

5.º) que o Exmo. Sr. Procurador-Geral se digne, dada a relevância da matéria, bem como a possível ocorrência futura de casos análogos, de atribuir ao pronunciamento dêste órgão força *normativa*.

Rio de Janeiro, 7 de novembro de 1969.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA
Procurador do Estado

OBRIGAÇÕES DE CONSTRUIR E DE INICIAR A CONSTRUÇÃO EM PRAZO DETERMINADO. INADIMPLEMENTO. CLÁUSULA PENAL

A antiga Prefeitura do Distrito Federal, antecessora do Estado da Guanabara, permutou com a União Federal diversos imóveis, conforme autorização contida no art. 1.º do Decreto-Lei n.º 3.242, de 8-5-1941; entre êsses imóveis encontrava-se aquêle sito à Rua Euclides da Rocha, n.º 120, antigo 44, que, colocado em venda através hasta pública, foi arrematado por Falk Altberg, a quem se outorgou escritura definitiva de compra e venda em data de 20-5-1943, sendo o instrumento lavrado a fls. 24 do livro n.º 396 do 17.º Ofício de Notas desta cidade.

2. A cláusula da referida escritura instituiu um *dever de fazer* pesando sobre o comprador, consistente no dever de *erguer construção no local no prazo máximo de dois anos*, ficando, outrossim, instituída cláusula penal consistente na multa de NCr\$ 2,00 (dois cruzeiros novos) por mês ou fração de mês em que ocorresse excesso do dito prazo. Vejamos o texto completo da cláusula em tela:

“Que, nos termos do edital de 1 de agosto de 1942, o outorgado fica obrigado a construir no terreno ora vendido, na conformidade das leis municipais, iniciando a construção no prazo máximo de dois anos, contados da data da assinatura da presente escritura, sob pena de dois mil cruzeiros por mês ou fração de mês de excesso do mesmo prazo”.

Segundo se verifica do processo anexo, de n.º 7.416.841/1953, no dia 25 de novembro do mesmo ano o comprador solicitou licença para construir no local um prédio de apartamentos, a qual lhe foi concedida (despacho de fls. 8 verso, datado de 28-12-1953), sendo dita licença várias vezes renovada, quando expirado seu prazo de validade, até que veio a caducar. No imóvel não foi levantada qualquer construção, segundo verificamos pessoalmente.

3. Conforme acima lembramos, o comprador do imóvel assumiu a obrigação de erguer no local uma construção, cuja natureza não foi especificada. O motivo jurídico dêsse dever de fazer encontra-se no duplo interesse do governo local na existência de construção: o primeiro é de

ordem urbanística, pois constitui para a vista do observador falha desagradável em uma rua a existência de lote sem edificação, enquanto o segundo é de ordem nitidamente *financeira*, pois o impôsto predial resultante da construção de edificação no local traz, no caso de edifício de apartamentos, inegável aumento de arrecadação. Não se pode apontar, portanto, qualquer nulidade no dever de fazer impôsto pelo vendedor, eis que os motivos geradores de sua existência no contrato possuem perfeita validade jurídica, sendo ambos normais em contrato de compra e venda efetuado por uma municipalidade, como é o caso.

4. Essa obrigação de construir não ficou à livre disposição do comprador, no que tange ao *momento de sua execução*. Pelo contrário, no próprio contrato fixou-se um termo para o começo da obra, a qual não poderia deixar de estar pelo menos principiada dentro do prazo de dois anos de compra e venda. Deixou-se, infelizmente, de fixar desde logo um termo para a outorga do “habite-se”, defeito de redação êsse que, entretanto, nada tem a ver com o termo relativo ao início da construção. Examinemos, em suas próprias palavras, o texto da regra contratual:

“... Iniciando a construção no prazo máximo de dois anos, contados da data da assinatura da presente escritura...”

Há, portanto, um termo inicial para o começo da construção e êste ficou desde logo estipulado, de tal forma que não permite contestação, isto é, marcou-se o prazo de dois anos para tanto, contados a partir da data da escritura.

