

DA CLÁUSULA PENAL

PENAL CLAUSE

Arthur Rabay

Advogado em São Paulo-SP

Mestrando em Direito Civil, Especialista em Direito Processual Civil e

Especialista em Direito Contratual pela PUC-SP.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceito; 2 Natureza jurídica; 3 Funções; 4 Modalidades; 5 Limites; 6 Revisão judicial; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho aborda o tema da cláusula penal, no âmbito do Direito Civil, abarcando a identificação do seu conceito, natureza jurídica, funções, modalidades, limites, e possibilidade de revisão judicial. Para desenvolvimento do tema, o autor conjuga doutrina, jurisprudência e legislação. O conceito, a natureza jurídica e as funções da cláusula penal são enfrentados com coesão, concisão e clareza pelo autor. As diferentes modalidades de cláusula penal são destrinchadas, e a melhor técnica para diferenciá-las também é apresentada. As limitações da cláusula penal providas de fontes legais são citadas caso a caso. No que concerne à revisão judicial da cláusula penal, são abordados os fundamentos teóricos, as fontes legais, e citados precedentes jurisprudenciais.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusula Penal. Direito Civil. Modalidades. Limites. Revisão Judicial.

ABSTRACT: This paper addresses the issue of penalty clause under the Civil Law, covering the identification of its concept, legal nature, functions, procedures, limits, and the possibility of judicial review. For development of the theme, the author combines doctrine, jurisprudence and legislation. The concept, the legal nature and functions of the penalty clause are faced with cohesion, conciseness and clarity by the author. The different modalities are destrinchadas penalty clause, and the best technique to differentiate them is also presented. The limitations of the penalty clause stemmed from legal sources are cited in each case. With regard to judicial review of the penalty clause, examines the theoretical foundations, legal sources, and cited precedents.

KEYWORDS: Penal Clause. Civil Law. Procedures. Limitations. Judicial Review.

INTRODUÇÃO

O instituto jurídico da cláusula penal, tem localização topográfica no Código Civil de 2002, dentro da Parte Especial, no Livro I – Do Direito das Obrigações, Título IV - Do Inadimplemento das Obrigações, Capítulo V – Da Cláusula Penal.

Nota-se, destarte, que a cláusula penal tem lugar e aplicação nos casos de inadimplemento obrigacional, mostrando-se de aplicação universal nos negócios jurídicos em geral, atos bilaterais / contratos, e negócios unilaterais, tais como inclusive nos testamentos.

As funções exercidas pela cláusula penal constituem em reforço e motivação para que o devedor cumpra a obrigação que lhe cabe, perante o credor, pois caso contrário haverá incidência da penalidade nela prevista, bem como pré-fixação de perdas e danos para o caso de descumprimento, sem necessidade de comprovação do respectivo prejuízo.

A previsão de revisão judicial da cláusula penal, constante do Código Civil de 2002, como “dever” do magistrado, confirma o seu caráter cogente, de norma de ordem pública, inderrogável pela vontade dos particulares¹, revelando que a *Justiça Contratual* (equilíbrio contratual) foi definitivamente erigida a verdadeiro princípio na novel legislação civil². Confirmando tal assertiva, constata-se que diversas leis esparsas, em variada gama de relações jurídicas específicas, limitam o seu teor.

O estudo da cláusula penal, portanto, revela-se desafiador, de grande interesse e imensa aplicação prática, ao mesmo tempo abarcando aspectos bastante vetustos e tradicionais, e outros novos e inovadores a cada novo olhar, a cada nova alteração legislativa.

1 Consoante acentua Humberto Theodoro Júnior: “Por meio das leis de ordem pública, o legislador desvia o contrato de seu leito natural dentro das normas comuns dispositivas, para conduzi-lo ao comando daquilo que a moderna doutrina chama de ‘dirigismo contratual’, onde as imposições e vedações são categóricas, não admitindo possam as partes revogá-las ou modificá-las” (in: *O Contrato e seus Princípios*, 1. ed. São Paulo: Aide, 1993. p. 17).

2 Nos dizeres de Renata Mandelbaum: “... através da aplicação dos princípios que regem a nova realidade contratual, busca-se a segurança jurídica, não através da liberdade contratual, onde imperava a supremacia da “palavra dada” (pacta sunt servanda), mas através da tutela da confiança e da boa fé, banhados pelo princípio da justiça contratual (in: *Contratos de Adesão e Contratos de Consumo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 101).

1 CONCEITO

Como de há muito já advertiam os antigos romanos, através do velho brocardo – *omnis definitio periculosa est* – toda definição é perigosa. Inobstante, no avanço da Ciência Jurídica há que se definir, há que se arriscar, há que se evoluir e transcender.

A cláusula penal, também chamada de pena convencional, ou multa contratual, é pacto acessório pelo qual se estipula a incidência de determinada penalidade, para a hipótese de descumprimento culposo, no todo, ou em parte, da obrigação principal, em desfavor da parte inadimplente^{3 4 5}.

A penalidade, por sua vez, pode constituir em: “(i) pena pecuniária (em dinheiro), (ii) entrega de coisa, (iii) abstenção de um fato, (iv) perda de algum benefício, tal como um desconto⁶.”, dentre outras⁷.

Pode ser estipulada concomitante ou posteriormente à obrigação principal, isto é, no próprio instrumento, como cláusula específica, ou ainda em apartado, enquanto pacto adjeto / aditamento (artigo 409, Código Civil).

