigen Erfüllung zu, so finden die Vorschriften des § 340 Abs. 2 Anwendung.

(3) Nimmt der Gläubiger die Erfüllung an, so kann er die Strafe nur verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme vorbehält.

§ 342 Andere als Geldstrafe

Wird als Strafe eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme versprochen, so finden die Vorschriften der §§ 339 bis 341 Anwendung; der Anspruch auf Schadensersatz ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger die Strafe verlangt.

§ 343 Herabsetzung der Strafe

(1) Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechnete Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen.

(2) Das Gleiche gilt auch außer in den Fällen der §§ 339, 342, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, dass er eine Handlung vornimmt oder unterlässt.

§ 344 Unwirksames Strafversprechen

Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so ist auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben.

§ 345 Beweislast

Bestreitet der Schuldner die Verwirkung der Strafe, weil er seine Verbindlichkeit erfüllt habe, so hat er die Erfüllung zu beweisen, sofern nicht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht.

ANEXO II - EXCERTO DO CÓDIGO CIVIL FRANCÊS

Article 1152

Modifié par Loi n°85-1097 du 11 octobre 1985 - art. 1 JORF 15 octobre 1985

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.

Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite.

Article 1226

Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804

La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution.

Article 1227

Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804

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.

Article 1228

Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804

Le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale.

Article 1229

Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804

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

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

Article 1230

Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804

Soit que l'obligation primitive contienne, soit qu'elle ne contienne pas un terme dans lequel elle doit être accomplie, la peine n'est encourue que lorsque celui qui s'est obligé soit à livrer, soit à prendre, soit à faire, est en demeure.

Article 1231

Modifié par Loi n°85-1097 du 11 octobre 1985 - art. 2 JORF 15 octobre 1985

Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut, 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.

Article 1232

Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804

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.

Article 1233

Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804

Lorsque l'obligation primitive contractée sous une peine est divisible, la peine n'est encourue que par celui des héritiers du débiteur qui contrevient à cette obligation, et pour la part seulement dont il était tenu dans l'obligation principale, sans qu'il y ait d'action contre ceux qui l'ont exécutée.

Cette règle reçoit exception lorsque la clause pénale ayant été ajoutée dans l'intention que le paiement ne pût se faire partiellement, un cohéritier a empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité. En ce cas, la peine entière peut être exigée contre lui, et contre les autres cohéritiers pour leur portion seulement, sauf leur recours.

ANEXO III - EXCERTO DO CÓDIGO CIVIL ITALIANO

Art. 1382 Effetti della clausola penale

La clausola, con cui si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento (1218), uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore (1223).

La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno.

Art. 1383 Divieto di cumulo

Il creditore non può domandare insieme la prestazione principale e la penale, se questa non è stata stipulata per il semplice ritardo.

Art. 1384 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 che il creditore aveva all'adempimento (1181, 1526-2, att. 163).

Art. 1385 Caparra confirmatória

Se al momento della conclusione (1326) del contratto una parte dà all'altra, a titolo di caparra, una somma di danaro o una quantità di altre cose fungibili, la caparra, in caso di adempimento, deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta (1194).

Se la parte che ha dato la caparra è inadempiente (1218), l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra; se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra (1386,1826; att. 164).

Se però la parte che non è inadempiente preferisce domandare l'esecuzione o la risoluzione (1453 e seguenti) del contratto, il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali (1223 e seguenti; att. 164).

Art. 1386 Caparra penitenziale

Se nel contratto è stipulato il diritto di recesso per una o per entrambe le parti, la caparra ha la sola funzione di corrispettivo del recesso.

In questo caso, il recedente perde la caparra data o deve restituire il doppio di quella che ha ricevuta.

ANEXO IV - EXCERTO DO CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Art. 652.- La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación.

Art. 653.- La cláusula penal sólo puede tener por objeto el pago de una suma de dinero, o cualquiera otra prestación que pueda ser objeto de las obligaciones, bien sea en beneficio del acreedor o de un tercero.

Art. 654.- Incurre en la pena estipulada, el deudor que no cumple la obligación en el tiempo convenido, aunque por justas causas no hubiese podido verificarlo.

Art. 655.- La pena o multa impuesta en la obligación, entra en lugar de la indemnización de perjuicios e intereses, cuando el deudor se hubiese constituido en mora; y el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente.

Art. 656.- Para pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno.

Los jueces podrán, sin embargo, reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor.

Art. 657.- El deudor incurre en la pena, en las obligaciones de no hacer, desde el momento que ejecute el acto del cual se obligó a abstenerse.

