

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.

À Helena,
pela paz e tranquilidade que
carinhosamente oferece à minha vida.

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 inconstusso 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. Licitude 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 esquiteamento do devedor.

Vejamos 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 baseada 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:

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.

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: 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 nº466.343; 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 caráter privado, isto é, convencionada entre as partes, e entre elas com força de lei. Era, pois, rigorosa sanção com feição repressiva, cuja inflição atingia a parte que descumpria o contrato, obrigando-a à integralidade dos valores convencionados 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. Constituía-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 Méida 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.

2. CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE DA CLÁUSULA PENAL

Passaremos a expor, nos tópicos abaixo, o conceito, a natureza jurídica e a finalidade da cláusula penal, trazendo a lume as várias perspectivas doutrinárias sobre o assunto.

2.1. Conceito de cláusula penal

A cláusula penal, conforme veremos mais a frente, possui natureza jurídica e finalidade controvertidas, razões pelas quais a conceituação do instituto, por meio da doutrina, apresenta divergências, conforme a perspectiva adotada pelo pensador. Aliás, tal controvérsia evidencia-se ao estudar a taxonomia da cláusula penal no direito pátrio e estrangeiro. À guisa de exemplo, citemos os códigos civis brasileiros de 1916 e de 2002: naquele, o instituto era tratado como modalidade de obrigação; neste, é tratado no título sobre inadimplemento das obrigações.

Os textos legislativos brasileiros, entretanto, não conceituaram a cláusula penal, e nisso andaram bem, porquanto não é função do legislador conceder a definição dos institutos, é-o da doutrina.

Entendemos que a cláusula penal é uma modalidade de pacto por meio do qual as partes convencionam, de antemão, os efeitos da mora ou da inadimplência da obrigação principal, seja parcial ou total, prefixando os danos oriundos da inexecução culposa da prestação assumida e, também, robustecendo o vínculo obrigacional, a fim de que seja cumprido.

Tito FULGÊNCIO (1958, p. 393) apresenta conceito lacônico: “Cláusula penal é aquela em que se estabelece uma prestação para o caso de inexecução culposa da obrigação”. Também conciso, e com o mesmo enfoque, é o conceito de Fabio Ulhoa COELHO (2009, p. 188): “Cláusula penal é o acordo de vontades em que os sujeitos da obrigação contratam as consequências do inadimplemento”.

Jayme CAMPOS (s.d., p. 40) apresenta conceito com ênfase na perspectiva acessória da cláusula penal: “A cláusula penal (*stipulatio poenae*) é uma obrigação acessória que as partes adicionam a uma obrigação principal, formalizada num contrato ou testamento, visando sejam cumpridas condições ajustadas ou previamente estabelecidas.”

Na definição de ROSENVALD (2007, p.35), sobressai a perspectiva indenizatória da cláusula penal, bem como a ilicitude da inexecução da obrigação principal, dando ensejo à possibilidade de exigir a prestação contida na cláusula penal: “A cláusula penal é uma estipulação negocial aposta a uma obrigação, em que qualquer das partes, ou uma delas apenas, compromete-se a efetuar certa prestação em caso de ilícita inexecução da obrigação principal”.

No mesmo sentido, a definição de Orlando GOMES (2007, p. 190), constando, também, o fato de que a exigência da prestação contida na cláusula penal prescinde da alegação dos danos experimentados pelo credor:

A cláusula penal, também chamada pena convencional, é o pacto acessório pelo qual as partes de um contrato fixam, de antemão, o valor das perdas e danos que por acaso se verifiquem em consequência da inexecução culposa de obrigação. Admite-se, entretanto, que, para exigir o pagamento da multa, não precisa o credor alegar prejuízo.

Já Silvio RODRIGUES (2002, p. 262) traz conceito semelhante, cotejando a lei brasileira com a lei francesa:

A lei brasileira, ao contrário da francesa, não define a cláusula penal. Mas a definição do art. 1.226 do Código Napoleônico, a despeito de suas imperfeições, pode servir para dar uma idéia da instituição. Diz o referido artigo: 'A cláusula penal é aquela pela qual uma pessoa, para assegurar a execução de uma convenção, se compromete a dar alguma coisa, em caso de inexecução'.

Clóvis BEVILÁQUA (1950, p.72) elucida, em seu conceito, que o inadimplemento pode ser total ou parcial, conforme consta, atualmente, no artigo 409 do Código Civil: "Para o fim de melhor assegurarem a execução das obrigações, recorrem, às vezes, os contrahentes, á clausula penal, que é um pacto accessorio, em que se estipulam penas, ou, antes, multas, contra aquelle que deixar de cumprir o acto ou facto, a que se obrigou, ou apenas retardar a sua execução."

O doutrinador Arnaldo WALD (1992, p.128) faz distinção entre a cláusula penal moratória e a compensatória: "A cláusula penal é um pacto acessório, regulamentado pela lei civil (Código, arts. 916 a 927), pelo qual as partes, por convenção expressa, submetem o devedor que descumprir a obrigação a uma pena ou multa no caso de mora (*cláusula penal moratória*) ou de inadimplemento (*cláusula penal compensatória*)".

Caio Mário da Silva PEREIRA (2006, p. 165) apresenta conceito sucinto, e faz referência à origem romana: "A cláusula penal ou pena convencional – *stipulatio penae* dos romanos – é uma cláusula acessória, em que se impõe sanção econômica, em dinheiro ou outro bem pecuniariamente estimável, contra parte

infringente de uma obrigação”. Também sucinta é a definição de Washington de Barros MONTEIRO (2003, p. 335), enfatizando que a cláusula penal pode ser exigida quando já houver descumprimento da obrigação principal ou apenas incidência de mora: “Cláusula penal é um pacto secundário e acessório em que se estipula pena ou multa para a parte que se subtrair ao cumprimento da obrigação, a que se obrigara, ou que apenas retardá-lo”.

Maria Helena DINIZ (2007, p. 414) alia as ideais de sanção e de indenização ao seu conceito:

A cláusula penal (stipulatio poenae) vem a ser um pacto acessório, pelo qual as próprias partes contratantes estipulam, de antemão, pena pecuniária ou não, contra a parte infringente da obrigação, como consequência de sua inexecução completa culposa ou à de alguma cláusula especial ou de seu retardamento (CC, art. 408), fixando, assim, o valor das perdas e danos, e garantindo o exato cumprimento da obrigação principal (CC, art. 409, 2ª parte)”.

Interessante, também, o conceito presente no acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que se harmoniza com o conceito exposto acima: “Como é sabido, a cláusula penal é obrigação acessória, utilizada como meio indireto de coação ao cumprimento da obrigação, servindo como prefixação das perdas e danos, nos casos de inexecução total, ou tardia, mas ainda útil, da obrigação.” (TJ/MG. Número do processo: 1.0024.07.664015-0/002(1). Embargos de devedor. Relator: Duarte de Paula. Data do Julgamento: 16/09/2009. Data da Publicação: 19/10/2009.)

No mesmo sentido o posicionamento do Superior Tribunal Justiça, que pode ser visto na decisão de recurso especial abaixo:

A cláusula penal, ensinam os doutrinadores, possui uma dupla característica ou papel nos contratos: A primeira, funciona como meio de coerção, como força intimidativa, a fim de induzir o devedor a satisfazer o prometido; a segunda, fixa antecipadamente o valor das perdas e danos devidas à parte inocente, no caso de inexecução do contrato pelo outro contratante.

(STJ. Recurso Especial nº 332.048 - SP (2001/0089314-5). Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (desembargador convocado do TJ/AP). Órgão Julgador T4 – Quarta turma. Data do Julgamento 22/09/2009).

Contrariamente ao pensamento tradicional sobre o conceito de cláusula penal, o doutrinador português António Joaquim de Matos Pinto MONTEIRO (1999, p. 497) apresenta suas críticas:

Esta construção apresenta três vícios fundamentais: o primeiro concerne à *qualificação* da figura, sem atender ao diferente escopo das partes; o segundo, consiste em submeter ao *mesmo regime* penas com finalidades diversas; o terceiro, é o de aceitar que a finalidade compulsória possa exercer-se *através da indemnização*. Tudo somado, somos de opinião que a perspectiva tradicional, *no mínimo*, não prima pela clareza.

Na vereda tradicional, Continentino (1926, p. 10-11) ressalta a ideia de reforço ao conceito de cláusula penal:

Surge de um accordo de vontades, relativo á indemnização de perdas e danos, das quaes é succedanea. Por meio della as

partes prefixam e preavaliam o montante dos prejuizos que possam soffrer com a inexecução ou o retardamento de alguma prestação omissiva ou commissiva, cujo cumprimento assim reforçam, supprimindo as vontades ajustadas uma das attribuições dos tribunaes – a fixação do *quantum* da indemnização. Determina a previa indemnização de perdas e danos, pelo não cumprimento integral ou parcial da obrigação, ou pela móra.

Também com ênfase no reforço da obrigação principal propiciado pela cláusula penal, DIAZ (1936, p. 74) a conceitua como “[...] aquella que, para reforzar el vínculo contractual e instar al cumplimiento de la obligación principal, establece una multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación”. Também Jorge FACIO (1947, p. 33-34) enfatiza a referida característica de robustecimento do vínculo obrigacional por meio da cláusula penal, que segundo seu entendimento:

[...] es un medio de garantía que consigue sus efectos propios mediante el reforzamiento del vínculo obligacional que une al acreedor con el deudor. [...] ella se integra con dos elementos: garantía y fortificación del vínculo obligacional, pero ambos elementos lejos de andar separados, coexisten – tan estrechamente ligados –, que podes decir que el uno obra por el otro, y que el último de los mencionados (fortificación del vínculo obligacional) toma su razón de ser en el primero (finalidad de garantía).

No mesmo sentido é o pensamento de Limongi FRANÇA (1987, p. 6-7), que cunhou prestigiado conceito:

A cláusula penal é um pacto acessório ao contrato ou a outro ato jurídico, efetuado na mesma declaração ou em declaração à parte, por meio do qual se estipula uma pena, em dinheiro ou outra utilidade, a ser cumprida pelo devedor ou por terceiro, cuja finalidade precípua é garantir, alternativa ou cumulativamente, conforme o caso, em benefício do credor ou de outrem, o fiel e exato cumprimento da obrigação principal, bem assim, ordinariamente, constituir-se na pré-avaliação das perdas e danos e em punição do devedor inadimplente.

Preocupamo-nos em apresentar vários conceitos, de autores clássicos e modernos, brasileiros e estrangeiros, além de conceitos presentes em decisões judiciais, a fim de que se evidenciem as várias perspectivas e enfoques do instituto da cláusula penal. Passaremos a abordar, nos próximos tópicos, a sua natureza jurídica e finalidade.

2.2. Natureza jurídica da cláusula penal

Embora o instituto sob estudo se denomine “cláusula penal”, sua natureza não se relaciona com o direito criminal, tampouco a incidência da penalidade tem ares de direito público. Nas penas criminais, existe a aplicação de uma sanção ao indivíduo que infringe as leis criminais, de interesse de toda a sociedade, não apenas do particular, ou da vítima. As penas, no direito criminal, são de privação de liberdade, de restrição de direitos ou de multa, e visam a impedir que os integrantes da sociedade ajam de modo contrário aos principais valores estabelecidos pelo Estado de Direito, protegidos pelas normas de direito penal, além de punir aqueles que as transgridem.

A cláusula penal não se confunde com as penas criminais. Nesse sentido, elucida Beviláqua (1950, p. 72), ao dissertar sobre o instituto: “Não se confunde

esta pena convencional com as repressões impostas pelo direito criminal, as quaes cabe somente ao poder publico aplicar em nossos dias.” A cláusula penal é puramente econômica, consistindo em pagamento de um valor, ou então a execução de qualquer outra prestação.

A natureza da cláusula é, pois, contratual. Surge de uma avença, uma convenção, um acordo, enfim, um contrato entre particulares, atinentes a negócios de direito privado. Maria Helena Diniz (2007, p. 416), sob essa perspectiva, analisa a cláusula penal: “possui origem e natureza contratual, requerendo capacidade para contratar, consentimento das partes contratantes e objeto lícito, nos mesmos termos das normas inerentes ao contrato”. Assim, pode-se afirmar que as características basilares da cláusula penal não são distintas das dos negócios em geral.

No entanto, analisando o instituto de modo mais específico, pode-se afirmar que sua natureza é de obrigação acessória, visto que o acordo que a institui é precedido do ajuste sobre a obrigação principal. Assim como ocorre com todas as obrigações acessórias, a cláusula penal acompanha e segue a obrigação principal.

Nessa vereda, Tito FULGÊNCIO (1958, p. 396) disserta bem sobre natureza acessória da cláusula penal:

Não é *fim* em si mesma, senão *meio* de conseguir um fim, um escopo; prende-se necessariamente à relação de obrigação pelo laço que une o acessório ao principal (art. 58), o credor não estipula a *pena*, mas a *prestação* objeto da relação obrigacional, o devedor não deve a pena senão na eventualidade da inexecução da prestação.

Em linguagem mais complexa, CONTINENTINO (1926, p. 24) expõe seu pensamento sobre o assunto, considerando como essência da cláusula penal a acessoriedade que lhe é inerente: “O característico essencial da clausula penal é, portanto, o de obrigação accessoria e sómente compativeis com essa natureza são os corollarios della derivados, transformados em canones legaes – os preceitos pelos quaes o direito positivo regúla e disciplina suas applicações e desdobramentos.”

Autores recentes também indicam como natureza jurídica da cláusula penal a acessoriedade. À guisa de exemplo, citamos Álvaro Villaça AZEVEDO (2008, p.225): “a cláusula penal é acessória à obrigação assumida, não pode viver independentemente desta. Seria, mesmo, impossível imaginar uma cominação sem obrigação a cumprir. Jamais existirá autônoma uma cláusula penal ou um ‘contrato de multa’, mas, sempre, uma multa em um contrato, deste depende.” Assiste razão ao ilustre doutrinador, afinal a finalidade do instituto é atribuir penalidade àquele que descumpre determinada obrigação, portanto só faz sentido haver pacto sobre a penalidade se houver uma obrigação principal.

Esse entendimento, inclusive, está presente nas decisões judiciais. Vejamos acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “A cláusula penal é um pacto acessório pelo qual as próprias partes contratantes estipulam, de antemão, pena pecuniária contra a parte que descumpre a obrigação assumida, de forma que acabam fixando o valor das perdas e danos e garantindo, *in thesi*, o exato cumprimento do contrato (obrigação principal).” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Número do processo: 2.0000.00.394944-6/000(1). Relator: Saldanha da Fonseca. Data do Julgamento: 21/05/2003).

Também o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já se manifestou nesse sentido: “Cuidar-se-ia de cláusula penal moratória que visou obter reforço de cumprimento de outras obrigações contidas em cláusulas variadas de transação, de tal modo que nem que se reconheça a inadimplência da obrigação principal - assunto nem mesmo ventilado na peça inaugural da execução - inadmissível pensar-se e ou aceitar-se a execução de obrigação acessória (cláusula penal).” (Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Com Revisão nº 563254200. Relator: Oswaldo Breviglieri. Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado A. Data de registro: 21/06/2001)

Há autores, no entanto, que vislumbram outra natureza jurídica para a cláusula penal. Orlando Gomes (2007, p. 193), por exemplo, ressalta o aspecto de pré-liquidação das perdas e danos, razão pela qual sustenta que o instituto gravita na órbita da teoria da responsabilidade contratual.

Há corrente doutrinária, entretanto, que pretende distinguir a relação entre a pena convencional e a indenização. FACIO (1947, p. 172) expõe seu ponto de vista, criticando o tratamento dado pela doutrina tradicional à cláusula penal ao longo dos anos:

La idea de pena no cabe, pues, dentro de la indemnización: la pena supone siempre una prestación que, en valor, se encuentra situada por encima de la indemnización normal de daños y perjuicios (esto es: de la indemnización equivalente al daño causado), es decir, la pena supone *algo más que la indemnización*. Resultando así que el concepto de indemnización no tiene coincidencia lógica con el concepto de pena, es preciso concluir que, en principio, las cantidades de las prestaciones que por uno u otro concepto puedan deberse no tienen necesaria asimilación o concurrencia.

O posicionamento do autor supramencionado mereceu acolhida de alguns pensadores brasileiros, entre eles citemos as palavras de Serpa LOPES (2000, p. 156):

A natureza da pena exige a proporcionalidade entre o mal acontecido e a sua sanção; por outro lado, esse mesmo fenômeno da proporcionalidade é vital, na questão inerente à reparação por perdas e danos. Ora, dado o modo pelo qual é geralmente regulada a cláusula penal, nem sempre essa proporcionalidade existe num e noutro caso. [...] Por isso, Faccio pretende que a pena seja tratada pelas legislações, sob uma forma autônoma, no que estamos de acordo, a menos que se pretenda conservar uma tradição, que traz em si mesma uma contradição com a sua denominação.

Posicionamo-nos no sentido de que a natureza da cláusula penal apresenta feição tríplice, já que não é apenas reforço da obrigação principal, nem apenas pré-avaliação dos danos, tampouco pena isolada: reveste-se das três características, com as quais forma sua natureza. Em realidade, as funcionalidades distintas da cláusula penal dificultam uma compreensão uníssona da doutrina acerca de sua natureza jurídica.

Dessas três características componentes da natureza jurídica da cláusula penal citadas acima, Limongi FRANÇA entende que uma delas constitui sua própria essência, como se pode verificar na seguinte passagem: “Constituindo, pois, o *reforço* o elemento que se mantém constantemente nas diversas feições de que se reveste a cláusula penal, e, ainda, e sobretudo, aquele sem o qual deixa de existir de modo próprio e atuante, é nele sem dúvida que reside a *essência* do instituto.” (FRANÇA, 1987, p. 159).

Este pensamento é acompanhado por RIZZARDO (2008, p. 540): “A sua natureza, no entanto, malgrado os que dão preponderância ao caráter indenizatório, numa pré-avaliação dos danos a que conduz a inadimplência, assenta-se na coerção para o cumprimento, no que se confunde praticamente com a finalidade que a impõe”.

De fato, a cláusula penal vai além de uma obrigação acessória e de caráter facultativo ao credor, pois representa forma de robustecimento do vínculo obrigacional, representa garantia do adimplemento. Cabe ressaltar, entretanto, que a garantia da cláusula penal se debruça sobre o patrimônio geral do devedor, e não sobre bens específicos (como é o caso da hipoteca) ou sobre o patrimônio de outras pessoas (como é o caso da fiança).

2.3. Finalidade da cláusula penal

Conforme vimos no item 2.2, existe acirrada discussão sobre a natureza jurídica da cláusula penal. Isso se dá, principalmente, em razão de a cláusula penal atender a uma multiplicidade de funcionalidades. Em primeiro plano, serve a cláusula penal como reforço do cumprimento da obrigação principal, ou seja, como meio de garantia de que dispõe o credor, desde que ajustada antecipadamente. Em segundo plano, serve como pré-liquidação das perdas e danos, dispensando o credor de fazer a prova concreta em juízo, já que por meio da cláusula penal estipula-se previamente a fixação do *quantum*. Em razão dessa característica, a cláusula penal serve, também, de pena civil, porquanto incide mesmo não tendo o credor experimentado prejuízos reais.

Dessas funções, BEVILÁQUA, nos comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, estabeleceu como finalidades da cláusula penal o reforço e a

pré-liquidação de perdas e danos. Contudo, ressaltou como a mais importante a função desempenhada pela primeira: “O fim da cláusula penal é reforçar a obrigação, dando ao credor um meio mais prompto de coagir o devedor a cumpri-la no tempo e pela forma devida. A sua utilidade é determinar, previamente, as perdas e danos” (BEVILÁQUA, 1950, p. 64).