3 A cláusula penal, no ensinamento de Pablo Stolze Gagliano e de Rodolfo Pamplona Filho, “é um pacto acessório, pelo qual as partes de determinado negócio jurídico fixam, previamente, a indenização devida em caso de descumprimento culposo da obrigação principal, de alguma cláusula do contrato ou em caso de mora” (in: *Novo Curso de Direito Civil – Obrigações*. 7. ed. v.II, São Paulo: Saraiva, 2006. p. 319).

4 Como leciona De Plácido e Silva: “Também chamada de pena convencional, consiste na disposição aceita pelas partes contratantes, em virtude da qual, na falta de cumprimento da obrigação ou obrigações insertas no contrato, fica a parte contraventora sujeita ao pagamento da pena pactuada. É, assim, cláusula imposta para segurança e garantia da execução ou cumprimento da obrigação principal, ajustada no contrato” (in: *Vocabulário Jurídico Eletrônico*, Rio de Janeiro: Forense, 3. ed. verbete “cláusula penal”).

5 Pontes de Miranda, por sua vez, conceituou a cláusula penal como: “... prestação, de ordinário em dinheiro, que alguém, devedor ou não, promete, como pena a que se submete, para o caso de não cumprir a obrigação, ou não a cumprir satisfatoriamente, ou para o caso de se dar algum fato, concernente ao negócio jurídico, ou não se dar” (*Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. XXVI, p. 62).

6 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. II – Teoria Geral das Obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva 2006. p. 385.

7 “Em regra, as partes têm liberdade em estabelecer o valor dos danos e avaliá-los na quantia que melhor lhes aprouver, tudo isso dentro do princípio da liberdade de contratar, podendo-se estipular não só dinheiro, mas também coisas, fatos ou abstenções” (in: *Contratos - Manual Prático e Teórico*, Wagner Veneziani Costa e Gabriel J. P. Junqueira, São Paulo: WVC, 1999. p. 37).

A cláusula penal pode ser estipulada para o caso de inadimplemento total da obrigação, para o caso de simples mora, e para segurança especial de determinada cláusula.

A incidência da cláusula penal opera de pleno direito, desfavoravelmente ao devedor, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação principal, ou constitua-se em mora.

Deveras, não há mora sem culpa, e não há descumprimento obrigacional, nem incidência de cláusula penal, sem culpa, tratando-se inclusive de texto expresso de lei (artigo 408, Código Civil). Se a obrigação se tornar inexecutível sem culpa do devedor, a cláusula penal restará resolvida, *ipso facto*⁸. Logo, como de ordinário, o devedor não responderá por descumprimento obrigacional decorrente de caso fortuito ou de força maior, salvo convenção expressa em sentido contrário (artigo 393, Código Civil), mas responderá por eventual “inexecução culposa” da obrigação, ou pela sua mora^{9 10}.

Carlos Alberto Bittar¹¹ bem observa o seguinte a respeito: “tanto no caso fortuito, como na força maior, existe ausência de culpabilidade do devedor, que fica liberado da obrigação, sem qualquer pagamento de indenização.”

A mora por parte do devedor, por sua vez, restará configurada, de pleno direito, isto é, sem necessidade de notificação / interpelação por parte do credor, desde que haja termo final (prazo de vencimento) para cumprimento da obrigação, caso em que prevalecerá a parêmia *dies interpellat pro homine* (o termo interpela em lugar do credor – tradução livre), tratando-se de *mora ex re*. Ou, não havendo prazo convencionado,

8 GOMES, Orlando. *Obrigações*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 160.

9 “O contratante que haja dado causa ao descumprimento do pacto está obrigado ao pagamento da cláusula penal previamente estipulada” (TJSC - AC n.º 2004.014965-4 - Balneário Camboriú - Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben - j. 21/09/2006).

10 “A total inexecução contratual pode advir, algumas vezes, de fatos alheios à vontade dos contratantes, que impossibilitam o cumprimento da obrigação que incumbe a um deles, operando-se de pleno direito, então, a resolução do contrato, sem ressarcimento das perdas e danos, por ser esta uma sanção aplicada a quem agiu culposamente, e sem intervenção judicial, exonerando-se o devedor do liame obrigacional. Entretanto, caberá a intervenção judicial apenas para compelir o contratante a restituir o que recebeu. Isto é assim por se tratar de impossibilidade superveniente, total, objetiva e definitiva, proveniente de caso fortuito ou força maior, cujos efeitos não poderiam ser evitados pelo devedor” (in: DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v.III. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 169).

11 BITAR, Carlos Alberto. *Teoria Geral das Obrigações*. 7. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 270

imperiosa a notificação / interpelação do devedor pelo credor para sua constituição em mora, tratando-se, em tal hipótese, de *mora ex persona*¹².

De suma importância observar que para exigência da cláusula penal, o credor não precisa provar prejuízo, e caso este não tenha sequer existido, nem por isso afastar-se-á sua incidência, conquanto presumido, *ex vi legis*¹³. Deverá, entretanto, o credor, provar o inadimplemento da obrigação, por parte do devedor, para ensejar a incidência da cláusula penal.

Neste sentido, entende-se a *condicionalidade* da cláusula penal. Conforme ensinança de Maria Helena Diniz¹⁴:

A cláusula penal possui a característica da condicionalidade, já que o dever de pagar a pena convencional está subordinado a um evento futuro e incerto, o inadimplemento total ou parcial da prestação ou o cumprimento tardio da obrigação, por força de fato imputável ao devedor.