5. A *mora* no cumprimento dessa obrigação de iniciar a construção dentro do termo foi também objeto de previsão contratual, instituindo-se uma *pena pecuniária* para o caso de não vir a ser a obrigação executada em obediência ao período determinado. Para tanto, ficou estipulada a importância de NCr\$ 2,00 (dois cruzeiros novos) por mês ou fração de mês em que fôsse ultrapassado o termo sem que o comprador providenciasse o início da construção. É o que resulta de preceito expresso da cláusula ora objeto de interpretação, *in verbis*:

“Sob pena de dois mil cruzeiros por mês ou fração de mês de excesso do mesmo prazo”.

6. Recapitulando o que acima se expôs, é de assinalar-se a existência de três normas na cláusula em tela, tôdas elas perfeitamente distintas. A primeira norma consiste na *obrigação principal* assumida pelo comprador, a saber: o *levantamento de construção no local*. A segunda norma tem por objeto o *momento final, no tempo*, em que se deveria iniciar o adimplemento da obrigação principal, isto é, o *termo para início da obra*. A terceira e última norma, por fim, instituindo uma *sanção* para a infração do termo de início da construção, consiste numa *cláusula penal*. Vejamos o adimplemento de cada uma dessas normas.

Começada depois do termo, mas logo após terminada. A execução da norma relativa à obrigação principal, portanto, *independe* da execução da norma tendo por objeto o termo.

7. A obrigação principal pode ser ou não *iniciada* pelo comprador dentro do prazo que lhe foi para tanto contratualmente outorgado. Na hipótese afirmativa, isto é, de começo da construção *antes do termo*, surgiria o problema do adimplemento dessa obrigação principal, caso a obra fosse começada e paralisada, mas não surgiria o problema da *desobediência ao termo*; na hipótese negativa, isto é, de mora no início da obra, se desobedeceria ao princípio contratual do *termo*, se bem seja perfeitamente possível o adimplemento da obrigação principal no caso de ser a obra

8. O inadimplemento do *termo* para início da construção da obra nada tem a ver, conforme vimos acima, com a execução da *obrigação principal*, pois a obra pode ser começada dentro do mesmo e, não obstante, ficar paralisada, deixando de ser cumprida a obrigação principal, se bem obedecida a norma relativa ao termo. Da maior importância, porém, reveste-se a desobediência ao termo, pois importará na aplicação da sanção consistente na *cláusula penal*, isto é, na multa prevista por cada mês ou fração em que haja *mora* no cumprimento da norma relativa ao início da construção. Por êsse motivo, a execução da norma tendo por objeto o termo se encontra intimamente relacionada com a norma prevendo a imposição de cláusula penal.

9. No que tange à norma instituindo a *cláusula penal*, é de ver nada ter ela com a obrigação principal, tendo em vista independer sua aplicação do adimplemento ou não desta última. Realmente, se a construção fôr iniciada — o que já observamos — antes do termo e, não obstante, deixar de ser completada, verificar-se-á nítido descumprimento da obrigação principal e, nem por isso, será caso de aplicação da sanção prevista pela mora. Íntima, porém, é a relação entre a cláusula *penal* e o termo, eis que, descumprida a regra contratual impondo obediência ao mesmo para início da construção, necessariamente aplicar-se-á a *cláusula penal*.

10. Demonstrada, assim, a inexistência de relação entre a obrigação principal e a cláusula penal, bem como a íntima relação entre o termo e a cláusula penal, de tal arte que o descumprimento do termo imporá a aplicação da sanção, chegamos ao *ponto nodal da matéria*. Com efeito, segundo o art. 917 do Código Civil.