Nessa mesma esteira andam outros doutrinadores, que ressaltam a finalidade de reforço da obrigação principal, relegando a finalidade de pré-liquidação dos danos. Caio Mário da Silva PEREIRA (2006, p. 166), por exemplo, sustenta que constitui finalidade subsidiária a prefixação dos danos, ainda mais por faltar, em regra, correspondência entre o dano sofrido e o valor previamente estipulado como pena.

Esse não é, entretanto, o pensamento de Tito Fulgêncio, que não considerou o reforço como uma finalidade/função própria da cláusula penal, tomando esta finalidade apenas como uma consequência da função de pré-liquidação de prejuízos. Vejamos:

Essa avaliação prévia de perdas e danos constitui a um tempo, claramente, um meio *indireto* (a garantia da execução vem da lei, observa PLANIOL) de constrangimento, uma ameaça ao devedor para cumprir a obrigação, um reforço do vínculo obrigacional, uma traça para assegurar a execução da obrigação. [...] A função primordial e em maneira tanta que muitos autores de nota, como HUC, PLANIOL, COLIN ET CAPITANT, reputam-na o fim único da cláusula, consiste na preliquidação convencional do prejuízo do credor, explicitamente assinalada no art. 1.535 [do Código Civil de 1916: À execução judicial das obrigações de fazer, ou não fazer, e, em geral, à indenização de perdas e danos, precederá a liquidação do valor respectivo, toda vez que o não fixe a lei, ou a convenção das partes] (FULGÊNCIO, 1958, p. 395-396).

Este posicionamento foi acompanhado por Orlando GOMES (2007, p. 190), que sustenta que a função da cláusula penal é pré-liquidar danos. Afirmar o prestigiado doutrinador: “Insiste-se em considerá-la meio de constranger o devedor a cumprir a obrigação, por sua força intimidativa, mas esse efeito da cláusula penal é acidental”. Segundo o autor, a prova de que o instituto não atua essencialmente como meio coercitivo é que, não raro, sua finalidade é diminuir o valor da indenização que incidiria em eventual apuração que seguisse as regras comuns de liquidação de perdas e danos.

A finalidade de prefixação de danos amiúde é vislumbrada pelas decisões judiciais sobre o tema, como, por exemplo, neste acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

A cláusula penal é uma avença acessória através da qual os contratantes fixam pena ou multa que incidirá sobre a parte que descumprir ou retardar o cumprimento da obrigação e reverterá em favor do pólo contrário. A finalidade da cláusula penal é prefixar as perdas e danos presumidamente sofridas pelo credor em função do inadimplemento obrigacional motivado pela parte contrária.

(Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Civil. Número do processo: 1.0024.03.164265-5/001. Relator: Antônio de Pádua. Data do Julgamento 09/08/2007)

Há autores, no entanto, que admitem a dupla função da cláusula penal, embora considerem como principal a de pré-liquidar as perdas e danos. É o caso de Carvalho de SANTOS (1956, p. 304) e de Silvio RODRIGUES (2002, p. 264).

Sob a égide do Código Civil de 1916, Continentino (1926, p. 30) contextualizou a discussão sobre a finalidade da cláusula penal: “No direito brasileiro, pouco importa a refutação dos conceitos dos civilistas referidos; pois o código civil, ao contrario do francez, não define os escopos da clausula penal. Não obstante, a codificação patria inspirou-se na corrente doutrinaria que attribue á clausula penal as duas virtudes accentuadas pela torrente de escriptores”.

Vale esclarecer que a expressão “civilistas referidos”, constante da citação acima, remente a Beviláqua, Baudry Lacantinerie e L. Barde, Pothier, Lacerda de Almeida, Carvalho de Mendonça e Maynz, os quais entendem que a cláusula penal possui dupla função; e a Theophilo Huc e Marcel Planiol, os quais concebem a cláusula penal como meio de assegurar o cumprimento da obrigação principal.

As palavras de Continentino podem ser melhor compreendidas com a leitura do art. 919 do Código Civil de 1916: “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”.

Renomados autores de tempos hodiernos preferiram atribuir à cláusula penal função dúplice, sem preterir uma ou outra, sem hierarquizar a função de pré-liquidação e a função de reforço da obrigação principal. É o caminho seguido por Washington de Barros MONTEIRO (2003, p. 337), por Maria Helena DINIZ (2007, p. 415) e por Carlos Roberto GONÇALVES (2006, p. 385).

É inegável, realmente, que a cláusula penal oferece dupla vantagem ao credor, pois aumenta a possibilidade de que a prestação seja cumprida, afinal o devedor em regra procura afastar-se da incidência da pena prevista, e o dispensa de

provar as perdas e danos em juízo, tendo direito a ressarcir-se, ao menos em tese, por caminho menos árduo e mais célere, pois já há a pré-liquidação.

Diferentemente dos demais doutrinadores, Limongi FRANÇA acrescenta a função liberatória à cláusula penal, apesar de ressaltar a sua função punitiva. Vejamos o posicionamento do referido jurista:

Tomando-se por base a função da cláusula [penal], pode ela ser: a) punitiva; b) compensatória; c) liberatória (ou penitencial). Punitiva é aquela que tem por função estabelecer, tão-somente, UMA PENA, para o caso de inadimplemento. Compensatória é aquela que tem por função compensar as perdas e danos presumidos, em virtude do inadimplemento. Liberatória, ou penitencial, é aquela por cuja virtude, uma vez paga, o devedor se libera da obrigação. (FRANÇA, 1987, p. 126)

Interessante o raciocínio de Pinto MONTEIRO (1999, p. 18), que afirma não haver, na cláusula penal, função exclusiva e pré-determinada, tampouco funções simultâneas. Para este doutrinador, a função da cláusula penal deverá ser verificada em cada caso concreto: “em nossa opinião, a cláusula penal, em abstracto, pode desempenhar múltiplas funções, tudo dependendo, na circunstância concreta, da configuração que lhe for dada pelas partes, conforme o escopo por estas desejado.”

Importante esclarecer que a doutrina tradicional, ao identificar a dupla função exercida pela cláusula penal, tem por escopo destacar os dois principais objetivos que os contratantes pretendem atingir ao apô-la ao negócio jurídico: reforço obrigacional e pré-liquidação dos danos. Nesse sentido, parece plausível a assertiva do doutrinador supracitado, já que em cada caso a cláusula penal pode estar mais direcionada para uma ou outra finalidade.

Analisando as várias funções da cláusula penal, conforme o caso concreto em que está inserida, ROSENVALD (2007, p. 98) salienta que o instituto pode atender às funções ressarcitória, garantista e sancionatória, razão pela qual sustenta haver fragmentação e complexidade na perspectiva funcional do instituto. Em harmonia com esse pensamento, destacamos acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

A cláusula penal compensatória perdeu, pelas sucessivas renegociações que não atenderam ao objetivo [de favorecer o pagamento], a sua função persuasiva e permaneceu no contrato para cumprir a outra tarefa que lhe reservou o ordenamento jurídico, qual seja, a de reparar os danos decorrentes da mora. No caso, essa função, a cláusula cumpriu quando serviu para que as partes reajustassem o valor da dívida, apesar da atualização do valor da moeda e dos juros, o que elimina a sua incidência quando, finalmente, se confirmou que a mora não seria emendada sem a intervenção do Judiciário.”

(Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Com Revisão nº 4139434400. Relator: Enio Zuliani. Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado. Data de registro: 30/06/2006)

De qualquer modo, a cláusula penal, em seu bojo, carrega ao menos duas finalidades, as quais se mostram mais ou menos relevantes conforme o negócio concreto em que está inserido. Assim, é possível que a função de prefixação de danos, conforme o caso concreto, sobrepuje a função de garantia e de sanção civil, assim como é possível que ocorra o inverso.

3. TAXONOMIA DA CLÁUSULA PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916, mais conhecida como Código Civil de 1916, dividia-se em duas partes: geral e especial, esta com quatro livros (família, coisas, obrigações e sucessões) e aquela com três (pessoas, bens e fatos jurídicos). O Direito das Obrigações dividia-se em nove títulos, dos quais o primeiro era designado como “Das modalidades das obrigações”. Dentro deste título, o sétimo e último capítulo dispunha sobre a cláusula penal, especificamente nos artigos 916 a 927.

BEVILÁQUA justifica o posicionamento da cláusula penal na teoria geral das obrigações, e não nos contratos, os quais constituem espécie de obrigação. Vejamos as palavras do saudoso mestre, extraídas do volume IV do “Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clóvis Beviláqua:

Ainda que mais commum nos contractos, de onde o nome de *pena convencional*, tambem é possivel nos testamentos, para reforçar a obrigação do herdeiro, de pagar o legado. Por esta razão o seu lugar é, antes, na parte da theoria geral das obrigações do que contractos.” (BEVILÁQUA, 1950, p. 64)

Também CONTINENTINO (1926, p. 24) sustentou o enquadramento legislativo do instituto na teoria geral das obrigações, por ser admissível na maioria das manifestações de vontade, ainda que não sejam contratos: “E por ser ella accessivel á maioria das manifestações da vontade, e não sómente aos contractos, colloca-a o cod. civil na theoria geral das obrigações”. Nesse mesmo sentido posicionou-se FULGÊNCIO (1958, p. 394), ao afirmar que “a cláusula penal figura no Código em capítulo de um título, que se epigrafa – ‘modalidades das obrigações’, e isto significa que ela aparece na relação como uma forma, uma

feição, uma determinação, uma disposição, um elemento accidental como influência sobre os efeitos da obrigação”.

Cumpramos destacar que o enquadramento da cláusula penal entre as modalidades da obrigação encontra assonância em códigos civis alienígenas, *verbi gratia*, o alemão (BGB) e o francês (Código de Napoleão). Também segue tal taxonomia o ordenamento suíço, que tem código próprio para as obrigações.

A Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil vigente, não acatou os posicionamentos expostos acima, procedendo alteração no enquadramento legislativo da cláusula penal, que não é mais tratada nas modalidades das obrigações, e sim no título referente ao inadimplemento das obrigações.

Aliás, o novel título “do inadimplemento das obrigações”, inaugurado pelo Código Civil de 2002, passou a tratar da mora, anteriormente tratada na matéria sobre pagamento; das perdas e danos, anteriormente tratados na matéria sobre efeitos da obrigação; dos juros legais, anteriormente também tratados na matéria sobre efeitos da obrigação; das arras ou sinal, anteriormente tratadas na parte geral dos contratos; e, por fim, da cláusula penal, disciplinada especificamente nos artigos 408 a 416.

Tal mudança já era pensada há algum tempo, conforme se depreende da assertiva de Caio Mário da Silva PEREIRA (2006, p. 170): “O Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941 considerou-a [a cláusula penal] no seu aspecto de sucedâneo da liquidação de prejuízos, e Orosimbo Nonato o aplaude, por lhe parecer mais fiel à lógica da classificação”. No mesmo sentido seguiu o Projeto de Código de Obrigações e o Código Civil de 2002.

Louvável é a explicação de Maria Helena DINIZ (2007, p. 413) sobre a alteração taxonômica do instituto sob apreço. Ressalte-se, ainda, que a referida doutrinadora, desde o tempo anterior ao novo Código, já propunha o enquadramento da cláusula penal dentro da matéria sobre inexecução da obrigação:

Nosso Código Civil de 1916 disciplinava a cláusula penal no título concernente às modalidades das obrigações, por representar um dos modos pelos quais a obrigação se apresenta. Seguindo a esteira de Roger Sécretan, preferimos, na época, incluí-la no capítulo relativo à inexecução das obrigações, como agora o fez o novel Código Civil, visto que uma de suas funções consiste em prever o seu inadimplemento, sendo uma predeterminação das perdas e danos estabelecidos *a priori*, e constituindo uma compensação dos prejuízos sofridos pelo credor com o descumprimento da obrigação principal (DINIZ, 2007, p. 413).

A alteração recebeu elogios da doutrina brasileira, entre os quais destacamos o de NEVES, que não só comenta esta mudança como critica a posição que o Código anterior adotava:

No Código de 1916, a cláusula penal se encontrava inserida no capítulo das modalidades das obrigações. O Código Civil de 2002 consertou o equívoco para, acertadamente, colocar esse tipo de estipulação no capítulo referente à inexecução. De fato, a cláusula penal apenas terá algum efeito diante da inexecução. Antes, ela fica aguardando, em potência, para incidir somente se o devedor falhar no cumprimento de sua obrigação (NEVES, 2006, p. 183).

Parece-nos que a alteração merecerá aplausos, uma vez que a cláusula penal só produz efeitos jurídicos em razão do inadimplemento, seja para fazer incidir multas cumulativas em razão da mora ou do descumprimento de uma cláusula específica, seja para substituir a obrigação principal, como alternativa a benefício do credor.

4. CARACTERÍSTICAS DA CLÁUSULA PENAL

Assim como ocorre com o conceito, a natureza jurídica e a finalidade da cláusula penal, também há divergência na doutrina quanto aos caracteres do instituto, ou seja, quais seriam os traços e qualidades distintivas da cláusula penal, as características basilares e também as de somenos importância que, juntas, compõem-na.

De fato, várias são as características do instituto da cláusula penal, embora cada doutrinador enumere apenas algumas dessas características. Maria Helena DINIZ (2007), por exemplo, considera caracteres da cláusula penal a acessoriedade, a condicionalidade, a compulsoriedade, a subsidiariedade e a ressarcibilidade. Serpa LOPES (2000), por sua vez, afirma serem características da cláusula penal: contrato acessório, meio de reforço da obrigação principal e preestimativa de perdas e danos. Carvalho SANTOS (1956) acompanha a mesma perspectiva exposta por Serpa Lopes.

Também Álvaro Villaça AZEVEDO (2009) expõe, segundo seu entendimento, que os caracteres da cláusula penal são: acessoriedade, coexistência na área obrigacional, facilidade de liquidação do dano, dispensabilidade de comprovação de culpa ou do dano pelo inocente e contratualidade.

FACIO (1947) encampa a ideia de que cláusula penal é um contrato acessório, e nessa linha apresenta o rol de suas características: capacidade para contratar, consentimento das partes, objeto lícito e determinado, causa lícita e, por fim, acessoriedade. Já ROSENVALD (2007) caracteriza a cláusula penal segundo a sua natureza, de modo que seus elementos seriam: acessoriedade, obrigação facultativa, negócio jurídico de garantia, sujeitos e objeto.

Limongi FRANÇA (1987) preferiu a apresentar as características da cláusula penal ao explicar e classificar seus elementos, de modo que seriam elementos básicos os sujeitos, o objeto e o consentimento; e elementos particulares os formais (forma), os naturais (existência válida da obrigação principal) e acidentais (limitação da cláusula penal).

Em face das distintas enumerações dos caracteres da cláusula penal, bem como das peculiaridades de cada um desses elementos, passaremos a discorrer brevemente sobre cada um deles.

4.1. Acessoriedade

O brocardo latino *accessorium sequitur principale*⁸ destaca o principal que leva a reboque o acessório, ou seja, se determinada obrigação de pagar é declarada nula, incontínenti a multa de mora também o é, visto que se a sorte do principal for a nulidade, sê-lo-á também a do acessório.

Vê-se, assim, que a acessoriedade faz parte da natureza jurídica da cláusula penal, conforme já expusemos nos capítulos antecedentes. A cláusula penal, pois, está vinculada a uma obrigação principal, sendo desta acessória. Em regra, é utilizada em contratos e seguirá o mesmo destino do principal, assim, se nulo for o contrato, nula será a cláusula penal. Não raro doutrinadores estabelecem que a acessoriedade é a principal e mais importante característica da cláusula penal, visto que o próprio instituto não se justifica senão quando aposto a uma obrigação principal.

⁸ O acessório segue o principal

4.2. Compulsoriedade

Por ser a cláusula penal um meio de reforço do liame principal que vincula as partes, não é permitido ao devedor inadimplente furtar-se das suas consequências sob a argumentação de não ter propiciado prejuízo ao credor. A sua incidência, posta a inexecução da obrigação, é compulsória, coercitiva, obrigatória, razão pela qual compele o devedor a realizar a prestação obrigacional, pois, caso contrário, arcará com quantia líquida e certa, dispensando-se ao credor o ônus da prova dos danos.

Vale ressaltar, contudo, que não se trata da mesma compulsoriedade conferida pelos romanos à cláusula penal, como demonstra Carvalho SANTOS (1956, p.302): “Entre os romanos, no princípio, considerava-se injustiça, senão verdadeiro crime, a inexecução ou inadimplemento da obrigação; e daí a *pena* para reprimir o delito, afastada a idéia de qualquer reparação de dano.”

4.3. Facilidade na liquidação de perdas e danos

Uma das funções da cláusula penal é predeterminar os prejuízos, isto é, determiná-los antes mesmo de ocorrerem, ainda que não sejam efetivamente no mesmo montante do que seria apurado pelas vias normais. Assim, havendo cláusula penal, para que surja a possibilidade de exigir indenização basta ao credor provar a inexecução da obrigação – dispensa-se, assim, a prova do dano, seja moral, seja patrimonial, incluindo, nesse, o dano emergente, o lucro cessante e a perda de chance.

Dessarte, quando a obrigação principal contiver cláusula penal e houver inexecução, a parte que pretende ser indenizada fica dispensada de passar pelo

processo custoso e moroso de quantificação do dano experimentado, porquanto pré-determinado pela cláusula penal, conferindo, em tese, maior celeridade na satisfação da pretensão e maior vantagem ao credor.

4.4. Imutabilidade

A imutabilidade é um dos elementos da cláusula penal, constitui-se como regra para sua interpretação. No entanto, por previsão legal expressa, admite exceções, como demonstra Roberto GONÇALVES (2006, p. 388):

Apesar de a irredutibilidade constituir um dos traços característicos da cláusula penal, por representar a fixação antecipada das perdas e danos, de comum acordo, dispõe o art. 413 do Código Civil que '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'.

Fábio ULHOA (2009, p. 202) vislumbra o mesmo, tendo em vista, entretanto, a divisão por ele proposta para as cláusulas penais, isto é, quando apostas em obrigações pecuniárias e não pecuniárias:

A cláusula penal nas obrigações não pecuniárias estão sujeitas aos mesmos limites estudados relativamente às pecuniárias, e também podem ser equitativamente reduzidas em caso de cumprimento parcial da obrigação ou se o valor for manifestamente excessivo em vista da natureza e finalidade do negócio (CC, arts. 412 e 413).

Assim, a imutabilidade da cláusula penal admite exceções e os artigos mencionados acima devem ser aplicados pelo magistrado sempre que houver descompasso entre o razoável e o valor atribuído pelas partes a título de pena pelo descumprimento da obrigação. É o que se vê no acórdão abaixo:

Não obstante prevaleça no direito civil brasileiro o princípio da imutabilidade da cláusula penal, esta poderá ser modificada pelo juiz quando houver cumprimento parcial da obrigação, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, considerando-se a natureza e a finalidade do negócio. Na hipótese dos autos, estabelecida, no acordo homologado, a cláusula penal em 30% sobre o valor consolidado da dívida, para o caso de descumprimento do ajuste, e tendo o embargante pago duas das oito parcelas avençadas, pode ser reduzido o percentual para 10% sobre o valor das parcelas impagas, por força do disposto no artigo 413 do Novo Código Civil, evitando-se que a cláusula penal de 30% venha a constituir fonte de enriquecimento indevido.

(Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível, número: 70005856943. Relator: Roberto Carvalho Fraga. Data de julgamento: 28/08/2004.)