2 NATUREZA JURÍDICA

Como já visto acima, a natureza jurídica da cláusula penal é de obrigação acessória ou pacto secundário, e como tal, segue a sorte da obrigação principal, de modo que a existência, validade e eficácia daquela, dependem desta.

Certo é que, diante de tal peculiaridade, a invalidade da obrigação principal enseja a invalidade da cláusula penal, enquanto pacto acessório, mas a recíproca não é verdadeira, pois a invalidade da cláusula penal não enseja a invalidade da obrigação principal (artigo 184, Código Civil).

Aplica-se, assim, o princípio de que o acessório segue o principal (*accessorium sequitur principale*).

De todo modo, cumpre lembrar que nos negócios jurídicos em geral, assim como na cláusula penal, prevalecem, com a ressalva acima

12 "Art. 397 - O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor. Parágrafo único - Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial" (Código Civil).

13 Artigos 212, inciso IV, e 416, caput, do Código Civil.

14 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 313.

apresentada, os princípios da conservação (preservação) (artigo 184, Código Civil), ora conservando a validade da parte hígida do negócio jurídico, em detrimento da parte maculada e viciada (*utile per inutile non vitiatur* - “o útil não é viciado pelo inútil” - tradução livre), da conversão (artigo 170, Código Civil), ora convertendo negócio jurídico nulo em válido, e do aproveitamento (“na cláusula suscetível de dois significados, interpretar-se-á em atenção ao que pode ser exequível – princípio do aproveitamento”¹⁵).

Seja como for, eventual invalidade da cláusula penal não impede que o lesado venha a pleitear indenização relativa às perdas e danos que venha a sofrer, com fundamento no direito comum, devendo arcar, entretanto, com o ônus da prova dos prejuízos sofridos, em harmonia ao princípio da reparação integral (*restitutio in integrum*).

Igualmente, no caso de ato doloso^{16 17} por parte do devedor, mesmo válida a cláusula penal, independentemente de haver ou não previsão contratual expressa de indenização suplementar, caberá indenização integral, em toda a sua extensão, relativamente ao evento danoso¹⁸. E isto porque, não seria justa, nem jurídica, a ausência de plena e completa indenização a respeito em tal caso, sob pena de favorecimento da má-fé, da intenção deliberada de prejudicar outrem, da emulação e do engodo do devedor, bem como sob pena de aviltar o princípio da reparação integral (*restitutio in integrum*), que prevalece no campo da responsabilidade civil. Outrossim, a responsabilidade contratual (oriunda do descumprimento culposo do contrato) não pode e não deve excluir a responsabilidade extracontratual (oriunda da prática de ato ilícito culposo), nem tampouco com esta confundir-se. De fato, o ato doloso, afastando-se da órbita contratual, chega-se ao campo de atuação da responsabilidade extracontratual, ensejando-a.

15 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. I – Parte Geral, São Paulo: Saraiva, 2. ed. 2005. p. 302.

16 O dolo, segundo o escólio de Wilson de Souza de Campos Batalha: “[...] consiste no artifício, ou manobra, tendente a induzir outrem a erro na celebração do negócio jurídico que o prejudica” (in: *Defeitos dos Negócios Jurídicos*, Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 121).

17 Clóvis Beviláqua, por seu turno, conceitua o dolo como: “o emprego de um artifício ou expediente astucioso para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica e aproveita o autor do dolo ou o terceiro” (In: *Comentários ao Código Civil*, v. I, 6. ed. 1940. p. 339).

18 “Ressalva-se somente a hipótese de ato doloso do devedor, caso em que a indenização há de cobrir o ato lesivo em toda a sua extensão” (in: *Direito Civil Brasileiro*, v. II – Teoria Geral das Obrigações, Carlos Roberto Gonçalves, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 385)

3 FUNÇÕES

A cláusula penal exerce dupla função: *i) função intimidatória* - como meio de intimidação do devedor, e reforço para compeli-lo ao cumprimento da obrigação principal, sob pena de incidência da penalidade nela prevista; e *ii) função ressarcitória* - como pré-fixação de perdas e danos devidos em decorrência do inadimplemento da obrigação, sem necessidade de prova do prejuízo.

Efetivamente, a cláusula penal enseja incontestado efeito, influenciando as partes contratantes, de modo a incentivá-las e a movê-las a cumprir a obrigação assumida, no tempo, no modo e no lugar devidos, caso contrário a parte culpada, inadimplente, responderá pela sanção civil (penalidade) adrede ajustada de comum acordo entre as mesmas.

Por outro lado, também se presta à pré-fixação das perdas e danos, oriundas de eventual inexecução culposa da obrigação, facilitando à parte inocente em liquidar e receber a respectiva indenização já expressamente prevista no negócio jurídico. Com efeito, neste caso a lei estabelece dispensa do ônus da prova e presunção do prejuízo cujo montante já tenha sido previamente ajustado entre credor e devedor. Trata-se de vantagem manifesta, considerando-se as recorrentes dificuldades afetas à produção de provas¹⁹.