Art. 658.- El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación, pagando la pena, sino en el caso en que expresamente se hubiese reservado este derecho.

Art. 659.- Pero el acreedor no podrá pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio, a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.

Art. 660.- Si el deudor cumple sólo una parte de la obligación, o la cumple de un modo irregular, o fuera del lugar o del tiempo a que se obligó, y el acreedor la acepta, la pena debe disminuirse proporcionalmente, y el juez puede arbitrarla si las partes no se conviniesen.

Art. 661.- Sea divisible o indivisible la obligación principal, cada uno de los codeudores o de los herederos del deudor, no incurrirá en la pena sino en proporción de su parte, siempre que sea divisible la obligación de la cláusula penal.

Art. 662.- Si la obligación de la cláusula penal fuere indivisible, o si fuere solidaria aunque divisible, cada uno de los codeudores, o de los coherederos del deudor, queda obligado a satisfacer la pena entera.

Art. 663.- La nulidad de la obligación principal causa la nulidad de la cláusula penal; pero la nulidad de ésta deja subsistente la obligación principal.

Art. 664.- Subsistirá, sin embargo, la obligación de la cláusula penal, aunque la obligación no tenga efecto, si ella se ha contraído por otra persona, para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido.

Art. 665.- Si la obligación principal se extingue sin culpa del deudor queda también extinguida la cláusula penal.

Art. 666.- La cláusula penal tendrá efecto, aunque sea puesta para asegurar el cumplimiento de una obligación que no pueda exigirse judicialmente, siempre que no sea reprobada por la ley.

Art. 666 bis.- Los jueces podrán imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplieron deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial.

Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.

ANEXO V - EXCERTO DO CÓDIGO CIVIL CHILENO

Art. 1535. La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal.

Art. 1536. La nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta no acarrea la de la obligación principal.

Con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta del consentimiento de dicha persona.

Lo mismo sucederá cuando uno estipula con otro a favor de un tercero, y la persona con quien se estipula se sujeta a una pena para el caso de no cumplir lo prometido.

Art. 1537. Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal.

Art. 1538. Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva.

Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse.

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.

Art. 1540. Cuando la obligación contraída con cláusula penal es de cosa divisible, la pena, del mismo modo que la obligación principal, se divide entre los herederos del deudor a prorrata de sus cuotas hereditarias. El heredero que contraviene a la obligación, incurre pues en aquella parte de la pena que corresponde a su cuota hereditaria; y el acreedor no tendrá acción alguna contra los coherederos que no han contravenido a la obligación.

Exceptúase el caso en que habiéndose puesto la cláusula penal con la intención expresa de que no pudiera ejecutarse parcialmente el pago, uno de los herederos ha impedido el pago total: podrá entonces exigirse a este heredero toda la pena, o a cada uno su respectiva cuota, quedándole a salvo su recurso contra el heredero infractor.

Lo mismo se observará cuando la obligación contraída con cláusula penal es de cosa indivisible.

Art. 1541. Si a la pena estuviere afecto hipotecariamente un inmueble, podrá perseguirse toda la pena en él, salvo el recurso de indemnización contra quien hubiere lugar.

Art. 1542. Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio.

Art. 1543. No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.

Art. 1544. Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.

La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular.

En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme.

ANEXO VI - EXCERTO DO CÓDIGO CIVIL ESPANHOL

Artículo 1152

En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado.

Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código.

Artículo 1153

El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho. Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada.

Artículo 1154

El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.

Artículo 1155

La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal. La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal.

ANEXO VII - EXCERTO DO CÓDIGO CIVIL PERUANO

Artículo 1341^º.- Clausula penal compensatoria

El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero esta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.

Artículo 1342^º.- Exigibilidad de penalidad y obligación

Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación.

Artículo 1343^º.- Exigibilidad de pena

Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella solo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario.

Artículo 1344^º.- Oportunidad de estipulación

La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior.

Artículo 1345º.- Accesoriedad de clausula penal

La nulidad de la clausula penal no origina la de la obligacion principal.

Artículo 1346º.- Reduccion judicial de la pena

El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligacion principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

Artículo 1347º.- Clausula penal divisible

Cada uno de los deudores o de los herederos del deudor esta obligado a satisfacer la pena en proporcion a su parte, siempre que la clausula penal sea divisible, aunque la obligacion sea indivisible.

Artículo 1348º.- Clausula penal indivisible

Si la clausula penal es indivisible, cada uno de los deudores y de sus herederos queda obligado a satisfacer integramente la pena.