Acerca das exceções para a imutabilidade da cláusula penal, há de destacar-se o intento hodierno de atribuir ao direito feição mais justa e socialmente harmônica, calcada na boa-fé e na proteção do hipossuficiente. O Poder Judiciário, nesse diapasão, deve interferir nas relações privadas sempre que houver rompimento desses valores, respeitando-se, obviamente, o princípio da inércia jurisdicional. Entendemos, pois, que o disposto no art. 413 do Código Civil constitui norma cogente, de interesse público, e não pode ser afastada pelos particulares.

4.5 Coexistência na área obrigacional

De fato a incidência da cláusula penal se dá majoritariamente em contratos, fonte principal das obrigações. Não obstante, é possível que incida sobre atos unilaterais, o que justifica sua taxonomia doutrinária e legislativa, visto que faz parte da teoria geral das obrigações e não dos contratos. Sobre o assunto, preciosas as palavras de Caio Mário da Silva PEREIRA (2006, p. 169):

É originariamente contratual, como contratual o seu campo de incidência mais freqüente, e mesmo o seu mecanismo. Daí a necessidade da consideração dos novos princípios da teoria contratual também no campo da cláusula penal. Mas seria inexato insulá-la no direito do contrato, como aliás procede Salvat, e antes dele Giorgi, pois que é lícito inseri-la no testamento, que é ato unilateral, punindo o herdeiro pela inexecução de legados ou encargos. Fora de as obrigações contratuais, também as decorrentes da lei, a par das penalidades que as acompanham por força da mesma lei, podem ser igualmente reforçadas de penas convencionalmente determinadas, pois nenhuma incompatibilidade existe entre a natureza legal da obrigação e o caráter convencional da multa.

4.6. Contratualidade

Uma das características da cláusula penal é ela ser constituída por meio de uma avença, de um ajuste entre as partes. Decorre da autonomia da vontade. Assim sendo, deverá apresentar todos os elementos necessários para a validade de um contrato.

Sobre a fonte contratual da cláusula penal, sábias as palavras de FACIO (1947, p. 178):

Si embargo, cuando se habla de cláusula penal en sentido específico, se supone siempre, y es de rigor que así sea, que dicha cláusula ha sido pactada, libremente por las partes y tiene su origen en una convención. Y como no se trata simplemente de una convención cualquiera, sino de aquellas que la ley considera susceptibles de acarrear como consecuencia el nacimiento de prestaciones coactivamente exigibles, resulta que la cláusula penal debe – siempre – encontrar su fuente en un contrato.

Assentada, portanto, a idéia de que a cláusula penal tem origem no acordo entre as partes, decorrente da liberdade de contratar, passaremos a analisar nos subitens adiante os elementos necessários à sua validade.

4.6.1. Sujeitos

Os sujeitos da cláusula penal são aqueles que podem pactuá-la. São as partes que a convencionam e, em consequência de sua incidência, dela extraem proveitos ou em razão dela arcam com os prejuízos. Não é possível delegar a terceiro a determinação do montante, devendo ser ajustada previamente entre os sujeitos da obrigação principal. Segundo lição de Washington de Barros MONTEIRO (2003, p. 336), sequer a autoridade judiciária pode fixar o montante devido a título de cláusula penal, salvo se for para minorar o valor constante de cláusula penal abusiva.

Comum é que o valor previsto na cláusula penal, em caso de inexecução, reverta em benefício da parte que não deu ensejo ao descumprimento da obrigação

principal. Apesar disso, não há óbice legal que restrinja as partes caso queiram convencionar que a cláusula penal reverterá em favor de terceiro, estranho à relação obrigacional principal, se esta for inadimplida.

Obviamente, os sujeitos da relação obrigacional que estipulam cláusula penal podem ser tanto pessoas naturais como pessoas jurídicas, desde que estas estejam devidamente representadas.

4.6.2. Capacidade

Assim como não é qualquer indivíduo que pode pessoalmente contrair obrigações, não é qualquer sujeito que pode pactuar uma cláusula penal, porquanto esta também exige, para sua validade, a capacidade para contratar. Em se tratando de relativamente capazes ou absolutamente incapazes, faz-se necessário, respectivamente, que o ato seja assistido ou representado por quem de direito.

Há de se atentar ao fato de que ao aferir a capacidade para pactuar a cláusula penal, deve-se analisar se a capacidade específica do contratante se harmoniza com o conteúdo da cláusula penal, e não somente com o conteúdo da relação obrigacional principal. Nesse sentido, vale citar a explicação de FACIO (1947, p. 180-181)

hace concluir que para pactar una cláusula penal adjunta a una obligación contractual, no se requiere sólo la capacidad necesaria para pactar el contrato a que la cláusula penal accede, sino – además – la capacidad especial que es necesaria para pactar el efecto del agravamiento del contrato según el objeto que sea contenido de la prestación penal, cuya capacidad, en la

generalidad de los casos, es la capacidad jurídica de plena disposición.

Assim, a capacidade para contratar a cláusula penal será regida pelas mesmas normas sobre capacidade estabelecidas pelo Código Civil. O Direito mantém níveis de incapacidade e exige representação ou assistência conforme a fragilidade de que padece a pessoa, no intento de que ela mesma não se prejudique ao praticar os atos da vida civil.

Ocorre que quando a cláusula penal consistir em pagamento de verba ou de ato de disposição patrimonial, o que sói ocorrer, o agente deve contar com capacidade específica para a prática de atos de alienação. É o que ocorre, *mutatis mutandi*, com a instituição de hipoteca ou penhor para garantir a obrigação, já que caso haja sua inexecução, os bens hipotecários ou pignoratícios poderão sofrer alienação coercitiva, ou seja, representam ato de possível disposição patrimonial (*ius disponendi*).

Nesse sentido, assim como não pode o marido alienar imóvel sem a outorga uxória, também não poderá isoladamente estabelecer em escritura pública que, a título de cláusula penal, entregará o imóvel ao credor caso haja inexecução da obrigação principal. Isso porque, nesses casos, para poder exercer o *ius disponendi*, demanda anuência do outro cônjuge, salvo se casados no regime da separação de bens.

4.6.3. Autonomia da vontade

A declaração de vontade é pressuposto essencial de todo e qualquer negócio jurídico. Se não houver declaração de vontade, ou pelo menos aparência, não há falar-se em negócio jurídico. A mera vontade interna não constitui negócio, faz-se

necessário que seja externada, manifestada, ainda que taticamente, ou seja, exarada por meio de um comportamento ou atitude do qual é possível extrair o seu sentido.

Da mesma maneira que ocorre com um contrato típico ou atípico, a cláusula penal estará sujeita às vontades das partes. DIAZ (1936, p. 81-82) reflete sobre o assunto:

La autonomía de la voluntad no es absoluta y tan no lo es que la propia ley establece numerosas limitaciones, que son obstáculos insalvables para la libertad contractual que en esta forma queda manifiestamente atemperada. [...] Aparte de las limitaciones legales, la jurisprudencia ha realizado también una obra de contención de la autonomía de la voluntad y esta orientación jurisprudencial, [...] es una de las soluciones que propiciamos en materia de cláusulas penales excesivas, pactadas so pretexto de una libertad contractual que muchas veces no es sino un sofisma.

Vê-se, pois, que o princípio da autonomia da vontade não pode violar preceitos estabelecidos pelo ordenamento pátrio: há de respeitar-se a lei, os princípios gerais de direito, os bons costumes e a moral. Cabe ao Poder Judiciário dirimir dúvidas decorrentes de manifestações de vontades que, segundo alguma das partes, ofendam tais parâmetros.

4.6.4. Objeto

O objeto da cláusula penal, normalmente, consiste em prestação em dinheiro. Não obstante, é possível que seja outro o seu objeto. Assim, pode consistir em obrigação de fazer, e dar ou até mesmo de não fazer. Nesse sentido, o código

civil alemão, em seu artigo 339, prevê que o objeto da cláusula penal pode recair sobre uma abstenção e, em seu artigo 342, prevê que pode não consistir na entrega de determinado valor em dinheiro.

Conquanto não haja, em nosso ordenamento, previsão expressa, nada há de se opor a tal possibilidade, visto que se harmoniza com o princípio da autonomia da vontade, desde que sejam respeitados os limites de tal princípio, ou seja, desde que não afronte a lei, a ordem pública, os princípios gerais de direito, os direitos indisponíveis, a moral e os bons costumes.

4.6.5. Forma

Há duas perspectivas sobre a forma da cláusula penal: a primeira leva em consideração se a cláusula penal é estipulada junto com a obrigação ou em ato separado; a segunda diz respeito à forma de um modo geral, ou seja, qual revestimento deve a cláusula penal conter para que haja validade.

Quanto à primeira perspectiva, cumpre esclarecer que a cláusula penal pode ser estipulada conjuntamente com a obrigação principal ou então em ato posterior. É a letra da lei, conforme se lê no artigo 409 do atual Código Civil, e se lia no art. 916 do Código Civil de 1916.

O mais comum, entretanto, é que seja instituída no próprio instrumento em que se pactuou a obrigação principal. Caso seja em ato posterior, consistirá em aditamento, e deve ser realizado antes do inadimplemento da obrigação principal.

Sobre a segunda perspectiva, a da forma em geral, deve-se levar em conta alguns pressupostos conceituais. Todo e qualquer negócio jurídico, para que

tenha validade jurídica, deve conter a forma prescrita ou não defesa em lei. O princípio geral é, portanto, de que a declaração de vontade não depende de forma específica. Inquina-se de invalidade o negócio jurídico que não contiver forma específica apenas quando tal forma for exigida legalmente.

Assim, atos há que demandam forma especial. São as hipóteses, por exemplo, do artigo 108 do Código Civil, que exige escritura pública para transferência de imóveis acima de trinta salários mínimos, entre outros negócios solenes. Outros atos há cuja forma prescrita é escrita, podendo se dar por instrumento particular. Quando a lei for omissa quanto à forma, entende-se que o negócio pode ser celebrado ainda que verbalmente. Existe a possibilidade, também, de as próprias partes convencionarem determinada forma para a validade de um negócio jurídico, e então tal forma será pressuposto para que o negócio tenha validade.

No que toca à cláusula penal em específico, “não se exige forma especial, prevalecendo a regra geral consubstanciada nos arts. 129 [atual art. 107] e seguintes do Código [Civil de 1916], de forma que a cláusula penal pode ser estipulada por qualquer forma, ainda que verbal” (SANTOS, 1956, p. 309).

Opinião contrária e minoritária é a de Álvaro Villaça AZEVEDO (2008, p. 226), que concebe a cláusula penal somente sob a forma escrita:

Acrescentamos, nesse passo, que a cláusula pode coexistir com qualquer das espécies de obrigação existentes, devendo, entretanto, comprovar-se por escrito. Por essa razão, jamais poderia ser válida a pena convencional, que se fixasse, verbalmente, mesmo existindo, por escrito, a obrigação principal. Entendo, todavia, que deve ser reconhecida a validade da cláusula penal, que se faça, por escrito; a obrigação a que ela se

liga pode ser expressa verbalmente, desde que não seja esta ineficaz.

Parece-nos, entretanto, *data maxima venia*, que não assiste razão ao ilustre doutrinador, visto que não há prescrição normativa para a forma da cláusula penal, caindo, portanto, na vala comum do art. 107 do Código Civil, o qual determina que a declaração de vontade não dependerá de forma específica, salvo quando a lei o exigir de modo expresso.

4.6.6. Licitude do objeto

Para ser válida a cláusula penal deve ter objeto lícito, bem como estar vinculada a uma obrigação igualmente lícita. Caso o objeto da cláusula penal seja ilícito, incorrerá em nulidade, o mesmo ocorrendo caso a obrigação principal seja ilícita, ainda que o objeto da cláusula penal seja lícito: isto porque esta é acessória, e seu destino acompanha o da obrigação principal. Nesse sentido, primorosas as palavras de Limongi FRANÇA (1987, p. 184): “a ilicitude do objeto [da cláusula penal] ou da causa da obrigação principal vicia a pena, ainda que lícita, se considera separadamente, em virtude da intrínseca acessoriedade”.

O tema também é tratado por FULGÊNCIO: “Acresce que, se a sorte da cláusula penal fosse independente da legalidade da obrigação principal, na estipulação dela estaria um meio fácil de iludir as proibições da lei, e de atribuir eficácia, por via oblíqua a estipulações de objetos e causa ilícita.” Assiste razão ao clássico doutrinador, visto que se a cláusula penal pudesse ser exigida ainda que a obrigação principal fosse ilícita, haveria fértil manancial para a prática de fraudes e simulações.

Cabe lembrar, ainda, que a ilicitude do objeto não é mero vício do negócio jurídico. Assim, a ilicitude do objeto não propicia apenas anulabilidade do negócio jurídico, como ocorre com os defeitos do negócio jurídico. A ilicitude propicia nulidade, constituindo-se, pois, patologia mais grave do que os defeitos do negócio (erro, dolo, coação, lesão, estado de perigo, fraude contra credores).

Questão mais polêmica é sobre o alcance da nulidade propiciada pela ilicitude do objeto da cláusula penal. Entendemos que o caminho inverso não se aplica: caso a obrigação principal seja nula por ilicitude do objeto, nula será a cláusula penal, ainda que tenha objeto lícito, pois é acessória e segue a mesma sorte da obrigação à qual está vinculada; entretanto, se a obrigação principal possui objeto lícito, e a cláusula penal recaia sobre objeto ilícito, entendemos que a nulidade alcança apenas a cláusula penal, não propiciando nulidade do vínculo obrigacional principal.

4.6.7. Boa-fé

O princípio da boa-fé diz respeito à honestidade, à franqueza, à sinceridade no ato de contratar. Assim como há, entre as pessoas, a presunção de inocência, também há entre elas a presunção *iuris tantum* de que as manifestações de vontade são realizadas de modo honesto. Essa presunção relativa constitui o alicerce do princípio da boa-fé objetiva, ou seja, considera-se objetivamente que todos negociam com franqueza, sendo exceção a má-fé, que para ser considerada necessita de prova.

Como em todos os contratos, faz-se necessário que haja boa-fé das partes ao instituírem a cláusula penal. Sapiante a elucidação de Pinto MONTEIRO (1990, p. 685) sobre o assunto:

O direito à pena deve ser exercido, por outro lado, de acordo com o princípio da boa fé, à luz do qual poderá ter de se considerar que a pena é inexigível – e não apenas susceptível de redução -, caso o seu elevado montante indicie sancionar ela infracções de especial gravidade, o que não se compatibilizará com uma atitude do credor que reclame o seu pagamento em face de uma diminuta infracção, praticamente insignificante. Também um comportamento tolerado ou consentido durante largo tempo, sem qualquer reacção do credor, poderá ser factor impeditivo da exigibilidade da pena, caso a sua reclamação posterior se mostre contrária ao princípio da boa fé.

4.7. Subsidiariedade, condicionalidade e ressarcibilidade

Conforme citamos no início do capítulo, Maria Helena DINIZ (2007, p. 417 - 419) apresenta como características da cláusula penal a subsidiariedade, a condicionalidade e a ressarcibilidade, entre outros já explicados anteriormente.

A subsidiariedade refere-se à possibilidade de o credor optar pela substituição da obrigação principal não cumprida pela pena prevista na cláusula penal, exceção feita às penas moratórias. A condicionalidade diz respeito ao fato de que a cláusula penal só será devida caso haja o inadimplemento da obrigação principal, ou seja, seus efeitos estão suspensos aguardando a ocorrência de um evento futuro e incerto. Por fim, a ressarcibilidade refere-se ao fato de que a cláusula penal constitui liquidação prévia de danos, ressarcindo o credor da obrigação principal caso esta não seja adimplida.

Por derradeiro, cite-se o entendimento de ROSENVALD (2007, p. 43), que atribui à cláusula penal a característica de obrigação facultativa em favor do credor, visto que o sujeito passivo deve somente a prestação prevista no vínculo principal, mas

caso haja descumprimento de tal vínculo, atribuir-se-á ao credor o poder de exigir a pena em substituição à prestação original.

5. MODALIDADES DA CLÁUSULA PENAL

A cláusula penal pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à inexecução de alguma cláusula especial da obrigação ou tão-só à mora. São três, portanto, as hipóteses, conforme estipula a segunda parte do artigo 409 do Código Civil: “A cláusula penal [...] pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora”. Nesse sentido, esclarece Caio Mário da Silva PEREIRA (2007, p. 171) que “as partes, ao estipularem a cláusula penal, podem ter em vista a inexecução completa da obrigação ou apenas reforçar o cumprimento de uma de suas cláusulas, ou então punir a mora do devedor”.

Já o Código Civil de 1916 percorria essa vereda, conforme se depreende da leitura do seu artigo 917 e da explanação de CONTINENTINO (1926, p. 72): “Ao definir a clausula penal, vimos que ella, adherindo ao contracto, ao acto susceptivel de usa accessão, póde referir-se a todo elle, parte delle ou simplesmente á móra”.

Serão distintos os efeitos jurídicos se a cláusula penal estiver resguardando o cumprimento total da obrigação ou se, por outro lado, estiver resguardando tão-só a mora ou alguma cláusula específica. Com base nessa assertiva, Orlando GOMES (2007, p. 191) classifica as cláusulas penais em duas modalidades: disjuntiva e cumulativa.

A modalidade disjuntiva se refere às cláusulas penais que incidem sobre a inexecução completa da obrigação, nos termos do artigo 410 do Código Civil: “Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor”. Vê-se, pois,

que tal artigo estabelece que a cláusula penal se converterá em uma alternativa ao adimplemento da obrigação principal, conforme aprouver ao credor.

Assim sendo, tem o credor a seu dispor um direito de escolha: ou exigir em juízo o cumprimento da obrigação, ou exigir a prestação prevista pela cláusula penal. Daí a denominação “disjuntiva”, ou “indenização substitutiva”, ou então “compensatória”. Trata-se de uma escolha do credor: ou um caminho, ou outro.

A segunda modalidade de cláusula penal, denominada “cumulativa”, corresponde às cláusulas previstas para a segurança do descumprimento de uma cláusula determinada, ou então para o caso de mora. Isto porque, conforme estabelece o art. 411 do Código Civil, cumular-se-ão, a favor do credor, o direito de receber o *quantum* definido na cláusula penal e a prestação da obrigação principal. Vejamos a letra da lei: “Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal”.

A doutrina esclarece, sem dissidência, que podem ser estipulados num mesmo contrato cláusulas penais de modalidade cumulativa e de modalidade disjuntiva, isto é, podem coexistir previsões de sanção para o descumprimento total da obrigação, de cláusula determinada e apenas da mora. Nesse sentido, entre outros, Orlando GOMES, (2007, p,191) e Caio Mário da Silva PEREIRA (2007, 173).

Cumprido esclarecer, nesse passo, que a doutrina majoritária classifica em duas espécies ou modalidades a cláusula penal: compensatória e moratória, enquadrando em moratória a que incide no caso de mora, e em compensatória as

duas outras hipóteses. É o entendimento do direito francês, bem recepcionado pelos juristas brasileiros.

Vale ressaltar que essa classificação, embora amplamente utilizada, tem por malefício reunir, sob o mesmo epíteto, duas hipóteses que possuem tratamento legislativo distintos: isto porque a espécie de cláusula penal compensatória reúne em seu bojo tanto a cláusula penal que protege a completude da obrigação como a cláusula penal que protege disposição específica do contrato original.

Ocorre que, como já exposto acima, os efeitos da pena convencional que protege cláusula determinada são os mesmos da pena convencional que inibe a mora, e não os mesmos da cláusula penal que inibe o descumprimento total da obrigação.

Em decorrência disto, mostra-se prestigiada a classificação de Orlando Gomes em cláusulas penais “cumulativas” e “disjuntivas”, já que reúne na primeira categoria cláusulas com os mesmos efeitos, restando à outra tão-só a cláusula penal que protege a integralidade da obrigação.

Essa é a sistemática, inclusive, do Código Civil, discorrendo sobre a espécie disjuntiva no art. 410 e a espécie cumulativa no art. 411.