Arnaldo Rizzardo²⁰, em palavras bastante esclarecedoras, observa o seguinte:

Não resta dúvida de que duas as finalidades básicas: compeli ao cumprimento e composição do prejuízo trazido pela mora ou omissão em atender o convencionado. A função coercitiva é, realmente, a mais importante, apesar das tendências em salientar o caráter reparatório ou compensatório. Sempre predominou esta finalidade, eis que

19 "ocorrendo o inadimplemento imputável e culposo, o credor tem a possibilidade de optar entre o procedimento ordinário, pleiteando perdas e danos nos termos dos arts. 395 e 402 (o que o sujeita à demora do procedimento judicial e ao ônus de provar o montante do prejuízo) ou, então, pedir diretamente a importância prefixada na cláusula penal, que corresponde às perdas e danos estipulados a forfait. Daí a utilidade da cláusula penal como instrumento que facilita o recebimento da indenização, poupando ao credor o trabalho de provar, judicialmente, ter havido dano ou prejuízo, livrando-se, também, da objeção da falta de interesse patrimonial" (COSTA, Judith Martins. In: *Comentários ao Novo Código Civil*. Do Inadimplemento das Obrigações. v. V. Tomo II. Arts. 389 a 420. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 490).

20 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 536.

interessa sobretudo ao credor ver atendido seu crédito, pelo tempo, modo e valor firmados. Possui força intimidativa, induzindo o devedor a satisfazer aquilo a que se comprometeu. Temendo que será obrigado a pagar soma bem superior àquela consignada no contrato, haverá maior empenho e cuidado para o devido cumprimento.

Na atualidade, entretentes, a par das funções acima referidas, não há como se negar também a *FUNÇÃO SOCIAL* da cláusula penal, em decorrência da consagração do *princípio da socialidade* e do *princípio da função social dos contratos* pelo Código Civil vigente (artigos 421 e 2.035, parágrafo único). De fato, a cláusula penal como parte do todo, vale dizer, do negócio jurídico, que encampa função social, também deverá submeter-se a tal princípio. Tanto não bastasse, a própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, também consagra a função social da cláusula penal, ao estabelecer que na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum²¹.

Extrai-se, daí, que a cláusula penal, da mesma maneira que os contratos, também se sujeita aos ditames e aos limites impostos pela função social²².

4 MODALIDADES

Na dicção da lei (artigo 409, segunda parte, Código Civil), têm-se como modalidades da cláusula penal:

- (1) compensatória (para a hipótese de inadimplemento absoluto);
- (2) moratória (para a hipótese de mora no cumprimento da obrigação principal); e
- (3) segurança especial de cláusula determinada (para a hipótese de inadimplemento de cláusula especial).

21 Art. 5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

22 "Ao contrato, instrumento outrora de feição individualista, é outorgada também uma função social [...]. Timbra em exigir que as partes se pautem pelo caminho da lealdade, fazendo com que os contratos, antes de servirem de meio de enriquecimento pelo contratante mais forte, prestem-se como veículo de harmonização dos interesses de ambos os pactuantes" (in: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A produção Contratual no Código do Consumidor e o Âmbito de sua Aplicação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 27, jul./set. 1998. p. 59 e 62).

Sobre o tema, leciona Mário Luiz Delgado Régis:²³ “Diz-se compensatória a cláusula penal estipulada para a hipótese de descumprimento total da obrigação. [...] Diz-se moratória a cláusula penal estipulada para punir a mora ou a inexecução de alguma cláusula determinada”.

Diferencia-se, como cediço, o inadimplemento absoluto, do inadimplemento relativo (ou simples mora), mediante avaliação da possibilidade remanescente, ou não, de cumprimento da obrigação principal, e da persistência, ou não, de interesse e de utilidade da prestação devida ao credor. Em caso de resposta negativa, a tais indagações, configura-se inadimplemento absoluto, em caso de resposta positiva, configura-se inadimplemento relativo (ou simples mora).

Como técnica de interpretação para identificar qual a modalidade da cláusula penal, a doutrina ensina que dependerá do montante da penalidade, ou seja, quando expressivo e/ou próximo do valor da obrigação principal, estar-se-á diante de cláusula penal compensatória, quando reduzido o valor da mesma, estar-se-á diante de cláusula penal moratória ou de cláusula penal de segurança especial de cláusula determinada.

A respeito do assunto, valiosos os ensinamentos de Sílvio Rodrigues²⁴:

Na maioria dos contratos, o intérprete descobre facilmente a natureza da cláusula penal, pois, se se referir à inexecução completa da obrigação, será compensatória, enquanto se cuidar apenas da execução imperfeita, será moratória. Por vezes, entretanto, tal distinção é penosa, por se apresentar obscura a intenção dos contratantes. O remédio apregoado por muitos juristas antigos e modernos para se descobrir a natureza da disposição, consiste em atentar para o montante da multa. Se o valor é elevado, aproximando-se do valor da obrigação principal, há que se considerá-la compensatória, pois é provável que as partes a tenham estipulado antevendo a possibilidade de inadimplemento absoluto. Ao contrário, se reduzido é o valor da estipulação penal, sensivelmente inferior ao da obrigação principal, há que se compreender ser moratória a cláusula, pois seria ilógico

23 RÉGIS, Mário Luiz Delgado. *Código Civil Comentado*. Coordenador Ricardo Fiuza, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 365-366.

24 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v. 02, São Paulo: Saraiva, 2000. p. 92.

que para substituir as perdas e danos advindos da inexecução, se fixasse indenização excessivamente modesta.

Outrossim, pouco importa a designação ou a nomeação que for atribuída à cláusula penal, porquanto sua natureza jurídica será aferida tomando-se em consideração a intenção manifesta das partes. Segundo antigo brocardo romano: *actus, non a nomine sed ab effectu, judicatur* - “o ato é apreciado, tomando-se em consideração, em vez do simples nome, o efetivamente desejado, querido” (tradução livre).