“A cláusula penal pode referir-se à *inexecução completa da obrigação*, à de *alguma cláusula especial* ou simplesmente à *mora*”.

e, com base em tal distinção, o mesmo diploma estabelece soluções diversas para os resultados do inadimplemento contratual. Diz art. 918:

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

Em outras palavras, se a cláusula penal tem por objeto a *obrigação principal*, o inadimplemento desta última pelo devedor permite ao credor pronunciar-se entre duas soluções: escolher entre a *total declaração de nulidade da obrigação* e o recebimento do que foi pactuado como cláusula penal, não lhe sendo lícito forçar a execução das duas hipóteses.

11. Pelo contrário, diz o art. 919 que,

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

Neste caso, o credor pode livremente exigir do devedor que *cumpra* a obrigação secundária (a cláusula penal prevista pelo art. 919 não se refere ao adimplemento da obrigação principal) e, simultaneamente, que *satisfaça a cláusula penal*. Em outras palavras, além de cumprir o dever de fazer acessório da obrigação principal, terá o devedor de submeter-se ao ônus de entregar ao credor a prestação a que se comprometeu como *sanção* pelo descumprimento da obrigação secundária.

12. Essa diferença nas soluções legislativas estabelecidas para cada hipótese possui profunda lógica jurídica. No primeiro caso, constituiria verdadeiro absurdo se o devedor fosse obrigado simultaneamente a cumprir a obrigação e prestar o dever de fazer consistente na cláusula penal, pois esta última possui nítida função substitutiva do adimplemento da obrigação principal, não sendo certo que o devedor cumprisse a obrigação duas vezes, tendo em vista a natureza de fixação à *forfait* do montante das perdas e danos efetuada através a instituição da cláusula penal. No segundo caso, pelo contrário, encontrando-se firme o adimplemento da obrigação principal, o descumprimento de obrigação secundária pode receber sanção específica, independente do dever de executar a obrigação.

13. Ora, a distinção efetuada pelo legislador no tratamento que houve por bem dar às diversas hipóteses de inadimplemento da obrigação possui íntima relação com o caso concreto ora examinado. Nêle a obrigação principal se encontra no dever de construir no imóvel objeto de compra e venda, sendo a obrigação de iniciar a construção dentro de certo termo uma obrigação secundária, cujo inadimplemento, colocando em mora o comprador, ensejava a aplicação da cláusula penal. Assim sendo, havendo ocorrido inexecução da cláusula relativa ao momento no qual se deveria ter iniciado a construção, possui o Estado, como credor, o direito subjetivo ao recebimento da importância cominada como sanção, subsistindo, porém, o direito subjetivo ao cumprimento da obrigação principal, nos precisos termos do art. 919.

14. Impõe-se, por êste motivo, se proceda à cobrança imediata do crédito de que é titular o Estado, consistente no resultado da multiplicação da sanção cominada por mês ou fração de mês de atraso no início da

construção, pelo número de meses que ultrapassar o prazo de graça de dois anos, contados a partir da data de assinatura da escritura definitiva de compra e venda. A cobrança de tal importância não poderá ser feita, entretanto, através do processo executivo fiscal, eis que, sendo dívida oriunda de contrato, nêle não foi prevista essa forma especial de cobrança; é o que determina o art. 1.º, § único, do Decreto-lei n.º 960, de 17-11-1938. Somente o rito da ação ordinária ensejará validade ao ajuizamento do crédito em tela, que é de ser feito pela douta Procuradoria Geral. Assinalamos, a propósito, ser desnecessário colocar em mora o devedor, pois, na inexecução da cláusula penal a mora se dá *ex re* caso exista prazo pré-determinado, conforme determina o art. 921 do Código Civil:

“Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que se vença o prazo da obrigação, ou, se não o há, desde que se constitua em mora”.

No caso em tela, sendo fixo o prazo da obrigação (dois anos após a data da assinatura da escritura), a mora está perfeitamente configurada.