No intuito de manter essa lógica, Orlando GOMES (2007, p.191) vai ao extremo de classificar como moratória a cláusula que visa a punir o descumprimento de parte da obrigação: “Há que se distinguir a cláusula compensatória da cláusula moratória, entendendo-se que é da segunda espécie quando visa a punir o retardamento na execução *ou o inadimplemento de determinada obrigação*” (grifo nosso).

Data maxima venia, parece que a lógica exposta acima – a de realizar a classificação conforme o tratamento legislativo e os efeitos jurídicos – não justifica o extremo de enquadrar em “cláusula moratória” aquela que traz segurança a disposições específicas da relação obrigacional principal, mesmo porque fere o próprio étimo do vocábulo “mora”, cujas origens latinas remetem a “delonga”, “demora”.

Sobre esse aspecto, melhor caminho percorrem Maria Helena DINIZ (2007) e Arnaldo RIZZARDO (2007), que consideram cláusulas penais moratórias somente aquelas que resguardam a execução tardia da obrigação.

Em suma, o problema que se impõe é que a classificação mais difundida na doutrina brasileira sobre as cláusulas penais faz com que se reúnam sob o mesmo título institutos que possuem efeitos distintos, isto é, enquadram-se como “cláusula penal compensatória” uma cláusula que é alternativa, e outra que é cumulativa.

Tal problema tem por cerne a cláusula penal que resguarda cláusula específica da obrigação, pois é inadequado classificá-la de moratória, como foi visto acima, embora Orlando Gomes o faça, e também se mostra carente de perfeição classificá-la em “compensatória”, ao lado de outra (a da inexecução completa) que não lhe é semelhante nos efeitos jurídicos e no tratamento legislativo.

Em face de todo o exposto, retoma-se o argumento de que a classificação das cláusulas penais em “disjuntivas” e “cumulativas” tem a vantagem de reunir sob o mesmo título modalidades de cláusulas penais que efetivamente recebem o mesmo tratamento legislativo e produzem os mesmos efeitos, consoante se depreende da leitura dos artigos 410 e 411 do Código Civil.

Interessante e muito pertinente, também, o entendimento de Tito Fulgêncio sobre as modalidades de cláusula penal. Segundo o referido autor,

a cláusula penal pode referir-se, ajustar-se, tendo em mira as hipóteses: 1ª) Inexecução completa da obrigação. 2ª) Execução não satisfatória, desdobrando-se em duas outras, a saber: a) Inexecução de alguma cláusula especial da obrigação ou b) simplesmente, a mora do devedor (FULGÊNCIO, 1958, p. 406).

Enfim, seja qual for a classificação adotada, pois a seara é fértil e vários são os entendimentos, mister se faz compreender que as cláusulas penais podem referir-se a três situações: i) inexecução total da obrigação principal; ii) proteção de cláusula específica; iii) morosidade no cumprimento. Também inconcusso o entendimento de que a primeira situação (i) possibilita ao credor exigir em juízo ou a prestação da obrigação principal, ou a prestação da cláusula penal; e as outras duas situações (ii e iii) possibilitam ao credor exigir cumulativamente a prestação da obrigação principal e a da cláusula penal.

5.1. Substitutivas à obrigação principal

O Código Civil de 2002, repetindo o que preceituara o art. 918 da lei civil anterior, estabelece que a cláusula penal estipulada para a hipótese de total inadimplemento poderá ser exigida pelo credor em substituição à prestação original. Assim, nessa modalidade, é facultado ao credor exigir a prestação contida na obrigação principal e prescindir da cláusula penal, ou então exigir a cláusula penal e prescindir da prestação da relação obrigacional principal.

Sobre essa matéria, leciona Maria Helena DINIZ (2008, p. 355): “Se se estipular uma cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação o credor

poderá, ao recorrer às vias judiciais, optar livremente entre a exigência da pena convencional e o adimplemento da obrigação, visto que a cláusula penal se converterá em alternativa em seu benefício”. Obviamente, caso o credor não logre êxito na obtenção da prestação contida na cláusula penal, poderá exigir o contido na obrigação principal, conforme podemos depreender das lições de Clóvis Beviláqua contidas no Código Civil dos Estados Unidos do Brasil por ele comentado:

Quer dizer que a este [ao credor] cabe o direito de escolher entre a exigencia da pena, ou da obrigação principal. Escolhida a pena, desaparece a obrigação originária, e com ella o direito de pedir perdas e danos, que já se acham prefixados na pena. Se o credor escolher o cumprimento da obrigação, e não puder obtel-a, a pena funcconará como compensatoria das perdas e danos. (BEVILÁQUA, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clóvis Beviláqua, volume IV, 1950, p.66)

Por essa razão é que Orlando GOMES classifica a cláusula penal, quando estipulada para o caso de total inexecução, como sendo disjuntiva: “Na primeira hipótese, é *disjuntiva*. Se o credor se interessa pelo cumprimento da obrigação, não pode exigi-la, por ser *indenização substitutiva*. Se prefere reclamá-la, presume-se que seu interesse se satisfaz, não lhe sendo dado, obviamente, insistir no cumprimento da obrigação principal” (GOMES, 2007, p. 191).

Corretíssima a determinação legislativa, pois se a cláusula penal foi pactuada para substituir perdas e danos em caso de inexecução da obrigação principal, seria infundada a sustentação de que o credor pudesse exigir, além da cláusula penal, o conteúdo do vínculo obrigacional. Imagine-se a contratação de um cantor para um espetáculo a realizar-se dentro de uma empresa, em que se estipulou cláusula penal para o caso de o cantor não comparecer. Nesse caso,

ausentando-se o cantor injustificadamente, o credor ao exigir a cláusula penal não poderá exigir também o conteúdo da obrigação principal, pois esta foi substituída por aquela.

Cabe destacar, ainda, que o credor poderá sempre exigir o máximo, podendo optar pela cláusula penal, pela obrigação principal, ou, ainda, pelo ressarcimento às perdas e danos. Nesse sentido, Silvio RODRIGUES (2002, p. 270) explica:

De fato, entendem-se, em caso de estipulação compensatória, que as partes, ao arbitrar seu montante, tiveram o escopo de fixar a indenização para o caso de inadimplemento. De modo que ao credor compete exigir ou o cumprimento do contrato, ou o pagamento da multa convencionada, ou as perdas e danos que demonstrar ter sofrido.

Aliás, essa possibilidade já existia no Direito Romano, em que o credor poderia exigir a cláusula penal por meio da *actio ex stipulatu*, mas ao fazê-lo perdia o direito de exigir o conteúdo da obrigação principal. Do mesmo modo, ao receber a prestação da obrigação principal ou a reparação por perdas e danos, elidia-se a possibilidade de mover *actio ex stipulatu*.

Carvalho SANTOS (1956, p. 319) adverte, expressamente, que não é lícito ao credor, se a cláusula penal for compensatoria, “exigir cumuladamente: a) a pena convencional e a execução do contrato; b) a pena convencional e as perdas e danos; c) a indenização das perdas e danos e a execução”. Isso ocorre porque não se tolera “a dupla condenação do devedor e outra coisa não ocorreria em qualquer das hipóteses acima mencionadas, uma vez que as perdas e danos equivalem à execução, bem como a cláusula penal equivale às perdas e danos” (SANTOS, 1956, p. 319). De fato, se fosse permitido ao credor exigir as duas

prestações, propiciar-lhe-ia enriquecimento sem causa, romper-se-iam a boa-fé e a equidade.

Cabe falar sobre o prejuízo sofrido pelo credor caso opte pela cláusula penal e esta não seja suficiente para cobrir os prejuízos experimentados em razão do descumprimento da obrigação principal. Sobre isso, importante mencionar as palavras de BEVILÁQUA (1950, *Direito das Obrigações*, p. 73-74): “embora o prejuízo sofrido exceda ao montante da pena, nada mais poderá reclamar o credor, pois somente a si mesmo deve imputar ter mal calculado ou mal previsto os factos contra os quaes, aliás, entendeu se premunir estipulando a clausula penal”.

O entendimento de Beviláqua, acima exposto, não estava expresso no Código Civil de 1916. Tendo em vista o posicionamento doutrinário unívoco, bem como as orientações jurisprudenciais, o Código Civil de 2002 passou a tratar o assunto de modo explícito, como se vê no parágrafo único do artigo transcrito abaixo:

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

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

Da leitura do referido artigo, depreende-se ser possível pactuar em sentido contrário à regra geral, ou seja, possibilitando ao credor exigir indenização em montante maior do que o prefixado na cláusula penal, desde que, frise-se, haja previsão contratual expressa nesse sentido. Quando isso ocorrer, terá o credor o

ônus de provar o prejuízo excedente, pois se não o fizer receberá apenas o valor estipulado a título de cláusula penal, o qual prescinde de prova, conforme determinado pelo *caput* do citado artigo.

Por fim, deve-se advertir que a possibilidade de substituir a obrigação principal pela cláusula penal é benefício que assiste ao credor, e somente a ele. Não é facultado ao devedor escusar-se das obrigações por preferir pagar a cláusula penal. Não pode o credor, também, exigir ou ser forçado a receber parte da pena e parte da obrigação principal.

5.2. Cumulativas com a obrigação principal

Existem duas hipóteses em que a cláusula penal é pactuada com a possibilidade de ser exigida conjuntamente, ou melhor, cumulativamente com a obrigação principal. A primeira se refere à estipulação de que a cláusula penal incidirá caso haja inexecução de parte específica do contrato, isto é, se houver descumprimento de alguma cláusula em especial. A segunda hipótese ocorre quando as partes estipulam que a cláusula penal será exigível caso o sujeito passivo da relação obrigacional incida em mora, isto é, retarde o cumprimento da obrigação.

Nesse sentido, Tito Fulgêncio contrapõe a cláusula penal pactuada para o caso de inexecução total às cláusulas que são firmadas em face de uma estipulação especial do contrato ou por sua mora: “Aqui, ao invés, a pena representa aquilo que falta à execução para ser completa, é a compensação do dano causado pela mora ou pela violação da cláusula especialmente garantida, e deve ser abonada sem prejuízo da obrigação principal” (FULGÊNCIO, 1958, p. 424). Também Orlando GOMES (2007, p. 191) se posicionou dessa maneira: “Nas outras duas hipóteses, é *cumulativa*. Além do cumprimento da obrigação principal, assiste ao

credor direito a exigir do devedor que também lhe pague a indenização prefixada na cláusula. Há, portanto, *acréscimo* no conteúdo do seu *direito de crédito*, tendo a indenização natureza complementar.”

Sobre a cláusula penal que protege disposições específicas, Maria Helena DINIZ (2008, p. 356) assim se pronunciou: “Se a pena convencional visar a garantia da execução de alguma cláusula especial do título obrigacional, possibilitará ao credor o direito de reclamar a satisfação da pena ou multa cominada juntamente com o desempenho da obrigação principal”.

De fato, nessa modalidade de cláusula penal o credor tem direito a exigir o cumprimento da pena avençada e também o cumprimento da obrigação principal consistente nas demais disposições não robustecidas pela cláusula penal.

Washington de Barros Monteiro adverte sobre o cuidado que se deve ter ao comparar a cláusula penal estipulada para inexecução total e aquela estipulada para parte especial do contrato:

Aos espíritos menos avisados pode causar estranheza essa aparente incongruência do legislador, que, para a infração menos grave (inexecução de simples cláusula), concede duas prestações conjuntas (multa e adimplemento da obrigação principal), enquanto, para violação mais grave (inexecução completa ou inadimplemento total), outorga apenas a alternativa (uma ou outra prestação). (MONTEIRO, 2003, p. 342)

Essa suposta distorção, no entanto, não encontra eco na realidade, porquanto a cláusula penal substitutiva é incontestadamente superior ao valor atribuído à

cláusula penal cumulativa, tendo como referencial o mesmo contrato. Sobre esse assunto, Álvaro Villaça Azevedo, comentando o posicionamento de Washington de Barros Monteiro acima citado, elucida:

[...] o absurdo existiria, se ficasse o devedor liberado de executar toda a obrigação principal, tão-somente, por ter inadimplido uma de suas cláusulas, pois, isto sim, consistiria em premiar-se a 'malícia' e a 'má-fé'. [...] Não há exagero na cobrança simultânea do desempenho da obrigação principal e da multa pelo descumprimento de determinada cláusula do negócio, porque essa penalidade é restrita, costumando, por isso mesmo, ser de valor razoável. (AZEVEDO, 2008, p. 228)

Acerca da segunda hipótese em que a cláusula penal pode ser exigida cumulativamente com a obrigação principal, ou seja, no caso de simples mora, ela não representa o equivalente à obrigação como um todo, mas apenas uma compensação pelo prejuízo experimentado em razão da demora no cumprimento da obrigação. Não gera, pois, substituição da obrigação principal.

A cláusula penal pactuada para o caso de atraso, de mora, de retardo no cumprimento da obrigação não atribui ao credor o direito de exigir ou o valor nela previsto ou o cumprimento da obrigação: atribuem-se-lhe ambas as possibilidades cumulativamente, pois o valor previsto para a pena por mora não deve corresponder ao valor econômico de toda a obrigação, mas apenas aos prejuízos prefixados pelas partes em razão do atraso no cumprimento.

Seria, pois, ilógico se o inquilino deixasse de pagar o aluguel e se livrasse dessa dívida ao pagar a multa prevista a título de cláusula penal por mora. O mesmo ocorre caso o inquilino transgrida cláusula contratual, como, por exemplo, pintar o

imóvel de cor não autorizada. Nesses casos, pois, deverá pagar o principal mais a multa, porquanto se trata de cláusula penal cumulativa.

5.3. Critérios para distinguir as modalidades de cláusula penal

Alguns critérios, já expostos pela doutrina majoritária, devem ser obedecidos para que seja possível distinguir as modalidades da cláusula penal caso não haja declaração expressa no instrumento de contrato. Esses critérios são pautados na índole do contrato, no objetivo a que se propuseram as partes e, sobremaneira, na confrontação entre o valor da pena convencional e o valor da prestação da obrigação principal.

Acerca da comparação entre os valores contidos na cláusula penal e na obrigação principal, preciosas as palavras Silvio RODRIGUES (2002, p. 272):

O remédio apregoado por muitos juristas antigos e modernos, para descobrir a natureza da disposição, consiste em atentar para o montante da multa. Se é de valor 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 que para substituir as perdas e danos advindos da inexecução se fixasse indenização excessivamente modesta.

Como se vê, é o instrumento de contrato, no mais das vezes, a melhor fonte para que o magistrado possa aferir o sentido da manifestação de vontade e a natureza

do acordo. Não obstante, é plenamente possível a utilização de qualquer meio de prova, desde que lícito, para aferir a intenção das partes ao contratar. O cotejo dos valores contidos na pena convencional e na obrigação principal, na forma exposta acima, é certamente critério valioso para a determinação da modalidade de cláusula penal, mas não constitui prova absoluta, cabendo ao julgador analisar o negócio jurídico em toda sua conjuntura.

6. REQUISITOS DA CLÁUSULA PENAL

Os principais requisitos para a cláusula penal são a inexecução, a culpa e a mora, sem os quais não se configura a hipótese de incidência da penalidade previamente convencionada entre as partes. Essa é a inteligência do art. 408 do Código Civil, o qual estabelece que incorre em cláusula penal quem culposamente deixe de cumprir obrigação vencida, ou se constitua em mora.

Já eram esses os requisitos apregoados pela doutrina para a cláusula penal mesmo antes do advento do Código Civil de 2002, embora o Código antigo, em seu art. 921, não mencionasse expressamente a culpa: “Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que se vença o prazo da obrigação, ou, se o não há, desde que se constitua em mora”.

Assim, mesmo sem a expressa previsão da culpa, a doutrina majoritária interpretava o instituto de forma sistemática, de modo que se o devedor incorresse em mora sem proceder de modo culposo, estaria fora do campo de incidência da cláusula penal. Esse posicionamento foi sustentando, entre outros, por Serpa Lopes, Carvalho Santos, Tito Fulgêncio e Carvalho de Mendonça. Nesse diapasão, interessante as palavras de Continentino (1926, O. 79):

Para que o devedor incorra sob a sancção da clausula penal, faz-se mister a integração de dois elementos: – a culpa e a mora; um objectivo e outro subjecto. É certo que a mora já contém em si a culpa; esta é uma das componentes daquela. Mora e culpa confluem para uma só idéa – a que preside todo o assumpto: *inexecução*, total, parcial ou simplesmente retardada.

Com todo respeito ao pensamento do clássico doutrinador, entendemos diferentemente. A mora nem sempre está vinculada ao procedimento culposo do devedor, que pode nela incorrer em razão de caso fortuito ou força maior, ou ainda em razão de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Em razão disso, parece-nos vantajosa a alteração legislativa trazida pelo art. 408 do Código Civil atual, que expressamente se refere à culpa como requisito para a incidência do devedor em cláusula penal, seja qual for a modalidade, isto é, prevista para a inexecução total, parcial ou simplesmente mora.

Passemos a analisar, a partir deste momento, todos os requisitos necessários para que o credor possa exigir a cláusula penal. O primeiro diz respeito à existência de uma obrigação principal, sem a qual a cláusula penal sequer se justifica, já que acessória. A cláusula penal precisa ser pactuada antes da ocorrência do fato que dá razões para que ela seja exigida pelo credor. Nesse sentido, explica Maria Helena DINIZ (2007, p. 421) que um dos pressupostos para que a cláusula penal possa ser exigida é a “existência de uma obrigação principal, anterior ao fato que motiva a aplicação da pena convencional por ela prevista”. De fato, *mutatis mutandis*, assim como no Direito Penal, *nulla poene sine lege*.

O segundo requisito se refere ao fato de que a obrigação principal deve estar vencida, pois se ainda há prazo para a prestação ser cumprida pelo devedor, não há falar-se em cláusula penal, pois em verdade sequer mora existe.

Como bem assinala Carvalho dos SANTOS (1956, p. 367) “O requisito de estar vencida a obrigação é também essencial, porque não se pode falar em mora enquanto não é exigível a obrigação, se verdade não fôsse, por outro lado, que nenhuma pena pode ser imposta, com fundamento em inexecução da obrigação, quando, para executá-la, tem o devedor ainda prazo a correr.” Rosenvald observa ainda que em casos da cláusula penal ter sido pactuada para o total inadimplemento, para que esta seja exigível, não bastará o vencimento da

obrigação, mas também a inexecução completa da obrigação: “Tratando-se de cláusula penal criada para a liquidação antecipada do dano, o objetivo da pena compensatória é a reparação dos prejuízos derivados do descumprimento definitivo. O inadimplemento absoluto é pressuposto para a exigibilidade da pena, pois a simples mora não o autoriza a tanto” (ROSENVALD, 2007, p. 136).

As palavras de Serpa LOPES (2000, p. 164) encerram o terceiro requisito de exigibilidade da cláusula penal, consistente na inexecução culposa ou simples mora em razão de conduta culposa do devedor: “Quer como função penal, ou com a de cobrir perdas e danos, a cláusula penal pressupõe o inadimplemento total ou parcial da obrigação, por força de um fato imputável ao devedor, isto é, culpa ou dolo. Não havendo culpa do devedor, resolvida a obrigação, resolve-se igualmente a cláusula penal (Cód. Civ. [de 1916] art. 923).”

Vê-se, pois, que mesmo os doutrinadores que escreveram sob a égide do código antigo colocavam a culpa como um dos requisitos da cláusula penal, não obstante a ausência do referido requisito no texto legal de antanho. Com o advento da lei 10.406/02, encerra-se qualquer questionamento, consistindo o comportamento culposos do devedor em inexpugnável requisito para a incidência de cláusula penal, salvo convenção expressa entre as partes em sentido contrário.