Sobredita distinção, como se sabe, tem extrema relevância, na medida em que é opção do credor exigir o pagamento da cláusula penal, ou a execução específica (cumprimento forçado da obrigação principal), para o caso de inadimplemento absoluto, sendo vedada a cumulação de exigência da cláusula penal compensatória e o cumprimento da obrigação principal, bem como sendo vedada a cumulação de exigência da cláusula penal compensatória e de perdas e danos (artigo 410, Código Civil)²⁵, diante do princípio *non bis in idem* e do princípio da vedação do enriquecimento sem causa. Ressalva-se, entretanto, a possibilidade de exigência da cláusula penal compensatória e de indenização suplementar, desde que provado o prejuízo excedente, quando expressamente pactuada entre os contratantes (artigo 416, parágrafo único, do Código Civil). Já no caso de inadimplemento relativo (ou simples mora), a cumulação é autorizada, facultada ao credor (artigo 411, Código Civil) a exigência da cláusula penal moratória e o cumprimento da obrigação principal, cumulativamente.

O Conspícuo superior Tribunal de Justiça, acerca do tema, já firmou escólio de que: “O pagamento de cláusula penal compensatória exclui a possibilidade de exigir-se ainda a solução de perdas e danos” (STJ - REsp 556620 / MT - Relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098) - Órgão Julgador - T4 - QUARTA TURMA - Data do Julgamento 20/11/2003 - Data da Publicação/Fonte DJ 10/05/2004 p. 293 - LEXSTJ vol. 178 p. 158).

A doutrina²⁶, observando tais peculiaridades, sob critérios e/ou nomenclatura diversos, também classifica a cláusula penal, como segue:

25 “É indevida a exigência cumulativa de cláusula penal e de indenização por perdas e danos decorrentes de inadimplemento contratual, porque aquela já é espécie de fixação prévia dos prejuízos oriundos do descumprimento da avença” (TJSC - AC n. 98.005495-8, Des. Pedro Manoel Abreu).

26 NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, nota 2 ao artigo 408, 2006. p. 399.

- (a) cláusula penal alternativa (artigo 410, Código Civil);
- (b) cláusula penal cumulativa (artigo 411, Código Civil);
- (c) cláusula penal punitiva (artigo 416, parágrafo único, Código Civil); e
- (d) cláusula penal liberatória (ou multa penitencial).

Até na transação, enquanto modalidade contratual, cumpre lembrar, admite-se a estipulação de cláusula penal (artigo 847, do Código Civil).

Quando cabe indenização suplementar, além do montante previsto na cláusula penal? A resposta estará na própria redação da cláusula penal.

De importância curial, portanto, atentar-se na redação da cláusula penal, na medida em que, não havendo previsão convencional expressa de cabimento de indenização suplementar, não poderá o credor exigí-la, ainda que o prejuízo exceda ao nela previsto. Caso tenha sido prevista indenização suplementar, o montante da penalidade já prevista valerá como mínimo da indenização, sem necessidade de prova, competindo ao credor provar o prejuízo excedente, para fazer jus a respectiva indenização suplementar (artigo 416, parágrafo único, do Código Civil).

5 LIMITES

Como bem acentua Antunes Varela²⁷:

Há no capítulo do não-cumprimento das obrigações alguns princípios de caráter imperativo, destinados à defesa de interesses de ordem pública, que não podem ser derogados pela vontade dos particulares... A lei, fiel à proteção que deve à parte mais fraca (*o favor debitoris*) e atenta aos valores que a Justiça põe especialmente em jogo em situações de tal natureza, estabelece imperativamente limites à liberdade das partes na fixação da cláusula penal.

De pronto, o Código Civil estabelece limite obrigatório do valor da cláusula penal, que enquanto pacto acessório, não poderá ultrapassar o

²⁷ VARELA, Antunes. *Direito das Obrigações*, v. 2, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 169 e 174.

valor da obrigação principal (artigo 412, CC), em harmonia ao princípio que veda o enriquecimento indevido.

Cabe, aqui, entretantes, distinguir cláusula penal, enquanto instituto de direito material, convencionada entre credor e devedor no negócio jurídico, com teto e limitação máxima de valor prevista no artigo 412, do Código Civil, do preceito cominatório / multa cominatória (*astreinte*), enquanto instituto de direito processual, fixada pelo juiz no curso do processo, sem teto e sem limitação máxima de valor prevista no artigo 461, §§ 1º ao 6º, 644 e 645, do Código de Processo Civil, que inclusive não se sujeita à imutabilidade da coisa julgada e pode ser revisto e alterado de ofício pelo magistrado a qualquer tempo^{28 29 30}, conforme precedentes jurisprudenciais oriundos do Conspício Superior Tribunal de Justiça:

Não se confunde a cláusula penal, instituto de direito material vinculado a um negócio jurídico, em que há acordo de vontades, com as *astreintes*, instrumento de direito processual, somente cabíveis na execução, que visa a compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer e que não correspondem a qualquer indenização por inadimplemento” (STJ - REsp n.º 169057/RS - Quarta Turma - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Há diferença nítida entre a cláusula penal, pouco importando seja a multa nela prevista moratória ou compensatória, e a multa cominatória, própria para garantir o processo por meio do qual pretende a parte a execução de uma obrigação de fazer ou não fazer. E a diferença é, exatamente, a incidência das regras jurídicas específicas para cada qual. Se o juiz condena a parte ré ao pagamento de multa prevista na cláusula penal avençada pelas partes, está presente a

28 “Artigo 461 – Omissis. § 6º - O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva” (Código de Processo Civil).