15. Resta-nos examinar o problema da obrigação principal. Esta tem por objeto o levantamento de construção no imóvel, havendo sido anteriormente expostos os motivos que levaram a antiga Prefeitura do Distrito Federal, antecessora do Estado da Guanabara, a estipular êste dever de fazer, que para ela, como para seu sucessor, se apresenta de grande importância. Uma vez estipulada sanção contratual para o momento final em que se deveria iniciar o adimplemento dessa obrigação de fazer, é claro já se encontrar neste ponto a matéria definitivamente assentada, a ser resolvida nos estritos termos do contrato. O mesmo não se dá, entretanto, quanto ao momento final de execução do dever de construir no local, o qual não foi objeto de estipulação contratual. Como deverá o Estado proceder para que seja cumprido o dever de fazer assumido pelo comprador?

16. Deixou-se, infelizmente, de instituir cláusula penal prevendo a inexecução do dever de construir, pelo que êste há de ser implementado mediante os princípios gerais do direito das obrigações. Assumida que foi uma *obrigação de fazer*, a forma instituída pelo ordenamento jurídico em vigor para fazer cumpri-la pelo seu sujeito passivo encontra-se na sentença proferida em *ação cominatória*, tal como previsto no art. 302 do Código de Processo Civil, o qual outorga essa ação:

“Em geral, a quem, por lei ou convenção, tiver direito de exigir de outrem que se abstenha de ato ou preste fato *dentro de certo prazo*”.

No caso em tela, não havendo sido fixado prazo certo para adimplemento do dever de construir edificação no lote vendido, é de proceder inicialmente à colocação em *mora* do comprador (art. 960 do Código Civil), mediante *notificação judicial*, na qual se lhe dará prazo certo para *terminar*

a obra a que se comprometeu, procedendo-se em seguida à postulação da competente ação cominatória, no caso de possível desobediência ao dever de fazer *em prazo certo* que então se instituirá. Se porventura o comprador não cumprir êsse dever, terá de pagar multa por cada dia de mora, a qual será arbitrada pelo juiz da causa.

17. Finalmente, é de examinar-se, ainda no que tange à obrigação principal, se ao Estado é mais conveniente *forçar* o devedor ao seu cumprimento, mediante a utilização da ação cominatória, ou se poderá obter maiores vantagens através o recebimento de importância em dinheiro, fixada por sentença judicial de arbitramento de *perdas e danos* por inexecução contratual. Do ponto de vista puramente econômico francamente não sabemos como opinar, mas, do ponto de vista *urbanístico*, tudo leva a crer se deva preferir sobretudo o levantamento de edificação no local, pois a existência de falha no conjunto de construções desagrada sobremaneira à apreciação estética da cidade (veja-se o que a respeito dissemos no § 3.º do presente, acima).

18. Recapitulando o exposto, nosso entendimento a respeito é o seguinte:

a) Existe na espécie uma *obrigação principal*, um *térmo* para o início de sua execução e uma *cláusula penal* como sanção pelo descumprimento dêsse *térmo*;

b) o Código Civil outorgou tratamento jurídico diverso a cada uma dessas relações jurídicas, negando a cumulação do adimplemento da *obrigação principal* com o pagamento de *perdas e danos*, se bem permita cumulação da exigência de cumprimento do *térmo* para início da construção com o pagamento de *indenização* prevista em *cláusula penal*;

c) o cumprimento da obrigação principal pelo comprador é preferível para o Estado ao invés de recebimento de *perdas e danos*, sendo, para tanto possível utilizar-se a *ação cominatória*;

d) a cobrança da importância devida pelo inadimplemento do *térmo* para início da construção (e que foi prevista na cláusula penal) é de ser efetuada mediante *ação ordinária*.

Rio de Janeiro, 2 de maio de 1968.

ROCHA LAGÔA
Procurador do Estado

POSTURAS: CONCEITUAÇÃO. MULTAS ADMINISTRATIVAS. CANCELAMENTO

I

1. O Decreto-lei n.º 72, de 25 de julho transato, determinou a remissão de débitos e a anistia de infrações relativas a determinados tributos (Capítulo I) e alterou a parte geral da legislação tributária do Estado