Facio demonstra que o mesmo não ocorre na lei civil uruguaia:

Dentro de nuestro derecho esa tesis no puede ser mantenida: la única condición necesaria para que el deudor incurra en pena es que esté constituído en mora del incumplimiento de la obligación principal. Pasado este momento y acreditado este hecho, el deudor debe ya la pena, sin que haya lugar a entrar a considerar

si ese incumplimiento le es imputable o no es imputable. (FACIO, 1947, p. 366)

As palavras do referido doutrinador podem ser verificadas no *caput* do artigo 1.369 do Código Civil do Uruguai: “Art. 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”.

Entre nós, nem toda inexecução ou mora acarretará incidência da cláusula penal pactuada. Quando houver caso fortuito ou força maior, entre outras possibilidades que afastem a culpa do devedor, este não incorrerá na pena convencional, salvo se expressamente assumiu tal responsabilidade, o que se faz em caráter excepcional.

Carvalho de MENDONÇA (1956, p. 381) ressalta, no entanto, que se o devedor já estiver em mora e ocorrer caso fortuito não será este uma excludente de sua culpa:

Incorrendo o devedor em mora, esta induz a culpa, e o princípio estabelecido em nosso direito é que o devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, ainda resultante de caso fortuito ou força maior, durante a mora, se não provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda que a obrigação fôsse oportunamente cumprida. No caso de mora, pois, a regra geral é que persiste a pena convencional.

É possível, embora mais raro, que o inadimplemento ou a mora se dê por culpa do credor, hipótese em que também estará afastada a cláusula penal. Nesse

âmbito, não há distinção entre o direito brasileiro e o uruguaio, conforme se depreende das palavras de Jorge Peirano FACIO (1947, p. 364):

La solución del problema se aclara si se entra a distinguir las diversas situaciones en que el hecho del acreedor puede impedir al deudor el cumplimiento de la obligación principal. Si hubo dolo en la conducta del acreedor, no puede dudarse de que en ese caso no cabe obligar al deudor a pagar la pena, ya que lo contrario sería conculcar los principios generales del Derecho. En cambio, si el hecho del acreedor que impidió el cumplimiento de la obligación principal sólo tiene, en cuanto a la intención de su agente una fundamentación culposa o simplemente negligente, no puede desconocerse el derecho del acreedor a exigir el pago de la pena por parte del deudor.

Cumprir frisar que para exigir a cláusula penal não é necessário que o credor alegue e prove os prejuízos sofridos em razão da inexecução ou da simples mora propiciada pela conduta culposa do devedor. Ao pactuar a cláusula penal, exsurge a necessidade de o devedor arcar com a prestação contida na referida cláusula caso não cumpra com a obrigação principal, sendo indiferente se tal conduta efetivamente causou perdas e danos ao sujeito ativo da relação obrigacional. Quando na vala comum da responsabilidade civil, mostra-se imprescindível a comprovação de perdas e danos para que haja direito ao ressarcimento. Não é o caso, portanto, da cláusula penal, em que tais danos são fixados previamente, os quais devem ser ressarcidos ainda que não se verifiquem posteriormente.

Assim, para que o credor tenha direito à cláusula penal, basta provar o inadimplemento ou a simples mora. É irrelevante a existência efetiva de prejuízos, portanto não há necessidade de serem provados, aliás, nem mesmo

alegados. Cumpre dizer, também, que não se exige do credor a prova da culpa do devedor, a qual se presume em razão da inexecução ou da mora do devedor. Tal presunção, entretanto, é relativa.

Há de se precisar o momento em que ocorre a incidência da cláusula penal pactuada entre as partes. Em se tratando de obrigação com prazo determinado, a cláusula penal passa a ser exigível pelo credor a partir do momento em que ocorre o vencimento da obrigação, ou seja, quando já transcorreu o prazo em que a obrigação deveria ser adimplida. Em se tratando de obrigações sem prazo determinado, há a necessidade de constituir o devedor em mora para que haja a incidência da cláusula penal. Assim, importante as palavras de Theotonio NEGRÃO (2010, p. 167): “Em alguns casos, a lei não permite que a mora ocorra de pleno direito pelo simples decurso do termo estipulado, mas exige interpelação ou notificação, para que ela se verifique; ou, então, admite que ela seja purgada, preestabelecendo a maneira pela qual o devedor poderá fazê-lo”.

Importante frisar, também, que nas obrigações negativas, que impõem ao devedor uma abstenção, a cláusula penal passa a ser exigível pelo credor a partir do momento em que o devedor pratica o ato que não deveria praticar.

Enfim, para que se possa exigir a cláusula penal, os seguintes requisitos devem estar presentes: (i) existência de obrigação principal robustecida por cláusula penal pactuada antes da ocorrência do fato gerador de sua incidência; (ii) vencimento da obrigação principal; (iii) inexecução total ou parcial da obrigação ou simples mora, conforme a modalidade de cláusula penal pactuada; (iv) e culpa do devedor.

7. ALTERAÇÃO JUDICIAL DO *QUANTUM*

Serão abordadas, neste capítulo, a regra geral da imutabilidade do montante pactuado na cláusula penal e as exceções que admitem a sua alteração judicial. Nesse sentido, estudaremos a redução do *quantum* determinada em juízo quando exceder o valor da obrigação principal, no caso de obrigação parcialmente cumprida e quando o montante se revela excessivo. Por fim, analisaremos a possibilidade de aumentar judicialmente o *quantum* estipulado na cláusula penal.

7.1. Imutabilidade da cláusula penal

Nos sistemas jurídicos modernos, são três os tratamentos conferidos à possibilidade de alteração do montante estipulado a título de cláusula penal (FACIO, 1947, p. 303). O primeiro sistema confere à cláusula penal estipulada entre as partes o manto da imutabilidade, não havendo como alterar o *quantum* se não houver consenso das partes. O segundo sistema determina que o montante da cláusula penal pode ser alterado conforme entendimento do magistrado. O terceiro sistema estabelece que a cláusula penal é imutável, mas, caso rompa certos limites, as penas são reduzidas conforme disposição legislativa e decisão do juiz. Obviamente, por se tratar de direito patrimonial disponível, as partes podem transigir a qualquer momento, ou até mesmo renunciar.

Estão entre os sistemas jurídicos que consagram a imutabilidade da cláusula penal os ordenamentos jurídicos argentino, espanhol, boliviano, português, uruguaio, japonês e outros. DIAZ (1936, p. 35) demonstra que no Código Francês o princípio ficou consagrado no artigo 1152: “el principio legal quedó concretado en los siguientes términos convirtiéndose en el actual Art. 1152 del Código Civil Francés: ‘Cuando una convención establece que aquel que no la

cumple pagará cierta suma a título de daños-intereses, no puede ser obligada la otra parte a una suma mayor ni menor’.”

Deve-se, contudo, lembrar que o referido artigo do Código Civil francês foi reformado em 1985, momento em que foi permitido ao juiz, de ofício, promover a alteração judicial do montante fixado na cláusula penal: “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.”

Estão entre os ordenamentos que aceitam a alteração da pena o alemão e o suíço. FACIO (1947, p. 307) apresenta esta posição do direito alemão:

El derecho germánico en sus últimos estadios, desvirtuando las concepciones que le eran originarias en punto a la inmutabilidad de la cláusula penal por parte del juez, culminó con las disposiciones del Código Civil Alemán que consagran la modificación del monto de la pena pactada por obra de la decisión judicial, a cuyo efecto autoriza al juez para disminuir la pena que es argüida de excesiva por el deudor, o para aumentarla si es calificada de insuficiente por el acreedor.

Conforme elucidamos acima, o terceiro sistema jurídico se refere àquele em que a consagração da imutabilidade é mitigada por limites legais e princípios de equidade que são sopesados pelo magistrado em cada caso concreto. Tal sistema foi recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro, que prevê expressamente tanto a imutabilidade quanto as hipóteses de redutibilidade. DIAZ (1936, p. 62), na primeira metade do século passado, comenta a opção legislativa brasileira:

La ley brasileña se apartó, pues, del sistema francés de la inmutabilidad, cuyo principio acepta, no obstante, hasta el monto de la obligación principal; al apartarse igualmente del sistema alemán que autorizó posteriormente la reducción judicial, la cual se aplica, sin embargo, para limitar la pena al monto de la obligación principal cuando aquella la excede, la legislación del Brasil ha configurado una tercera categoría legislativa moderna.

Parece-nos prestigiada a opção legislativa brasileira, pois se situa em zona intermediária, evitando os dissabores do posicionamento radical da imutabilidade extrema, mas concedendo ao julgador parâmetros para decidir os casos concretos que lhe são submetidos.

7.2. Redução judicial do *quantum* da cláusula penal

Como vimos, a irredutibilidade do montante fixado na cláusula penal é a regra consagrada em nosso sistema jurídico, salvo, obviamente, se houver consenso entre as partes. Tal irredutibilidade reside no fato de que a cláusula penal consiste em um ajuste das partes no que toca à prefixação de perdas e danos. Entretanto, mesmo o credor não anuindo, é possível que o referido montante seja reduzido judicialmente em caráter excepcional, nas hipóteses que veremos abaixo.

Sobre essa matéria, Orlando GOMES (2007, p. 193) demonstra que há divergência na doutrina, bem como nos tratamentos legislativos alienígenas:

Permitem algumas legislações que o valor da cominação seja *reduzido pelo juiz*. A questão da *redutibilidade da cláusula penal*

é, no entanto, controvertida na doutrina. Sob a inspiração do princípio da autonomia da vontade, sustenta-se que é impertinente essa intervenção judicial na economia do contrato. Contudo, a opinião contrária alicerça-se em melhores razões.

De qualquer modo, antes de avaliar a redutibilidade da cláusula penal, faz-se necessário averiguar a validade da cláusula penal, bem como a do vínculo principal. É o que preconiza ROSENVALD (2007, p. 216): “É fato que só após o exame da conformidade da cláusula penal ao ordenamento é que podemos avaliar o seu plano de eficácia e a moderação de sua exigibilidade pelo Poder Judiciário”.

Além disso, o juiz não poderá reduzi-la a ponto de esta perder a sua finalidade. Seja qual for a hipótese que autorize a redução, não deve o magistrado reduzi-la ao um valor ínfimo, sob pena de perderem-se ambas as finalidades: a de robustecer a obrigação principal e a de liquidar previamente as perdas e danos.

Enfim, sendo válida a obrigação e a cláusula penal, será possível sua redução judicial (i) quando o montante estipulado exceder o valor da obrigação principal; (ii) quando a obrigação principal tiver sido cumprida em parte; (iii) e quando o montante estipulado for manifestamente excessivo, tendo em vista natureza e a finalidade e a natureza do negócio.

A primeira exceção está prevista no artigo 412 do Código Civil de 2002, o qual repete, literalmente, a previsão feita no artigo 920 do Código Civil de 1916: “O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”.

O artigo 413, por seu turno, prevê as outras duas possibilidades de redução judicial do *quantum* da cláusula penal: “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”.

Em relação ao seu artigo de origem, o dispositivo 413 inovou em trocar o verbo “poderá” por “deverá” e aumentou a possibilidade de redução pelo magistrado, prevendo a redutibilidade em caso de pena excessiva, enquanto o artigo 924 do Código Civil de 1916 só dizia sobre a redução em caso de descumprimento parcial da obrigação: “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”.

Aliás, antes mesmo de o legislador mudar o verbo “poderá” por “deverá”, já havia discussão sobre a redutibilidade da cláusula penal ser ou não disposição de ordem pública, se deveria necessariamente ser reconhecida pelo magistrado, ainda que não haja pedido expresso do devedor. Para Washington de Barros MONTEIRO, a redução da cláusula penal, dentro das exceções previstas pela lei, é matéria de ordem pública e deve ser, mesmo de ofício, promovida pelo magistrado:

Trata-se de disposição destinada a proteger a pessoa do devedor. Inspirada pelo direito germânico, que também possibilita a redução (art. 343), não se pode duvidar de sua justiça e equanimidade. Não se compreende, realmente, que a pena seja uma só para quem, desde o início, não cumpre a obrigação, e igual à estipulada para o interessado que só no meio, ou no fim, deixa de satisfazê-la. [...] A pena pode ser reduzida pelo magistrado ainda que não haja pedido a respeito, ou ainda que as

partes hajam convencionado seu pagamento por inteiro. A disposição é de ordem pública, não podendo, destarte, ser alterada pelos particulares. (MONTEIRO, 2003, p. 349)

Limongi França, entretanto, não se coaduna com o entendimento de Monteiro, e trilha o caminho daqueles que sustentam tratar-se de matéria dispositiva. Vejamos suas palavras:

Quanto aos ordenamentos estrangeiros, o texto matriz de todos os demais é o art. 1.231 do Código Napoleão, que assim reza: ‘La peine peut être modifiée par le juge, lorsque l’obligation principale a été exécutée en partie’. [...] Tudo mais veio depois. [...] Não se depara preceito quer a favor do devedor, quer a favor do credor, senão a benefício do equilíbrio dos negócios. [...] De nossa parte, ponderamos que efetivamente é nisto que se estriba o próprio espírito do artigo. Assinalamos apenas, outrossim, que daí não se infere necessariamente o seu caráter de ordem pública, nem que, pois, a partes não possam dispor em contrário. [...] No que tange à autonomia da vontade das partes, o preceito igualmente não é de ordem pública. Antes, pelo contrário, na Doutrina estrangeira e na Doutrina e Jurisprudência nacionais, a constante que deparamos é a de que se trata de *faculdade* e não de dever do magistrado (FRANÇA, 1987, p. 247-251).

Pensávamos, também, como Limongi França. Entretanto, a nosso ver, com o advento do artigo 413 do novo Código Civil, confirmaram-se os argumentos de Washington de Barros Monteiro, como fica demonstrado pelas palavras de Caio Mário da Silva PEREIRA (2006, p. 181-182):

Considerando que a cláusula penal não deve ser fonte de enriquecimento, o Código revogado concedia ao juiz a faculdade

de reduzi-la na proporção do adimplido, confiando-lhe razoável arbítrio que somente ele era senhor de usar ou não. O modelo foi o art. 1.351 do Código Civil Francês. Vem, entretanto, o novo Código e converte em dever um poder, uma vez que julgador teria o arbítrio de usar, se lhe parecesse que o inadimplente estava sendo sacrificado, ou deixar de utilizar se lhe parecesse que a penalidade era adequada, mesmo que a obrigação já estivesse executada em parte. Impõe a redução da penalidade, como norma dirigida ao juiz.

No mesmo sentido, o Enunciado do CEJ: “Nas hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício”. Também para ROSENVALD (2007, p. 255) a matéria é de ordem pública, devendo o juiz reconhecer de ofício: “Sob o prisma processual, a redução da cláusula penal em juízo será apreciada como uma nova espécie de objeção de direito material. As objeções são as matérias que serão conhecidas pelo juiz independentemente de alegação da parte”. Igualmente interessantes são as palavras do autor sobre o tema no direito comparado:

No direito alemão, o BGB foi inflexível quanto à impossibilidade de pronunciamento de ofício pelo magistrado. O § 343 enuncia que ‘si una pena en que se a incurrido es desproporcionadamente elevada, a petición el dueador, puede reducirse por sentencia a una cuanidad adecuada.’ [...] A questão é tormentosa na Itália e em Portugal, pois a legislação desses países foi omissa quanto ao tema. O art. 812 de Portugal proclama que ‘a cláusula penal pode ser reduzida pelo Tribunal’; as mesmas palavras são utilizadas no art. 1.384 do Código italiano. Como as fórmulas legais não são claras, o problema da possibilidade da redução oficiosa da pena é remetido para a doutrina e para jurisprudência. [...] Nossa solução foi exatamente a preconizada na França. Embora a possibilidade de moderação judicial da pena tenha ocorrido em 1975, só com

uma segunda reforma – agora em 11 de outubro de 1985 – ensejou-se a redução da pena *même d’office*. (ROSENVALD, 2007, p. 250-251)

A segunda inovação trazida pelo Código Civil de 2002, em seu art. 413, diz respeito à redução quando a pena se mostrar excessiva. Continentino, no início do século passado, ao comentar o art. 924 do código antigo, de certa forma já argumentava que seria mais justo se os tribunais pudessem usar da equidade em casos de pena convencional excessiva: “Seria, portanto, sob certos aspectos, mais equitativo permitir aos tribunaes moderar, ao *quantum satis*, o montante da indemnização convencional, nos casos em que lhes parecesse ella excessiva.” (Continentino, 1926, p. 160). Mais a frente, em tópico específico, voltaremos a tratar do assunto.

Algumas outras observações devem ser feitas sobre a redução da cláusula penal. Em primeiro plano, cabe elucidar que a redutibilidade, que só é aplicável em caráter excepcional, estende-se a todas as modalidades do instituto, não se restringindo à modalidade que resguarda toda a obrigação, alguma cláusula específica ou apenas a mora. Em segundo plano, importante dizer que a redução poderá ser realizada mesmo quando a prestação contida na cláusula penal não for pecuniária. Por fim, cabe ressaltar que a redução deverá ser feita de forma proporcional e equânime, ajustando-se ao negócio pactuado e, se for o caso, à parte adimplida pelo devedor.

7.2.1. Quando exceder o valor da obrigação principal

Assim como faz o art. 412 do Código Civil atual, já dispunha o art. 920 do código antigo que o valor da cominação imposta na cláusula penal não poderia exceder o montante da obrigação principal. A disposição do referido artigo, conforme já

assinalavam BEVILÁQUA (1950, p. 69) e FULGÊNCIO (1958, p. 455), é de ordem pública, cabendo ao juiz da causa reduzir a cláusula penal a tal limite independentemente de pedido do devedor. Isso porque a liberdade conferida pela lei às partes para fixarem o montante da cláusula penal encontra limite no valor total da obrigação principal.

A interpretação dos clássicos citados acima é confirmada pela doutrina moderna, entre os quais citamos SCAVONE JUNIOR (2006, p. 202), de quem reproduziremos as palavras: “por se tratar de norma de ordem pública (cogente), o juiz deverá determinar a redução de ofício, sem que as partes, na constituição da obrigação (a assinatura de um contrato, por exemplo), possam afastar sua aplicabilidade”. Note-se, pois, que até mesmo se houver acordo expresso entre as partes no sentido de exceder tal limite, o excedente deverá ser reduzido ao limite legal, porquanto intransponível pela autonomia da vontade.

Esse entendimento já foi, inclusive, exarado pelo Superior Tribunal de Justiça: “A norma do art. 942 do Código Civil é disposição destinada a proteger a pessoa do devedor; de interesse público e não pode ser invalidado pela convenção das partes. Os apelantes satisfizeram grande parte do preço, justificando, assim, a redução da cláusula penal” (STJ – 4ª Turma, AI 115023-AgRg, Min. Barros Monteiro, j. 3.9.02, DJU 25.11.2002).

Aliás, quando houver limitação expressa em legislação especial, a disposição será igualmente de ordem pública, sobrepondo-se à limitação geral do Código Civil, por questão de resolução de antinomia em razão da especialidade. É o que ocorre, entre outros diplomas legislativos, com a Lei de Usura e o Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, cabe alertar que a redução se opera sobre o excesso. Não é nula ou anulável a cláusula penal que excede os limites legais, é apenas redutível.

7.2.2. Redução no caso de obrigação parcialmente cumprida

No Direito Romano, até o período justinianeu, não se diferenciavam o inadimplemento total e o cumprimento parcial da obrigação, no que se refere aos seus efeitos jurídicos. Conforme assinala MONTEIRO (2003, p. 349), tal rigidez foi sendo abrandada a partir de Justiniano “que distinguiu o cumprimento parcial útil ao credor do cumprimento inútil, para, no primeiro caso, possibilitar a suavização da multa”. Tal critério foi recepcionado pelo direito moderno.