29 “AGRAVO REGIMENTAL. MULTA COMINATÓRIA. REVISÃO. FASE DE EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. 1. A jurisprudência deste Tribunal considera que a imposição de multa cominatória diária não faz coisa julgada, podendo ser a qualquer momento alterada pelo juízo a fim de evitar enriquecimento sem causa (CPC, art. 461, § 6º e 273, § 4º). Precedentes. 2. Agravo a que se nega provimento” (STJ – 4. Turma - AgRg no REsp 1138150 / PR - 2009/0084589 – Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti - data do julgamento 09/08/2011 - data da publicação / fonte DJe 22/08/2011 – grifos nossos).

30 “A multa poderá, mesmo depois de transitada em julgado a sentença, ser modificada, para mais ou para menos, conforme seja insuficiente ou excessiva. O dispositivo indica que o valor da *astreinte* não faz coisa julgada material, pois pode ser revista mediante a verificação de insuficiência ou excessividade. O excesso a que chegou a multa aplicada justifica a redução” (STJ – 3. Turma - Resp 705.914 - Rel. Min. Gomes de Barros - julgamento em 15/12/2005 - v.u. - DJU 6.3.06, p. 378 - grifos nossos).

limitação contida no artigo 920 (atual artigo 412) do Código Civil. Se ao contrário, cuida-se de multa cominatória em obrigação de fazer ou não fazer, decorrente de título judicial para garantir a efetividade do processo, ou seja, o cumprimento da obrigação, está presente o artigo 644 (atual artigo 461, §§ 1º e 6º) do Código de Processo Civil, com o que não há teto para o valor da cominação” (STJ - REsp n.º 196262/RJ - Terceira Turma - Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – remissão aos artigos de lei atuais nossos).

Nesta mesma linha, tem-se também a limitação da multa moratória relativa à eventual atraso no pagamento das despesas condominiais, prevista no precitado *Codex*³¹, de até 2% (dois por cento).

O Código de Defesa do Consumidor, do mesmo modo, veda cláusula penal que estabeleça a perda total das prestações pagas nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, e estabelece o limite máximo de multas de mora de até 2% (dois por cento) do valor da prestação, no fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor^{32 33}.

A legislação que regula contratos de compromisso de compra e venda de imóveis loteados (Dec. Lei n.º 58/37, artigo 11, letra “f”; Lei n.º 6.766/79, artigo 26, inciso V), limita a multa em até 10% (dez por cento) do valor do débito.

A Lei da Usura (Dec. n.º 22.626/33, artigo 9º), por sua banda, limita a multa contratual em até 10% (dez por cento) do montante da obrigação, nos mútuos de dinheiro.

Outrossim, com referência ao montante prefixado nas cláusulas penais compensatórias nas relações locatícias, nas quais, de praxe,

31 “Art. 1.336 - São deveres do condômino: [...] § 1º O condômino que não pagar a sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de um por cento ao mês e multa de até dois por cento sobre o débito”.

32 “Art. 53 - Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado [...]”.

33 “Art. 52 - No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor [...] § 1º - As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação [...]”.

atribui-se a importância equivalente a 3 (três) alugueres, para o caso de inadimplemento absoluto, cumpre observar que a Lei do Inquilinato (Lei n.º 8.245/91) não estabelece nenhuma limitação, nem tarifação a respeito. Deste modo, não há óbice para que as partes contratantes, de maneira livre e espontânea, elejam montante diverso da multa contratual, mais justa, adequada e equânime ao caso concreto, seja inferior, seja superior, quando assim o exigirem as peculiaridades do negócio jurídico, sempre limitada, entretanto, ao teto geral previsto no Código Civil (artigo 413), qual seja, valor da obrigação principal.

Tais limitações legais, acima exemplificadas, impende reconhecer, tem por escopo atender ao princípio da moderação da penalidade, manter o equilíbrio contratual, assegurar a razoabilidade, bem como afastar eventual tirania, opressão e exploração da parte forte e dominante, em desfavor da parte fraca e vulnerável, da relação obrigacional.

Por outro lado, no caso de igualdade entre as partes contratantes (contratos paritários), não pairam dúvidas de que ninguém melhor do que as próprias partes contratantes para auto-regrar os seus próprios interesses, estabelecendo a multa contratual no montante que melhor lhes aprouver.

Imbuído deste espírito, e lembrando-se que “no campo dos negócios bilaterais, o poder de regular os próprios interesses presume a liberdade de contratar, a liberdade de obrigar-se, a liberdade de forma”³⁴, vale dizer, impera a liberdade negocial e o princípio da autonomia privada, salvo os limites impostos por normas de ordem pública, tais como pela legislação consumerista³⁵, nada impede que as partes contratantes estabeleçam cláusula limitativa de responsabilidade, de montante mínimo ou de montante máximo, assegurando tanto ao credor, quanto ao devedor, a comprovação de prejuízos reais e efetivamente ocorridos, e o pleito da indenização correspondente, mas sempre limitados aos patamares mínimos e máximos ajustados previamente, não se confundindo, contudo, com a cláusula penal, que constitui pré-fixação da indenização, relativamente imutável (ressalvada apenas a hipótese do artigo 413, do Código Civil), e sem necessidade de qualquer comprovação de prejuízo³⁶.