Artículo 1349º.- Clausula penal solidaria y divisible

Si la clausula penal fuese solidaria, pero divisible, cada uno de los deudores queda obligado a satisfacerla integramente.

En caso de muerte de un codeudor, la penalidad se divide entre sus herederos en proporcion a las participaciones que les corresponda en la herencia.

Artículo 1350º.- Derecho de codeudores no culpables

Los codeudores que no fuesen culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquel que dio lugar a la aplicación de la pena.

ANEXO VIII - EXCERTO DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS

ARTIGO 810º

(Cláusula penal)

1. As partes podem, porém, fixar por acordo o montante da indemnização exigível: é o que se chama cláusula penal.
2. A cláusula penal está sujeita às formalidades exigidas para a obrigação principal, e é nula se for nula esta obrigação.

ARTIGO 811º

(Funcionamento da cláusula penal)

1. O credor não pode exigir cumulativamente, com base no contrato, o cumprimento coercivo da obrigação principal e o pagamento da cláusula penal, salvo se esta tiver sido estabelecida para o atraso da prestação; é nula qualquer estipulação em contrário.
2. O estabelecimento da cláusula penal obsta a que o credor exija indemnização pelo dano excedente, salvo se outra for a convenção das partes.
3. O credor não pode em caso algum exigir uma indemnização que exceda o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal.

(Redacção do Dec.-Lei 262/83, de 16-6)

ARTIGO 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.

ANEXO IX - EXCERTO DO CÓDIGO CIVIL URUGUAIO

1363. 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.

1364. La nulidad de la obligación principal trae consigo la de la cláusula penal.

La nulidad de ésta no importa la de la obligación principal.

1365. La cláusula penal es válida aun cuando se agrega a obligación cuyo cumplimiento no puede exigirse judicialmente, pero que no es reprobada por derecho.

1366. El acreedor, cuyo deudor ha incurrido en mora, puede a su arbitrio exigir la pena estipulada o la ejecución de la obligación principal.

1367. La cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios que se irrogan al acreedor, por la falta de cumplimiento de la obligación principal.

No puede, pues, pedir a la vez la obligación principal y la pena, a no ser que se haya así pactado expresamente.

Sin embargo, si habiendo optado por el cumplimiento de la obligación, no consiguiera hacerla efectiva, puede pedir la pena.

1368. Sea que la obligación principal contenga o no, plazo en que deba cumplirse, no se incurre en la pena, sino cuando el obligado a entregar o tomar o a hacer, ha incurrido en mora.

Si la obligación es de no hacer, el obligado incurre en la pena desde el momento que ejecute el acto del cual se obligó a abstenerse.

1369. Incurre en la pena estipulada el deudor que no cumple dentro del tiempo debido, aun cuando la falta de cumplimiento provenga de justas causas que le hayan imposibilitado de verificarlo.

Sin embargo, si la obligación principal es de entregar una cosa determinada y ésta perece, no tiene lugar la pena en los casos en que el deudor no sea responsable de la obligación principal.

1370. Cuando la obligación principal se haya cumplido en parte, la pena se pagará a prorrata por lo no ejecutado.

1371. Cuando la obligación primitiva contraída con cláusula penal, es de cosa indivisible y son varios los deudores por sucesión o por contrato, se incurre en la pena por la contravención de uno solo de los deudores y puede 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 les devuelva lo que pagaron por su culpa.

1372. Si la obligación indivisible contraída con cláusula penal es a favor de varios contrarios, sea por herencia o por contrato, no se incurre en la pena total, caso de obstáculo puesto por uno de los deudores a alguno de los acreedores, sino que sólo el causante del obstáculo incurre en la pena y se adjudica únicamente al perturbado; ambos proporcionalmente a su haber hereditario o cuota correspondiente.

1373. Cuando la obligación primitiva con cláusula penal es divisible, sólo se incurre en la pena por aquel de los herederos del deudor que contraviniera a la obligación y sólo por la parte que le toca en la obligación principal, sin que haya acción contra los que la han cumplido.

Esta regla admite excepción, cuando habiéndose agregado la cláusula penal con el fin expreso de que la paga no pudiese verificarse por partes, un coheredero ha impedido el cumplimiento de la obligación en su totalidad.

En tal caso, puede exigirse de él toda la pena.

1374. Si a la pena estuviere afecto hipotecariamente un inmueble, podrá perseguirse en él toda la pena, salvo el recurso de indemnización contra quien hubiere lugar.