É o que ficou preceituado no artigo 413, primeira parte, do Código Civil de 2002: “A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte [...]”. Sobre essa hipótese de redutibilidade, Orlando GOMES (2007, p. 193) entende tratar-se de faculdade do magistrado, e não dever: “Não impõe o dever de diminuí-la, o que significa que, ainda havendo inexecução parcial, o devedor pode ser condenado a pagar integralmente o valor da cominação. Em suma, não tem direito certo à redução proporcional”.

Entendemos haver necessidade de aferir a utilidade da parte da obrigação cumprida, pois se tal cumprimento parcial não conferiu utilidade alguma justamente por ser parcial, não caberá redução proporcional, visto que nesses casos os danos oriundos do cumprimento parcial se equivalem aos danos experimentados pelo credor em razão da inexecução total.

Álvaro Villaça AZEVEDO (2008, p. 230) explica que o magistrado no momento da redução deverá ter em mente o princípio da proporcionalidade:

Tanto relativamente à pena convencional compensatória, quanto à moratória, o certo é que, descumprida a obrigação principal, em seu curso, não se poderia considerá-la inadimplida por inteiro. O que quer o legislador enfatizar é que, quando as partes fixam o valor da pena, encontram-se em uma situação inicial, que se vai modificando e não é a mesma no momento em que o inadimplemento ou mora ocorrem. Daí, a redução proporcional ao que for devido, nesse estágio.

A referida proporcionalidade, entretanto, não precisa corresponder exatamente ao percentual adimplido, conforme Enunciado 359 do CEJ: “A redação do art. 413 do Código Civil não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido”. Para essa redução, sustenta Theotonio NEGRÃO (*et al.*, 2010, p. 168) que o magistrado deve levar em conta sobretudo a boa-fé e a função social do contrato.

Cabe ressaltar que incorrerá o devedor em cláusula penal, ainda que reduzida, mesmo o credor não provando que experimentou perdas e danos em razão do cumprimento parcial. Isto porque, conforme exposto em capítulo antecedente, a existência de dano real não é requisito para a incidência de cláusula penal.

7.2.3. Redução quando o montante se revelar excessivo

A segunda parte do art. 413 do Código Civil refere-se à redutibilidade da cláusula penal quando o montante for excessivo: “A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz [...] se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”. Tal

dispositivo remonta suas raízes no BGB e no Código Suíço, e constava do Projeto de Código de Obrigação de 1965.

Importante destacar que a redução em razão do excesso pode ocorrer mesmo que a cláusula esteja adstrita aos limites legais. Isso porque a redução, nessa hipótese, faz-se por equidade, e não por critérios objetivos.

Nesse diapasão, RIZZARDO (2008, p. 561) indica quais considerações deverão ser feitas pelo juiz para reduzir o valor da penal:

Necessário que se levem em consideração a natureza e a finalidade do negócio, ou seja, que se tenha em conta o caso concreto, ou se está envolvida uma relação de consumo, e mais, que se observem os efeitos da inadimplência. É natural que não se conceda a redução quando graves decorrências advierem do inadimplemento, como a paralisação de atividades de quem contratou a obrigação, ou a não realização de um evento previamente combinado.

De fato, deve o julgador observar o valor previsto na cláusula penal e cotejá-lo com as circunstâncias do caso, devendo proceder à redução se efetivamente se mostrar desproporcional, injustificadamente vultoso.

Sobre a redução da cláusula penal por ser manifestamente excessiva, pronunciou-se o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul: “A cláusula penal que estabelece prestação desproporcional ao comprador deve ser reduzida a uma proporção adequada que, na espécie, equivale a 10% (dez por cento) do total de prestações pagas, devidamente atualizadas [...]” (Ap. Cív. n. 2004.003227-7/000-00, rel. Des. Josué de Oliveira, j. 17.1.2006).

Há de se atentar ao fato de que o magistrado deve aferir se a cláusula penal é ou não manifestamente excessiva no momento de sua exigibilidade. Ainda que ao tempo da celebração a cláusula fosse razoável, se no momento de sua exigibilidade passou a ser excessiva então merece redução.

7.3. Aumento judicial do *quantum* da cláusula penal

O Código Civil brasileiro foi omissivo quanto ao aumento judicial da cláusula penal, assim como outros ordenamentos jurídicos. Nesse sentido, demonstra ROSENVALD (2007, p. 262): “A omissão legislativa quanto ao tema também foi a solução do § 343 do BGB, do art. 1.384 do Código italiano e do art. 812 do Código Civil de Portugal. Em comum, apenas consagram a faculdade de redução da pena convencional desproporcionalmente elevada”.

Outrora citamos o art. 1.152⁹ do Código Civil francês, reformado em 1975 e novamente em 1985. Já em sua primeira reforma adotou modelo que possibilita a majoração judicial da pena convencional entre as partes quando se mostrar insuficiente, como se pode aferir da expressão *augmenter la peine*. Aliás, o referido artigo complementa que toda estipulação em contrário será reputada como não escrita, ou seja, não se pode convencionar no sentido de afastar a redução ou majoração judicial da pena.

Entre nós há certa divergência, uma vez que a lei foi omissa. Orlando GOMES (2007, p. 193) encampa a ideia de que não há espaço, no ordenamento brasileiro, para majoração judicial da cláusula penal: “Não se permite a intervenção do juiz

⁹ 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.

para aumentar o valor da indenização prefixada pelas partes, ao verificar que os prejuízos são mais elevados. Do contrário, a cláusula penal perderia o sentido”. É o posicionamento majoritário, também sustentado por José Roberto de Castro NEVES (2006, p. 193): “Permitir ao juiz que aumente o valor ajustado previamente pelas partes como multa contratual pelo inadimplemento consistiria na admissão da pena civil imposta pelo juiz, o que encontra óbice no nosso ordenamento jurídico”.

Em sentido contrário aos argumentos expostos acima, Rosenvald apresenta suas razões em favor da possibilidade de majoração do *quantum* fixado na cláusula penal, a fim de que tanto a cláusula manifestamente excessiva quanto a manifestamente irrisória possam ser alteradas pelo magistrado, com o escopo de propiciar equidade ao negócio jurídico:

[...] o devedor que percebesse que a indenização se convertera em algo módico trataria de descumprir o contrato. A cláusula penal acabaria equivalendo a uma cláusula de arrependimento com faculdade de eleição pelo devedor. [...] A boa-fé objetiva não é uma máxima ética de conduta que se dirige apenas ao credor. Ela é voltada ao compromisso de ambos os contratantes com a cooperação para o adimplemento. Portanto, não há justificativa material para o art. 413 prever a redução da pena manifestamente excessiva, mas não majorar a manifestamente irrisória. A diferenciação de critérios não encontra qualquer fundamento, a não ser na mente do tradicional intérprete que ainda apela com exclusividade à exegese dos textos (ROSENVALD, 2007, p. 265-266).

Em referência ao pensamento exposto acima, parece-nos pertinente observar que caso a pena convencional tenha sido estipulada para o caso de inexecução total da obrigação, e seu valor se torne ínfimo, pode o credor optar pelo caminho

ordinário da responsabilidade civil, produzindo prova de suas perdas e danos, afinal a referida modalidade de cláusula penal consiste em alternativa a benefício do credor, nos termos do art. 410 do Código Civil brasileiro. Não nos parece, pois, que o devedor, ao vislumbrar que a cláusula penal tenha se convertido em algo módico, será por este fato incentivado a descumprir o contrato, visto que o credor não estará vinculado à exigência da referida cláusula penal, podendo optar pela vala comum da responsabilidade civil contratual, embora, nesse caso, tenha de fazer prova de seus prejuízos.

Há de se ressaltar, também, que a majoração judicial *ex officio* do *quantum* da cláusula penal, conforme proposto pelo art. 1.152 do Código Civil francês, não se compraz com o ordenamento jurídico pátrio, sob pena de caracterizar-se sentença *ultra petita*.

8. LIMITES DA CLÁUSULA PENAL

À primeira vista, pode parecer que a cláusula penal, por tratar-se de acordo que versa sobre o patrimônio, poderia ser pactuada conforme o talante das partes, livremente, sem óbices, assim como é possível doar um bem ou vendê-lo pelo preço que aprouver, desde que preservados os interesses de terceiros. Entretanto, não é essa a opção legislativa do nosso ordenamento, assim como não o é na maioria dos ordenamentos jurídicos modernos. E andam bem. Isto porque a cláusula penal é acessória e só se justifica em razão da existência de uma obrigação principal, à qual não pode exceder, sob pena de assumir maior carga e importância do que o próprio vínculo que ela robustece.

A limitação, como regra geral, é ditada pelo Código Civil de 2002, em seu art. 412, antigo art. 920 do Código de 1916. No entanto, leis específicas dispõem de modo contrário, restringindo ainda mais o limite determinado pela regra geral, conforme a natureza da obrigação principal a que esteja aposta a cláusula penal. Passaremos a analisar, nos próximos tópicos, a regra geral estipulada pelo Código Civil e também as limitações impostas pelas legislações específicas.

8.1. Limitação no Código Civil

Entre os romanos, berço de nosso direito privado, havia ampla liberdade para estipular o *quantum* da pena convencional. Nenhuma restrição era imposta, cabendo às partes definir, segundo seus interesses e vontades, o valor atribuído a título de pena para o sujeito que se tornasse inadimplente na relação obrigacional, ou incidisse em simples mora.

Houve, entretanto, quem sustentou que no direito romano a cláusula penal encontrava teto máximo de duas vezes o valor da obrigação principal. Conforme atestam Carvalho de MENDONÇA (1956, p. 378) e Jorge Peirano FACIO (1947, p. 294-295), trata-se de equívoco já exaustivamente repellido entre os romanistas. Vejamos as palavras do saudoso jurista uruguaio:

radicaba en un texto del Código en el cual JUSTINIANO había resuelto que, para ciertos créditos, el monto de la condenación por daños y perjuicios no podía exceder el doble de la suma principal. Este fragmento tuvo la virtud de provocar larga polémica entre los romanistas, algunos de los cuales llegaron a sostener que dicha regla del duplo marcaba el límite permitido al monto de la pena. Sin embargo, estudios posteriores permitieron llegar a la conclusión de que la decisión de JUSTINIANO solamente cuando la indemnización estaba sujeta a apreciación judicial y no en los casos en que su monto había sido establecido mediante una *stipulatio poenae*.” (FACIO, 1947, p. 294-295)

À época de os legisladores brasileiros optarem pelos modelos existentes para a cláusula penal, algumas alternativas se apresentaram. O modelo italiano, entre outros, pautado no direito romano, atribuía às partes o livre arbítrio para estipularem o *quantum* da cláusula penal, sendo defeso ao juiz interferir no valor convencionado. O modelo alemão e suíço, por sua vez, atribuíam ao juiz poderes para interferir na quantia fixada, caso se mostrasse excessivo em comparação ao dano experimentado pelo credor.

O modelo adotado pelo legislador brasileiro se espelhou no alemão e suíço, mas acabou por inovar, uma vez que não só concedeu ao magistrado poderes para propiciar a redução do montante excessivo, como também determinou objetivamente os limites à autonomia de vontade das partes. Assim, apoiado na

legislação alemoa e nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 70, foi cunhado o art. 920 do Código Civil de 1916, impondo como limite da cláusula penal o montante equivalente à obrigação principal: “O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”.

A opção legislativa agradou a doutrina e sobreviveu ao tempo, tanto é que o referido art. 920 foi reproduzido literalmente no Código Civil de 2002, em seu art. 412, mantendo-se a regra. As vantagens do modelo brasileiro foram prestigiadas por Tito FULGÊNCIO (1958, p. 431): “obedeceu o legislador aos impulsos da eqüidade, mas não perdeu de vista o princípio da liberdade das convenções, atendeu-o na medida daquela, fazendo-o respeitar até o limite do valor da obrigação principal, só impediu o excesso, cortando ao juiz o arbítrio de apreciação que lhe deixou o Código alemão”.

Frise-se sobre a influência das Ordenações Filipinas na limitação da cláusula penal adotada pelo Código Civil de 1916, as quais já dispunham que:

As penas convencionaes, que por convença das partes forem postas e declaradas nos contractos, não podem ser móres, nem crescer mais que o principal. E isto não sómente haverá lugar, quando o devedor fôr obrigado dar, ou entregar bens de raiz, ou moveis, ou semoventes, assi como scravos, cavallo, ou outra cousa semelhante, mas tambem quando fôr obrigado a alguma obra, ou feito, que promettesse fazer a tempo certo ; porque em tal caso não a fazendo ao tempo, á que se obrigou, deve ser estimada a obra, que houvera de ser feita, e quando fôr a estimação, tanto poderá crescer a pena, e mais não.

(Ordenações Filipinas, Livro IV, Título LXX)

Mister se faz não confundir a imutabilidade da cláusula penal com a limitação de seu valor. A imutabilidade diz respeito à regra geral de que o valor da cláusula penal não será alterado após o descumprimento da obrigação, cabendo ao devedor arcar com o valor pactuado, salvo nas hipóteses de descumprimento parcial da obrigação ou se o valor for manifestamente excessivo. Já a limitação se refere ao momento em que o pacto é estipulado, o qual não pode fixar montante além do que a lei permite, sob pena de nulidade da parte excedente.

Assim, seja qual for a extensão do prejuízo, não poderá a cláusula penal prever sanção superior ao montante da obrigação principal, pois este é o seu limite máximo, a partir do qual não pode a autonomia da vontade estender-se. Trata-se, pois, de matéria de ordem pública, da qual não se esquivam as partes, da qual a decisão do magistrado não deve se afastar, ainda que não haja requerimento do devedor.

Nesse sentido, cite-se decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

É de ordem pública e, como tal, insuscetível de ser derogada pela vontade das partes, a norma do artigo 920 do Código Civil, de acordo com a qual 'o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal'. Portanto, ainda que todas estejam de acordo, as partes não podem pactuar penalidade de valor superior ao da Lei.

(Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2007.049581-5, de Concórdia. Relator: Des. Fernando Carioni. Data: 10/01/2008.)

Importante mencionar que se a cláusula penal convencionalizada entre as partes excede o dispositivo de ordem pública contido no art. 412, não há propriamente

nulidade da cláusula penal, tampouco da obrigação principal. A nulidade incide tão-somente sobre o excedente, mas não prejudica a validade do vínculo obrigacional, razão pela qual o juiz deve promover a redução do montante estabelecido, e não a declaração de nulidade do negócio ou da cláusula penal.

Embora a legislação apresente um teto para o montante da cláusula penal, não determina um piso. Podem as partes estipular como queiram, desde que respeitem o valor máximo determinado pela lei, mas faz-se necessário atentar para que o valor não seja irrisório, sob pena de não premir o devedor ao adimplemento, tampouco prefixar os danos. Sobre esse assunto, manifestou-se Washington de Barros MONTEIRO (2003, p. 345), explicando que a cláusula penal

não deve ser de tal modo reduzida a ponto de tornar-se irrisória e assim se despir de sua função específica. [...] A cláusula penal deve guardar certa proporção com o objeto do negócio, sob pena de se tornar inócua e ineficiente, incapaz de qualquer pressão sobre o espírito do contratante. Conquanto omissa a lei acerca do limite mínimo, o bom senso, inseparável do direito, está a impor tal cautela.

A limitação imposta pelo Código Civil não apresenta dificuldade de hermenêutica, e também não há divergência na jurisprudência. Entretanto, os desdobramentos do tema não são pacíficos. Doutrinadores há que vislumbram vantagens nessa limitação, pois coíbe abusos e protege o devedor de pactos leoninos, e doutrinadores há que vislumbram interferência injustificável nas relações pessoais patrimoniais.

Aliás, a limitação legal foi alvo de crítica desde Clóvis BEVILÁQUA (1950, p.68), conforme se pode ver em seus comentários ao Código Civil dos Estados Unidos

do Brasil: “O limite imposto á pena por este artigo não se justifica. Nasceu da prevenção contra a usura, e é uma restrição á liberdade das convenções, que mais perturba do que tutela os legítimos interesses individuaes.” Nessa esteira, posicionou-se também Caio Mário da Silva PEREIRA (2006, p. 179):

O novo Código mantém um princípio que no regime de 1916 já não tinha justificativa. [...] Somente as partes são interessadas em reforçar o cumprimento da obrigação com uma pena convencional. E, do mesmo modo que são livres para inseri-la ou não, no texto ou em apartado, devem ter o arbítrio de graduá-la nos limites de suas conveniências, estimando-a em cifra mais ou menos elevada.

Do mesmo modo posicionou-se DIAZ, no que se refere ao inconveniente de as partes não poderem dispor livremente sobre o *quantum* da cláusula penal:

Pero este sistema, aparte del defecto de cortar y limitar el alcance de la voluntad de los contratantes, tiene el inconveniente de despojar a la cláusula penal de una de sus principales características, cual es la desaparición del incentivo que, para el cumplimiento de la obligación principal, le significa al deudor la presencia de la pena. Si ésta no incide sobre su patrimonio en forma más gravosa, perderá muchas veces el interés en cumplir el contrato, que es lo que debe contemplarse en primer término (DIAZ, 1936, p. 124).

Há de ressaltar, entretanto, que a lei possibilita às partes pactuarem previamente sobre eventual indenização suplementar. Nesse caso, desde que haja previsão prévia e expressa nesse sentido, caberá ao credor provar seus danos e então a cláusula penal servirá como valor mínimo a ser indenizado. Vê-se, pois, que o

limite nesses casos pode ser rompido, mas há a necessidade de produzir provas dos danos experimentados. Não nos parece, pois, que o limite legal é disposição vazia, como sustenta PEREIRA (2006, p. 200), pois para que se sobrecarregue a cláusula penal com indenização suplementar, ultrapassando os limites legais, será necessário que o autor prove os danos havidos, assim como na vala comum da responsabilidade civil, servindo a cláusula penal de piso.

Silvio RODRIGUES (2002, p. 273) e Washington de Barros MONTEIRO (2003, p. 344) vislumbram na limitação da cláusula penal um remédio contra eventuais abusos e injustiças na realização do contrato e assunção de obrigações. E andam bem, a nosso ver, pois a autonomia da vontade não pode ser ampla ao ponto de propiciar ao devedor situação de extrema desproporcionalidade. Sem as limitações legais, sobretudo a da regra geral do art. 412 do Código Civil, amiúde os credores imporiam aos devedores penalidades injustificadas e severas, no afã de ver o contrato cumprido e afastar a inadimplência. Tal imposição desmedida não se coaduna com o objetivo social do direito, tampouco com o escopo de pacificação social e segurança jurídica.

8.2. Limitação no Código de Defesa do Consumidor

Em se tratando de relações de consumo, isto é, relações entre consumidor e fornecedor, a cláusula penal encontra limite no montante de 2% (dois por cento) do valor da prestação principal. É o que se depreende da leitura do parágrafo primeiro do art. 52 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), com a redação dada pela Lei nº 9.298 de 1º.08.1996.

Vê-se, pois, que a limitação da pena convencional nas relações de consumo, estipulada pelo Código de Defesa do Consumidor, foi alterada em agosto de

1996. Antes da Lei 9.298/96, a limitação imposta pela Lei 8.078/90 era de 10% (dez por cento).

As palavras de Semião mostram a intenção do Senador Francelino Pereira, autor do projeto da Lei n. 9.298 de 01.08.1996, a qual modificou a limitação do valor da cláusula penal de 10% para 2% para as relações de consumo:

Em discurso pronunciado pelo emérito Senador na seção do Senado no dia 20 de dezembro de 1996, ele deixou claro que a redução da multa de 10% para 2% teve como causa a redução drástica da inflação ocorrida no Brasil depois do Plano Real, sendo iníqua uma multa tão elevada que, ao invés de punir o inadimplente, contribui para estimular a especulação (SEMIÃO, 2000, p. 113).