34 GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 1. ed. Atualização e notas por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Forense, eletrônica, 2001. p. 175.

35 Tal como, vedação legal da inserção de cláusula de não-indenizar nas relações de consumo (artigos 25 e 51, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor).

36 Conforme anota Tatiana Magalhães Florence, em obra coordenada pelo Prof. Gustavo Tepedino, a cláusula penal não se confunde com eventual cláusula limitativa de responsabilidade: “na primeira [cláusula penal], a indenização pré-fixada é devida pela parte inadimplente mesmo não tendo acarretado

6 REVISÃO JUDICIAL

À toda evidência, as obrigações, assim como a cláusula penal nascem para serem cumpridas, como regra, de modo que devem ser pactuadas em bases negociais justas e equilibradas, não somente para propiciar o cumprimento, quanto para resgate da liberdade do devedor, pois se assim não o fosse, atado estaria *ad eternum*, com instalação da escravidão civil, abominada e vedada em nosso ordenamento jurídico.

Surge, destarte, e neste contexto, a possibilidade de revisão judicial da cláusula penal, a fim de possibilitar o reequilíbrio e o cumprimento da obrigação e o resgate da liberdade, por parte do devedor, como ensina Renan Lotufo³⁷:

No estudo das obrigações não se vê exclusivamente a figura proeminente do credor, posto que se está diante de uma relação jurídica entre dois sujeitos de igual valor. Assim, não se pode admitir a visão de prisão pelo vínculo, mas a idéia de que a liberdade do devedor é que é o fundamento, como já antevisto por Carnelutti, pois a liberdade é que ficou afetada pela relação obrigacional nascida, relação que, com o adimplemento pelo devedor, vai ser dissolvida, e a plenitude da liberdade juridicamente garantida restabelecida para quem a conquistou por sua própria vontade.

Quanto à possibilidade de revisão judicial da cláusula penal, na justa equalização do valor da cláusula penal, ponderam-se diversos princípios, dentre os quais:

- (i) princípio da força obrigatória das convenções;
- (ii) princípio do equilíbrio contratual (ou da justiça contratual ou da revisão judicial dos contratos);
- (iii) princípio que veda o enriquecimento indevido;
- iv) princípio da razoabilidade (ou da moderação da penalidade).

dano ao credor, enquanto que na segunda [cláusula limitativa de responsabilidade] o que se estipula é o máximo que poderá ser pago a título de perdas e danos pela inexecução culposa do contrato; o devedor ficará isento do pagamento da indenização caso seja comprovada a inexistência do dano ou se sua qualificação for inferior ao máximo estabelecido na cláusula, respondendo nessa hipótese apenas pelo exato montante do prejuízo" (in: *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Coordenação de Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 520).

37 LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*. v. 2, São Paulo: Saraiva, 2003. p. 9.

Se é verdade que o primeiro recomenda a obrigatoriedade dos pactos (*pacta sunt servanda*), e prega a imutabilidade das convenções, de modo a propugnar pela imutabilidade da cláusula penal, que o segundo prega a possibilidade de revisão judicial, sempre que houver desproporção, imprevisão, onerosidade, lesão e/ou desequilíbrio qualificados com os demais predicativos e requisitos legais (artigos 157, 317, 413 e 478, Código Civil, e artigo 6º, inciso V, Código de Defesa do Consumidor), que o terceiro princípio, acima mencionado, abomina o enriquecimento de uns, à custa da jactura alheia, de outros, reprova a tirania e a opressão da parte forte em detrimento da parte fraca da relação obrigacional, e reprova a ausência de justa causa na alteração patrimonial de quaisquer das partes, e que o quarto tem por régua e por medida de aferição a razão e o bom senso na aplicação do direito, na constante e incessante sina do operador do direito de busca da *regula juris* aplicável ao caso concreto (regime jurídico aplicável aos fatos, diante da ponderação dos respectivos valores envolvidos), qual deles deve prevalecer com relação à cláusula penal?

Com efeito, cada caso é um caso, e a casuística é quem ensejará a aplicação de um princípio em detrimento de outro, e/ou a ponderação de tais princípios entre si, sempre visando a justiça contratual, sendo certo que o Código Civil é quem delinea, enquadra e delimita o assunto, com os seguintes parâmetros:

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

Da dicção da lei, de logo extraem-se diferenças entre o Código Civil/1916, revogado, e o novel Código Civil/2002, com a reformulada redação que lhe foi conferida, seja por estabelecer “dever” do magistrado de redução da penalidade instituída na cláusula penal, quando cumprida em parte a obrigação, ou quando manifestamente excessivo o seu montante, seja por pautá-la sob o critério da *equidade*, e não mais da *proporcionalidade*³⁸, notadamente diferentes entre si, revelando patente evolução e louvável aprimoramento, conquanto aquele atribui-lhe maior liberdade e maleabilidade para proferir sua decisão.

Deve, pois, o magistrado, de ofício, por tratar-se de norma de ordem pública e caráter cogente, reduzir equitativamente o montante da cláusula

38 “Art. 924 – Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento” (Código Civil / 1916).

penal, nas hipóteses acima mencionadas, de modo a realizar a justiça no caso concreto.

Em que pese a liberdade dos particulares para auto-regulamentação dos seus interesses, diante da função social dos contratos, tal liberdade não mais é absoluta nas relações obrigacionais.