Esta mudança, contudo, não atinge os contratos feitos antes da vigência da Lei 9.298/96, os quais deverão seguir o limite de 10%, como se verifica do excerto abaixo, referente a um acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Como visto, não procede a tese da inaplicabilidade do CDC às relações estabelecidas entre instituição financeira e usuário de seus serviços. No entanto, ainda assim, o patamar deve ser mantido no valor contratualmente estabelecido (10%), porquanto o contrato foi firmado em setembro de 1995, antes da vigência da Lei n° 9.298/1996, que alterou a redação do § 1º, do art. 52, do CDC, vedando a estipulação de multa contratual em patamar superior a 2%. Com efeito, a limitação da multa ao patamar de 2% somente é aplicável aos contratos firmados após a vigência da lei que deu tal redação ao dispositivo mencionado.

(Apelação Cível Nº 70026511238, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Francisco Pellegrini, Julgado em 10/03/2009).

O limite previsto no Código de Defesa do Consumidor, com a nova redação, no montante de 2%, deve ser respeitado em todos os contratos de consumo. Este é o entendimento majoritário, exposto, entre outros doutrinadores, por Ada GRINOVER *et alli* (2007, p. 626): “Em sua redação originária, o dispositivo comentado fixava o valor de 10 % do total da prestação como teto para as penas decorrentes da mora. A Lei nº 9.298/96, publicada no *DOU* de 2.8.96, modificou a redação do parágrafo, reduzindo a multa de 10 para 2%. O novo percentual aplica-se a todos os contratos de consumo”. Cite-se, também, a Circular nº 2.754, de 7.5.97 (*DOU* de 8.5.97), editada pelo Banco Central do Brasil, em que manda aplicar o novo limite inclusive aos consórcios.

No que se refere aos contratos bancários, há, inclusive, entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, como se pode depreender da leitura da Súmula nº 285: “Nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor incide a multa moratória nele prevista.”

Entretanto, autores há que pensam diferentemente. FILOMENO (2007, p. 2002) entende que o limite de 2% da cláusula penal só incide em contratos de consumo que concedam crédito. Segundo seu entendimento, o parágrafo único do art. 52 do CDC assegura que as multas não poderão ser superiores a 2% do valor da prestação apenas nos contratos em que haja concessão de crédito, e não em todo e qualquer contrato, nos quais as multas podem atingir até 10%, nos termos do Decreto nº 22.626/33.

Tal entendimento é compartilhado por SCAVONE JÚNIOR (2006, p. 204-205), pois sustenta que a na seara das relações de consumo, a cláusula penal moratória será de dois por cento nos casos em que há outorga de crédito, como, *v. g.*, nas compras realizadas em prestações.

Nas relações de consumo, o limite da cláusula penal atende ao interesse público, razão pela qual há a possibilidade de o juiz atuar *ex officio*, adequando a pena convencional ao limite de 2% do valor da prestação.

No direito estrangeiro, não é rara a aversão absoluta às cláusulas penais impostas às relações de consumo. No direito alemão, em se tratando de contratos de adesão, são proibidas por lei as cláusulas penais (*Vertragsstrafe*) que, por mora, atrasos em geral, não pagamento ou terminação do vínculo, imponham ao devedor penalidade sem necessidade de o autor provar o dano. Em tal ordenamento, não há como o fornecedor estipular uma quantia, a título de pena privada, a ser recebida do cliente no caso de inadimplência. Conforme elucida MARQUES (2005, p. 1.016), o BGB-Reformado consagra tal norma no § 309, n. 6, estipulando a ineficácia da cláusula penal diante de relações de consumo.

Vê-se, pois, que o legislador pátrio e os estrangeiros vêm entendendo que as relações de consumo precisam de proteção própria, específica, o que se harmoniza com a compreensão do Direito do Consumidor como um ramo autônomo, com princípios próprios e profundas relações com o interesse público e com a função social dos contratos, além da proteção ao hipossuficiente.

8.3. Limitação na Lei da Usura

O Decreto n. 22.626 de sete de abril de 1933, conhecido como Lei da Usura, prevê um valor limite para a estipulação da cláusula penal, como se verifica pela redação de seu artigo 9º: “Não é válida a cláusula penal superior a importância de 10% do valor da dívida.” (Decreto n. 22.626/33, art. 9º)

Quando da sua publicação, surgiram dúvidas se o referido artigo revogaria ou não o art. 920 do Código Civil vigente à época, qual seja, o de 1916, cuja disposição era de que “o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal” (art. 920, CC 1916). Assim, muitos doutrinadores se posicionaram no sentido de que a cláusula penal, em todo e qualquer relação obrigacional, teria por limitação o valor de 10% da prestação principal, o que não foi albergado pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu pela não revogação do art. 920 do Código Civil, como veremos abaixo.

Em comentário ao supramencionado art. 920 do Código Civil de 1916, Beviláqua se posicionou de forma clara quanto à revogação do referido artigo pelo decreto lei, como fica demonstrado pela seguinte passagem: “No direito patrio actual, a pena convencional não pode exceder a 10% da dívida, e reputa-se estabelecida para attender ás despesas judiciais e honorarios de advogado (dec. 22.626, de 7 Abril de 1933, arts. 8 e 9).” (BEVILÁQUA, Direito das Obrigações, 1950, p. 74)

Serpa Lopes se posicionou no mesmo sentido, com o argumento de que a Lei da Usura, pela sua finalidade, visava a todo e qualquer contrato e não apenas ao de mútuo: “O art. 1º do referido decreto refere-se expressamente à estipulação *em quaisquer contratos*. Ainda, no art. 8º, se consigna que as multas ou cláusulas penais, *quando convencionadas*, num sentido geral, sem se dirigir a uma determinada espécie de contrato, como é o mútuo.” (LOPES, 2000, p. 162)

Esta questão, no entanto, não foi pacífica. Doutrinadores insurgiram contra a ideia de se aplicar o limite previsto na Lei da Usura a qualquer tipo de contrato, considerando plenamente vigente, dessa maneira, o dispositivo do Código Civil (art. 920 do Código Civil de 1926 e atual art. 412 do novo Código Civil) que estipulava (e estipula) como limite da cláusula penal o valor da obrigação principal. Assim, o limite de 10% só seria aplicável aos contratos abrangidos na Lei de Usura.

Destaque-se o pensamento de Limongi FRANÇA, que se contrapõe aos de Beviláqua e Serpa Lopes:

A começar pela leitura da ementa do diploma, onde se diz que ‘dispõe sobre *os juros nos contratos* e dá outras providências’, por aí já se infere que, em princípio, a alusão geral dos contratos se refere apenas *aos juros*, enquanto as *outras providências* se hão de referir ou não. [...] De modo oposto, não se depara, nos arts. 8.º e 9.º, qualquer alusão genérica a contratos ou negócios jurídicos, o que entretanto é feito em vários outros dispositivos, como, logo a seguir, nos arts. 11 e 12, de onde se conclui que o legislador, sempre que quis dar aos preceitos maior amplitude, o fez de modo expresso. (FRANÇA, 1987, p. 222)

Na esteira de Limongi França, reflete SEMIÃO (2000, p. 90):

[...] pela Lei de Usura, os juros são determinados para quaisquer espécies de contratos, salvo, obviamente, os juros de outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional, nos termos da súmula 596 do Supremo Tribunal Federal. No

entanto, o mesmo não ocorre com a multa, que deverá ser sempre de dez por cento, mas, unicamente, para os contratos de mútuo. A finalidade foi obviamente para evitar a usura dos agiotas, que na época agiam com total liberdade.

Enfim, dirimindo qualquer dúvida, o Supremo Tribunal Federal, por escassa maioria, posicionou-se no sentido de que a Lei da Usura só abrangia os contratos de mútuo, afastando a limitação de 10% a título de multa em outros contratos, os quais permanecem sob a égide do Código Civil, exceção feita àqueles que possuem tratamento de legislação especial.

Silvio Rodrigues, em preciosos comentários, defende a aplicação da cláusula penal apenas aos contratos de mútuo, conforme decisão do STF:

Tal jurisprudência [...] é sábia por não permitir que um remédio jurídico, útil como a cláusula penal, fique inteiramente à margem do direito, em virtude de disposição legal cujo escopo exclusivo era evitar a extorsão de juros usuários, em empréstimos de coisas fungíveis. A proibição de cláusula penal (principalmente a compensatória), noutros contratos que não o de mútuo, representa alto inconveniente, pois priva as partes de um instrumento bastante valioso. (RODRIGUES, 2002, p. 278)

Nessa mesma vereda foram as palavras de ROSENVALD (2007, p. 269), que entende que a tese restritiva sustentada pelos tribunais superiores deve prevalecer: “A extensão dos dispositivos da Lei da Usura à generalidade dos contratos seria perniciosas por desestimular a função coercitiva da pena, impedindo que ela possa servir de fator inibitório ao inadimplemento”.

Há autores modernos, porém, que resgatam os ensinamentos de Beviláqua e Serpa Lopes, entendendo, então, que a limitação imposta pela Lei da Usura é aplicada a toda espécie de contrato e não apenas aos de mútuo. É o caso de SCAVONE JÚNIOR (2006, p. 208):

Em verdade, como lei especial, aplica-se o vetusto, porém válido, vigente e eficaz Decreto n. 22.626/1933, que dispõe sobre os contratos e estipula no art. 9º que não é válida cláusula penal superior à importância de 10% (dez por cento) do valor da dívida. Muito embora a inexplicável relutância dos nossos Tribunais, a disposição precitada aplica-se a qualquer contrato e não apenas àqueles de mútuo, encontrando-se em pleno vigor.

Entendemos, como a maioria, que a intenção do legislador, com a Lei de Usura, foi a de afastar os juros abusivos que se camuflam em cláusula penal nos contratos de mútuo feneratício, não se justificando a aplicação do limite de 10% aos demais contratos, que devem ser albergados pelo Código Civil, sob a regra geral do atual artigo 412.

Aliás, esse é o entendimento já pacificado dos tribunais, conforme se pode verificar de um trecho da ementa de um acórdão do TJ do Rio Grande do Sul:

A orientação jurisprudencial das Turmas que compõem a Seção de Direito Privado do STJ é no sentido de que a limitação da cláusula penal em 10% do valor da dívida, prevista no art. 9º do Decreto n. 22.626/1933 – Lei de Usura, alcança apenas os contratos de mútuo.

(Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70035431568. Décima Sexta Câmara Cível. Comarca de Porto

Alegre. Relator: Des. Paulo Sergio Scarparo Data do julgamento: 29/04/2010.)

Também se verifica tal posicionamento no trecho abaixo de um acórdão do STJ:

A interpretação sugerida pelos recorrentes confere às referidas normas alcance maior do que o que elas realmente têm. O Decreto 22.626, como lei especial, só tem aplicação ao mútuo, não limitando a pena convencional prevista no art. 920 do Código Civil.

(Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. EDcl no REsp n. 85.356/SP. Rel Min. Eduardo Ribeiro, unânime, DJU de 29/11/1999)

Atualmente, outro questionamento se faz em relação ao limite imposto pela Lei da Usura para a cláusula penal. Tem-se questionado, ainda que timidamente, se com o advento da Lei n. 9.298 de 01.08.1996, a qual modificou a limitação do valor da cláusula penal de 10% para 2% para as relações de consumo, o artigo 9º da Lei de Usura estaria revogado. Com costumeira sapiência RIZZARDO (2008, p. 550) adverte que a Lei de Usura cuida especificamente do mútuo, enquanto o Código de Defesa do Consumidor cuida especificamente das relações de consumo. Assim, não há razões para afastar a aplicabilidade da Lei de Usura aos contratos de mútuo, de modo que o limite para tais contratos continua sendo de dez por cento, enquanto que para as relações de consumo o limite é de dois por cento.

8.4. Limitação nas promessas de venda de terrenos loteados

O revogado Decreto-Lei nº 58/37, artigo 11, alínea “f”, preceituava que:

Art. 11. Do compromisso de compra e venda a que se refere esta Lei, contratado por instrumento público ou particular, constarão sempre as seguintes especificações:

[...]

f) cláusula penal não superior a 10% (dez por cento) do débito e só exigível no caso de intervenção judicial

(Decreto-Lei nº 58/37 - Loteamento e venda de terreno – pagamento em prestações, artigo 11, alínea “f”)

A regulamentação sobre promessa de venda de terrenos loteados prevista no supracitado Decreto-Lei 58 de 10 de dezembro de 1937 e no Decreto 3.079 de 15 de setembro de 1938 foi substituída pela Lei 6.766/79.

Nesse sentido, expõe RIZZARDO (2008, p. 29) que “o art. 9.º, acerca da transferência da propriedade desdobrada; o art. 11, que enumera os requisitos do instrumento de promessa de compra e venda; o art. 13, sobre cessão de promessa; o art. 14, versando a respeito do inadimplemento do promitente comprador, entre outros, se encontram substituídos por dispositivos da lei nova”.

É o que se verifica pela nova redação dada ao artigo 26, inciso V, da Lei 6.766 de 19 de dezembro de 1979, a qual dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências:

Art. 26. Os compromissos de compra e venda, as cessões ou promessas de cessão poderão ser feitos por escritura pública ou por instrumento particular, de acordo com o modelo depositado na forma do inciso VI do art. 18 e conterão, pelo menos, as seguintes indicações:

[...]

V - taxa de juros incidentes sobre o débito em aberto e sobre as prestações vencidas e não pagas, bem como a cláusula penal, nunca excedente a 10% (dez por cento) do débito e só exigível nos casos de intervenção judicial ou de mora superior a 3 (três) meses.

(Lei nº 6.766/79, artigo 26, inciso V)

Pazzarglini Filho, Frontini e Ricupero comentam, de modo geral, a importância do referido artigo para a elaboração dos contratos de promessa de venda de terrenos loteados:

Nenhum desses requisitos, considerados essenciais à formalização do ato, pode ser omitido do contrato, sendo obrigação do loteador apresentar, ao registro imobiliário, por ocasião do registro do projeto aprovado, 'exemplar do contrato padrão de promessa de venda, ou de cessão ou de promessa de cessão, do qual constarão obrigatoriamente as indicações previstas no artigo 26 desta Lei' (artigo 18, VI). (PAZZAGLINI FILHO *et alli*, 1980, p. 50)

Os supra mencionados autores alertam, outrossim, sobre o caráter contratual das promessas de venda de terrenos loteados e, por conseguinte, mostram a importância da autonomia da vontade nesse tipo de contrato, embora tal autonomia encontre limites na legislação. Assim, as partes podem incluir, nos compromissos e nas cessões ou promessas de cessão, outras cláusulas que não estejam relacionadas no art. 26, desde que não contrariem a lei, inclusive a Lei nº 6.766/79, cujas restrições são de ordem pública.

Dessarte, o limite de 10% para a cláusula penal na promessa de venda de terrenos loteados é barreira intransponível pela autonomia de vontade das partes. Ainda que anuam expressamente, não é juridicamente possível fixar multa contratual superior a 10% da obrigação principal nas promessas de venda de terrenos loteados. Julgado neste sentido encontra-se no Tribunal de Justiça de Minas Gérias, em sede de apelação cível:

Requer a apelante a isenção do pagamento da multa, o que só pode ser analisado à luz da legalidade, pois o fato de se tratar de pessoa de poucos estudos, que confiou na Procuradora que nomeou para administrar os seus negócios, não a isenta do referido pagamento.

Com relação à legalidade da multa contratual de 20% (vinte por cento) sobre o valor do contrato, o art. 11 do Decreto lei n. 58 de 10.12.37, que dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações, estabelece, em seu art. 11, letra "f", que a cláusula penal não pode ser superior a 10% (dez por cento) do débito.

Já o art. 26, V, da Lei n. 6.766, de 19.12.79, que também dispõe sobre o loteamento e a venda de terreno para pagamento em prestações estabelece, em seu art. 26, V, que a multa nunca será excedente a 10% do valor do débito.

Ora, aplicam-se ambas as leis aos compromissos particulares de compra e venda de terreno loteado todas as vezes em que não houver pagamento a vista, e foi o que ocorreu, pois trata-se de fato incontroverso que o recibo de f. 06 foi apenas simbólico, e, na realidade, o pagamento seria feito com a assunção dos bens imobilizados da escola de informática. Assim, a multa não poderia ser superior a 10% (dez por cento), nos termos das referidas leis.

Com tais considerações, dou parcial provimento ao recurso para reduzir a multa a 10% (dez por cento) do valor do contrato.

(Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Número do processo: 2.0000.00.312943-7/000(1). Relator: Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Data do Julgamento: 22/08/2000)

Importante ressaltar que nessa modalidade contratual, qual seja, a de promessa de venda de terreno loteado, conforme determinado pelo art. 26, inciso V, da Lei nº 6.766/79, só haverá incidência da cláusula penal pactuada nos casos de intervenção judicial ou de mora superior a 3 (três) meses. São disposições de norma cogente, não passíveis de modificação pelas partes.

Aliás, a Súmula 76 do Superior Tribunal de Justiça preceitua que mesmo não havendo registro do compromisso de compra e venda do imóvel, ainda assim não se dispensa a prévia interpelação para constituir o devedor em mora e, por conseguinte, exigir a incidência da cláusula penal.

Acerca da impossibilidade de exigir-se a incidência da cláusula penal antes do prazo legal, isto é, três meses contados a partir do inadimplemento, manifestou-se a Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de apelação cível:

Fácil constatar, assim, que a cláusula contratual foi redigida - e nem poderia ser de outro modo - em estrita obediência ao que dispõe norma cogente da Lei do Parcelamento do Solo. Seria considerada não escrita cláusula que admitisse a cobrança da multa em razão de mora por prazo inferior a três meses.

Não há controvérsia sobre a cobrança de multa moratória em desacordo com a lei e com o próprio contrato.

A apelante não impugnou especificamente o quadro demonstrativo de fls. 11/12. É de se concluir, portanto, que os

valores ali constantes foram pagos, com certo atraso, é verdade, mas com indevida incidência da multa de 10%.

Fragílimo o argumento da loteadora apelante, de que a observância do contrato de adesão que ela mesma redigiu causaria a possibilidade do promitente comprador atrasar as parcelas do preço por mais de dois meses, sem qualquer sanção.

Isso porque a sentença anotou corretamente que a cobrança de correção monetária e a incidência de juros moratórios sobre as parcelas mensais pagas em atraso, independentemente do número de prestações, decorrem diretamente da lei.

Logo, a promitente compradora pode cobrar as parcelas em atraso com juros moratórios legais e correção monetária, na forma do art. 406 do Código Civil. Ultrapassado o prazo de 3 meses contados do inadimplemento, também a multa convencional.

(Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Quarta Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 371.408-4/9. Relator: Desembargador Francisco Loureiro. Data do julgamento: 16/04/2009)

Da leitura do acórdão afere-se, com clareza, a distinção entre juros moratórios e correção monetária, passíveis de cobrança na forma do art. 406 do Código Civil, e a cláusula penal, verdadeira pena privada, cuja exigência pelo credor, nessa modalidade de negócio jurídico, só é possível a partir de três meses do inadimplemento, na forma da Lei nº 6.766/79.

Por fim, cabe advertir que, na ocasião da celebração do contrato, deve-se aferir a condição jurídica do comprador e do vendedor, pois se estiver constatada a relação de consumo, a limitação da cláusula penal será de 2%, conforme o diploma legal que regula as relações entre fornecedor e consumidor, qual seja, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.09.1990). Assim, na hipótese

de o comprador ser consumidor final, estará reduzida a limitação da cláusula penal, na forma do art. 52, § 1º, do CDC, embora permaneça a limitação temporal de três meses de inadimplência, por ser a Lei nº 6.766/79 mais benéfica ao consumidor nesse aspecto.