A respeito, revela-se oportuna a lição de J. M. Othon Sidou³⁹:

[...] os contraentes só são legisladores, mesmo entre si, enquanto as cláusulas por eles dispostas e os efeitos delas decorrentes sejam compatibilizados com a justiça social, ou o bem comum. [...] O juiz, portanto, é autoridade para interpretar qualquer contrato, tanto quanto o é para interpretar qualquer lei.

Ou, como assinala Caio Mário Da Silva Pereira⁴⁰:

[...] o princípio da liberdade contratual tem perdido terreno em favor do sentido de justiça, capaz de oferecer segurança, paz, ordem e prosperidade ao Estado. Em contraposição ao dogma do Código Napoleão, que considerava sagrado o acordo de vontades, o direito moderno consagra a intervenção do Estado, para anular ou para modificar aquele acordo, conforme as exigências do interesse coletivo.

A jurisprudência, por seu lado, confirma as assertivas acima, como segue:

“A redução da multa compensatória, de acordo com o Código Civil, somente pode ser concedida nas hipóteses de cumprimento parcial da prestação ou, ainda, quando o valor da multa exceder o valor da obrigação principal. Considerando-se que estipulada a cláusula penal em valor não excedente ao da obrigação e que foi total o inadimplemento contratual, não cabe a redução do seu montante, que deve servir como compensação pela impossibilidade de obtenção da execução específica da prestação contratada” (STJ - REsp 687285 / SP - Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI - Órgão Julgador - T3 - TERCEIRA TURMA - Data do Julgamento 25/09/2006 - Data da Publicação/Fonte DJ 09/10/2006 p. 287).

39 SIDOU, J. M. Othon. *A Revisão Judicial dos Contratos*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1984. p. 158-159.

40 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 141.

“A jurisprudência das duas Turmas que compõem a Segunda Seção, desta Corte, é firme no sentido da possibilidade de redução da cláusula penal no contrato de compra e venda, quando verificado, no caso concreto, que o valor avençado acarreta excessiva onerosidade do promissário-comprador e o enriquecimento sem causa do promitente-vendedor. Precedentes (REsp nºs 134.636/DF, 330.017/SP, 292.942/MG e 158.193/AM)” (AgRg no Ag 660801 / RS - Relator Ministro JORGE SCARTEZZINI - Órgão Julgador - T4 - QUARTA TURMA - Data do Julgamento 17/05/2005 - Data da Publicação/Fonte DJ 01/08/2005 p. 469).

7 CONCLUSÃO

Como visto, o instituto da cláusula penal tem sofrido alterações constantes com o fluir dos tempos, tratando-se de tema palpitante e de ampla aplicação prática.

Diversas peculiaridades e inúmeros detalhes devem ser observados, seja na redação, seja na interpretação, seja na execução da cláusula penal, bem como na aplicação da respectiva norma jurídica ao caso concreto, mesmo porque de há muito assim já nos ensinavam os antigos romanos, no sentido de que *modica facti differentia, magnam inducit juris diversitatem* (“pequena diferença de fato, induz grande diversidade de direito” – tradução livre).

O operador do direito, forçoso reconhecer, deverá temperar *fato, valor e norma jurídica*, caso a caso, a fim de realização da justiça, não sendo diferente no que concerne ao instituto da cláusula penal, que em sua justa e equilibrada interpretação e aplicação, carecerá de esforço de conjugação dos preceitos legais, aliada à análise concreta, precisa e acurada, dos fatos, e ponderação dos respectivos valores envolvidos.

A razoabilidade e o bom senso, sempre foram, e sempre serão, úteis ao operador do direito, e não devem ser desprezados, mesmo consideradas as normas jurídicas aplicáveis no âmbito da cláusula penal.

A meditação, o aprofundamento e o debruçamento nos estudos da conceituação, da natureza jurídica, das funções, das modalidades, dos limites, e das hipóteses de revisão judicial da cláusula penal, decerto que auxiliam o exegeta a dirigir-lhe a correta interpretação e a escorreita aplicação, o que, ainda que de maneira limitada e despretensiosa, procurou-se conhecer e realizar neste humilde trabalho.

REFERÊNCIAS

- BEVILÁQUA, Clóvis. *Comentários ao Código Civil*, v. I. 6. ed. 1940.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria Geral das Obrigações*. 7. ed. São Paulo: RT, 1999.
- CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza de. *Defeitos dos Negócios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- COSTA, Wagner Veneziani; JUNQUEIRA, Gabriel J. P. *Contratos - Manual Prático e Teórico*. São Paulo: WVC, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. III. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FLORENCE, Tatiana Magalhães. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Coordenação de Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 1. ed. Atualização e notas por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, eletrônica, 2001.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. I – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. II – Teoria Geral das Obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*. v. 2, São Paulo: Saraiva, 2003.
- MANDELBAUM, Renata. *Contratos de Adesão e Contratos de Consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil - Do Inadimplemento das Obrigações - v. V - Tomo II*. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. XXVI.
- NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *A produção Contratual no Código do Consumidor e o Âmbito de sua Aplicação*. v. 27, jul./set. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, 1998.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- RÉGIS, Mário Luiz Delgado. *Código Civil Comentado*. Coordenador Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, v. 02. São Paulo: Saraiva, 2000.
- SIDOU, J. M. Othon. *A Revisão Judicial dos Contratos*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1984.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico Eletrônico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, verbete “cláusula penal”.
- STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Obrigações – v. II*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e seus Princípios*. 1. ed. São Paulo: Aide, 1993.
- VARELA, J.M. Antunes. *Direito das Obrigações – v. 2*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