8.5. Limitação nas obrigações condominiais

O art. 12, §3º, da Lei nº 4.591 de 16 de dezembro de 1964, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias, determinava que o condômino que não pagasse a sua contribuição no prazo fixado na convenção ficava sujeito a juros moratórios no valor de 1% e a multa de no máximo 20% sobre o débito, que seria atualizado, se o estipulasse a Convenção, com a aplicação dos índices de correção monetária levantados pelo Conselho Nacional de Economia, no caso de mora por período igual ou superior a seis meses.

Com o advento do Código Civil de 2002, as disposições constantes no supramencionado artigo 12, §3º, Lei 4.591/64, foram revogadas. O atual código civil reduziu em dez vezes a limitação da cláusula para o inadimplemento das contribuições condominiais: atualmente a multa referente à inadimplência das contribuições condominiais não podem exceder 2% do valor do débito, mantendo-se o valor de 1% para fins de juros moratórios convencionados.

Portanto, nos condomínios edilícios, desde a vigência do código civil atual, a limitação para a cláusula penal é de apenas dois por cento, e não mais os famigerados vinte por cento constantes do art. 12, §3º, da Lei nº 4.591 de 16 de dezembro de 1964. Esse é o mandamento constante do art. 1.336, §1º, do Código Civil de 2002:

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.

Sobre a temporalidade da aplicação do referido artigo, explana Maria Helena Diniz (2008, p. 915):

Tal multa de 2%, mesmo que a convenção condominial, estipulando 20%, seja anterior à data do novo Código Civil, vem sendo mantida pelo STJ (3ª T., REsp 722.904). Todavia, o STJ (4ª T., REsp 663.285/SP, j. 8-11-2004) também tem decidido que o teto para multas por atraso no pagamento da taxa condominial é de 2%, desde que tal débito tenha nascido sob a égide do novel Código Civil.

A profunda redução do limite da multa contratual nas obrigações condominiais despertou diversas críticas na doutrina brasileira. Isso porque tal redução é um incentivo à inadimplência, uma vez que em regra o condômino que está em dificuldade financeira acaba por dar preferência ao pagamento de outros débitos, cujas multas são mais expressivas, e, conseqüentemente, sobrecarrega os demais condôminos, que terão de arcar não só com os seus quinhões das despesas do condomínio como também com os quinhões dos inadimplentes.

Nessa vereda, pronunciou-se FRANCO (2005, p. 307-308):

O art. 1.336, § 1.º do Código Civil inexplicavelmente reduziu a multa para 2%. Diante de multa de tal sorte insignificante, os condôminos impontuais preferem pagar outros débitos, deixando para segundo plano as cotas condominiais. Os condominialistas sempre escreveram que, tendo caráter disciplinar e punitivo, a multa não deve ser tão alta que se torne exorbitante, nem tão reduzida que perca a finalidade de dissuadir da infração. O Código Civil lamentavelmente optou por esta última alternativa e o resultado foi que, segundo denunciam as administradoras imobiliárias e os síndicos, a inadimplência chega a cerca de trinta por cento dos condôminos, gerando crescente desequilíbrio econômico do condomínio. [...] O Código Civil inclinou-se pelos 2% provavelmente influenciado pelo § 1.º do art. 51 da Lei Federal 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), na redação que lhe foi dada pela Lei 9.298, de 01.08.1996, desconsiderando que os tribunais têm por inaplicável aludido dispositivo legal no caso das despesas condominiais.

Washington de Barros Monteiro foi igualmente contrário à posição do legislador brasileiro, qual seja, a de igualar o limite da cláusula penal referente à matéria de condomínio àquele previsto no Código de Defesa do Consumidor:

Sobreleva notar que as despesas originadas pelo condomínio edilício, que devem ser suportadas pelos condôminos, não podem ser consideradas relações de consumo, mas pagamento de serviços prestados por terceiros ao condomínio, não se aplicando, por conseguinte, as regras do Código de Defesa do Consumidor, que consagrou a multa de dois por cento. (MONTEIRO, Direito das Coisas, 2003, p. 228)

De fato, o condomínio não tem os contornos de uma empresa, de um fornecedor. Não busca o lucro, tampouco posiciona o condômino na condição de

hipossuficiente. Não há razões, pois, para que a multa condominial cobrada pelo condomínio edilício esteja no mesmo patamar da multa contratual cobrada pelas entidades comerciais e empresariais.

Mesmo porque o inadimplemento nas relações de consumo prejudica o hiperssuficiente, abalando a atividade lucrativa; enquanto o inadimplemento nas relações condominiais prejudica diretamente os demais condôminos, que não são hiperssuficientes, onerando o quinhão de cada unidade adimplente. A nosso ver, não se justifica, pois, equiparar a limitação da cláusula penal para relações condominiais e para relações de consumo, como o fez o legislador no novel código civil brasileiro.

Há aqueles, no entanto, que defendem esta equiparação, alegando que deve haver coerência entre as normas de direito privado. Assim se posicionam Nelson NERY JÚNIOR e Rosa Maria NERY (2006, p. 804-805):

A norma estabelece o percentual máximo de 2% a título de multa moratória pelo não pagamento em dia das despesas condominiais. A convenção de condomínio poderá prever, portanto, que a multa seja menor do que o teto legal, mas nunca superior. O percentual fixado no dispositivo comentado está em consonância com o CDC 52 § 1.º, havendo coerência no sistema do direito privado, ainda que relação condominial não seja de consumo.

Vale lembrar que o montante de 2%, referente ao teto legal para a cláusula penal nas obrigações condominiais, é disposição de ordem cogente, não cabendo às partes modificá-lo em sede de convenção de condomínio. Também não é possível a cumulação de multas que tenham a mesma finalidade, a mesma

natureza. É possível, entretanto, a cumulação com juros de até um por cento ao mês e honorários advocatícios.

Importante esclarecer que o limite legal de 2% sobre o débito corresponde à multa para a infração ao dever de condômino estabelecido pelo inciso I do art. 1.336 do Código Civil, qual seja, contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção.

O mesmo artigo, entretanto, apresenta outros deveres do condômino, estabelecidos entre os incisos II a IV, para os quais existe outra limitação na aplicação de multas em razão de descumprimento. Vejamos, primeiramente, os deveres, para então analisarmos as limitações legais:

Art. 1.336. São deveres do condômino:

- I - contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção;
- II - não realizar obras que comprometam a segurança da edificação;
- III - não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas;
- IV - dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.

Já vimos que para a infração do dever constante no inciso I do artigo supracitado há o teto legal de dois por cento sobre o valor do débito, conforme preceitua o parágrafo primeiro do mesmo artigo:

Art. 1.336, § 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.

Para infrações aos deveres consubstanciados nos incisos II a IV do mesmo artigo, o teto legal para a multa é de cinco vezes o valor das contribuições mensais, conforme se depreende da leitura do parágrafo segundo do mesmo artigo:

Art. 1.336, § 2º. O condômino, que não cumprir qualquer dos deveres estabelecidos nos incisos II a IV, pagará a multa prevista no ato constitutivo ou na convenção, não podendo ela ser superior a cinco vezes o valor de suas contribuições mensais, independentemente das perdas e danos que se apurarem; não havendo disposição expressa, caberá à assembléia geral, por dois terços no mínimo dos condôminos restantes, deliberar sobre a cobrança da multa.

Há de se esclarecer que a multa não pode ser superior a cinco vezes o valor das contribuições, independentemente do quanto se apurar de danos propiciados ao condomínio. Entretanto, não se confunde multa com ressarcimento: deverá o condômino infrator arcar com a multa e também com a indenização referente aos danos apurados, conforme a vala comum da responsabilidade civil.

Nesse sentido, explica Maria Helena Diniz (2008, p. 915): “O condômino que violar as obrigações impostas pelos incisos II a IV do art. 1.336, *sub examine*, deverá pagar a multa estipulada no ato constitutivo, ou convenção de condomínio, que não poderá ser cinco vezes superior à taxa condominial mensal, e, ainda, uma indenização pelas perdas e danos a que deu causa”.

Cite-se, também, a multa prevista no art. 1.337, aplicável ao condômino ou possuidor que não cumpre reiteradamente com seus deveres. Mediante deliberação de três quartos dos condôminos restantes, poderá ser imposta multa ao condômino infrator de até o quántuplo do valor da contribuição mensal, independentemente das perdas e danos que se apurem. Tal multa ainda encontra seu limite expandido ao montante de dez vezes o valor das contribuições mensais, quando o reiterado comportamento anti-social do condômino propiciar incompatibilidade de convivência com os demais, na forma do parágrafo único do mesmo artigo, a saber, o 1.337 do Código Civil. Vejamo-lo:

Art. 1337. O condômino, ou possuidor, que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de três quartos dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa correspondente até ao quántuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem.

Parágrafo único. O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento anti-social, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembléia. (grifos nossos)

Acerca de eventual cumulação das penas previstas no artigo 1.336, §2º, e no artigo 1.337, caio Mário da Silva Pereira apresenta preciosa reflexão:

O art. 1.337 do Código Civil impõe ao condômino ou possuidor contumaz nas infrações, multa correspondente a cinco vezes o valor da contribuição condominial. Mas o § 2º do art. 1.336 do Código Civil já comina a mesma multa, para qualquer infração do

disposto nos incisos II a IV. Tendo em vista a exigência de *quorum* especial, o que se deve entender é que o Código pretendeu acumular as duas penalidades. Assim deveria ser entendido. Mas, não sendo lícito ampliar penalidade por via de interpretação, a conjunção das penas torna-se inadmissível. (PEREIRA, 2006, p. 192-193)

Parece-nos que a opção legislativa em atribuir multa de caráter pecuniário aos condôminos anti-sociais, em especial àqueles que agem com contumácia, é merecedora de elogios. Primeiro porque, em regra, atende aos anseios da maioria dos condôminos, e, indiretamente, da sociedade. Segundo porque eventual opção legislativa por penas restritivas de direitos, proibindo a utilização de áreas comuns de lazer do condomínio, parece-nos contrárias às normas constitucionais, além de fomentar a desarmonia entre os condôminos.

8.6. Limitação na Consolidação das Leis do Trabalho

A matéria referente à cláusula penal constante na Consolidação das Leis do Trabalho se encontra circunscrita ao artigo 622, em cujo parágrafo único se estipula limite para a imposição de multas ao empregado, especificamente no valor de 50% da multa estabelecida, nas mesmas condições, ao empregador.

Referida multa é cabível quando empregados ou empregadores celebrarem contratos individuais de trabalho nos quais se estabelecem condições contrárias ao que houver sido ajustado em convenção ou acordo que lhes for aplicável. Vejamos o referido artigo 622 e seu parágrafo único, da CLT:

Art. 622. Os empregados e as empresas que celebrarem contratos individuais de trabalho, estabelecendo condições contrárias ao

que tiver sido ajustado em Convenção ou Acordo que lhes for aplicável, serão passíveis da multa neles fixada.

Parágrafo único. A multa a ser imposta ao empregado não poderá exceder da metade daquela que, nas mesmas condições, seja estipulada para a empresa.

(Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

Sobre a incidência da multa em sede de acordos coletivos, faz-se mister citar a decisão do Tribunal Superior do Trabalho transcrita abaixo, em que se vislumbra sua plena aplicabilidade:

A Corte Regional manteve a condenação no tocante ao pagamento de multa convencional. Decidiu mediante os seguintes fundamentos:

‘A implantação de turno de revezamento à revelia da entidade sindical denota descumprimento do instrumento normativo e colide com os preceitos gerais de jornada por ele estabelecido.’ (fl. 221)

No recurso de revista, a reclamada argumenta que a multa normativa só é cabível quando há contrariedade à norma coletiva, sendo que o regime de turnos ininterruptos de revezamento não decorria de previsão em instrumento coletivo, mas de norma constitucional. Aponta violação ao artigo 622 da CLT (fls. 231/241).

O recurso não alcança conhecimento.

O artigo 622 da CLT estabelece que os empregados e as empresas que celebrarem contratos individuais de trabalho, estabelecendo condições contrárias ao que tiver sido ajustado em convenção ou acordo que lhes for aplicável, serão passíveis da multa neles fixada.

Na espécie, a Turma Regional, com fulcro no quadro fático-probatório produzido nos autos, taxativamente consignou que a implantação de turno de revezamento à revelia da entidade sindical denotava descumprimento do instrumento normativo e colidia com os preceitos gerais de jornada por ele estabelecido.

Ao abraçar tal posicionamento, a Corte de origem não afrontou as disposições do preceito legal em comento; ao revés, deu-lhes ampla aplicação.

(Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº TST-RR-804023/01.4. Ministro Relator: Caputo Bastos. Data do julgamento: 04/06/2008.)

Cabe mencionar que o art. 622, parágrafo único, da CLT introduziu no ordenamento jurídico brasileiro, por primeira vez, a aplicação de multa contra o trabalhador. Fê-lo com o intuito de proteger os interesses dos trabalhadores em sua perspectiva coletiva, o que se justifica, uma vez que o interesse público sobrepuja o interesse privado. Entretanto, como ensina RUSSOMANO (1997, p. 134), é necessário “que haja prefixação dessa multa no convênio violado através do contrato individual (até o limite máximo previsto no parágrafo único) e que o convênio violado seja, efetivamente, aplicável ao trabalhador”. Reitera-se, pois, que a multa encontra limitação na legislação, no importe da metade da multa prevista nas mesmas condições para a empresa.

Sérgio Pinto Martins apresenta as razões de se estabelecer um menor limite para a multa a ser aplicada ao empregado em relação àquela aplicada ao empregador:

O empregado, quando infringe norma convencional, o faz, geralmente, por necessidade. Ao contrário, o empregador procede, normalmente, com dolo, visando ao não-pagamento de salários ou de vantagens concedidas pelas convenções. No

primeiro caso, a multa que for imposta ao empregador não pode exceder da metade daquela que, nas mesmas condições, seja estipulada para a empresa. (parágrafo único do art. 622 da CLT). (MARTINS, 2007, p. 672)

Caso haja exorbitância na fixação dessa multa, deverá o magistrado, de ofício, promover a sua adequação judicial, pois se trata de matéria de ordem pública. Tal adequação não induz, entretanto, a nulidade de toda a multa, tampouco de toda convenção ou acordo coletivo.

Pertinente observar, também, que os instrumentos normativos deverão necessariamente fazer previsão de multa no caso de não serem observadas ou cumpridas as suas cláusulas. É o que se depreende do art. 613, inciso VIII, da Consolidação das Leis do Trabalho, que segue *in verbis*:

Art. 613. As Convenções e os Acordos deverão conter obrigatoriamente:

(Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

[...]

VIII - Penalidades para os Sindicatos convenientes, os empregados e as empresas em caso de violação de seus dispositivos.

(Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

Há de observar, também, a questão sobre a aplicabilidade subsidiária da limitação da cláusula penal contida no artigo 412, do Código Civil, à multa prevista no art. 613 da CLT. Em harmonioso texto, que passamos a transcrever, Sérgio Pinto Martins explica as razões pelas quais o Código Civil deve servir de limite à cláusula penal estipulada pela CLT:

As multas previstas nas normas coletivas são para o descumprimento das suas cláusulas. São cláusulas penais. O descumprimento da norma acarreta o pagamento da multa, que normalmente reverte ao empregado, pois quem na maioria das vezes a descumpre é o empregador. A CLT não contém comando legal versando sobre a limitação da multa prevista na norma coletiva. Pergunta-se se poderia ser aplicado o artigo 412 do Código Civil, que reza que ‘o valor cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal’. Há argumentos de que a multa tem natureza trabalhista, e não civil, e as cominações foram previstas por mútuo consentimento das partes no instrumento coletivo, não sendo o caso de se aplicar o citado artigo do Código Civil. Inexiste, entretanto, na CLT disposição sobre a limitação da multa prevista na norma coletiva. O inciso VIII do artigo 613 da CLT não prevê a limitação da penalidade estabelecida pelas partes. Sendo omissa a CLT sobre o assunto, ‘o direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais’. Não há, contudo, incompatibilidade entre as normas e os princípios de Direito do Trabalho para aplicação do Código Civil, havendo, sim, lacuna na CLT. Na verdade, a multa prevista no instrumento normativo não é um direito trabalhista, mas uma verdadeira cláusula penal. (MARTINS, 2006, p. 665)

Nesse sentido, preconizando o limite geral do Código Civil para as cláusulas penais nas relações de direito do trabalho, em harmonia com o pensamento de Sérgio Pinto Martins exposto acima, cite-se a Orientação Jurisprudencial da SDI-1 nº 54: “O valor da multa estipulada em cláusula penal, ainda que diária, não poderá ser superior à obrigação principal corrigida, em virtude da aplicação do art. 412 do Código Civil de 2002 (art. 920 do Código Civil de 1916).”

Vale esclarecer que, embora o juiz deva se pronunciar de ofício e adequar o limite da cláusula penal, mesmo que não haja requerimento nesse sentido, visto que se trata de matéria de ordem pública, caso não o faça e a sentença transite em julgado, não pode ser matéria de discussão por primeira vez em sede de embargos à execução.

São vários os acórdãos do TST que versam sobre o tema. À guisa de exemplo, passaremos a transcrever ementa de acórdão que decidiu sobre a ilegalidade de cláusula penal que exorbita o valor do principal: “Multa. Cláusula Penal. Valor superior ao principal. As multas aplicadas em decorrência do atraso no pagamento das parcelas rescisórias estão, portanto, limitadas ao total de proventos consignados no TRCT” (Tribunal Superior do Trabalho. Processo nº TST-AIRR-146040-23.2007.5.03.0025. Acórdão 4ª Turma. Ministro Relator: Fernando Eizo Ono. Data do Julgamento: 12/05/2010.).

Argumentos há em desfavor desse entendimento, sob a alegação de que as multas previstas em acordos, convenções ou dissídios coletivos em sede trabalhista constituem em realidade astreintes, e não multas (cláusulas penais). Assim, segundo tal posicionamento minoritário (OLIVERIA, 1999, p. 192), não haveria a limitação imposta pelo art. 920 do Código Civil. Não compartilhamos desse entendimento, harmonizamo-nos com o disposto na Orientação Jurisprudencial da SDI-1 nº 54 e com o posicionamento reiterado do Tribunal Superior do Trabalho.

Francisco Antonio de Oliveira argumenta, em seu posicionamento, que a limitação da multa conforme o art. 920 do Código Civil “traduz-se em incentivo à inadimplência, já que, atingindo aquele parâmetro, a parte não mais terá interesse em cumprir a obrigação”. Parece-nos, entretanto, que o montante máximo estipulado pela regra geral do Código Civil – a multa não pode exceder o valor do principal – já é alto o suficiente, sob pena de, não havendo limites, propiciar

enriquecimento sem causa e desequilíbrio nas relações jurídicas e econômicas. E, também, vemos na prática que, embora a cláusula penal encontre limites na lei, os juros continuam correndo, assim como a atualização monetária, propiciando, na maioria das vezes, um saldo superior ao que existiria caso o capital estivesse em caderneta de poupança ou em títulos da dívida pública.

8.7. Limitação no contrato do atleta profissional

O art. 28 da Lei 9.615 de 24 de março de 1998, conhecida como Lei Pelé, trata da cláusula penal em contratos de atletas profissionais, dispondo que em tais contratos de trabalho há a necessidade, obrigatoriamente, da previsão de cláusula penal para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral. A Lei 9.981/2000 acresceu ao referido art. 28 o seu § 3º, o qual passou a estipular um limite para a cláusula penal de que trata o *caput*: até cem vezes o montante do valor da remuneração anual pactuado. Vejamos a íntegra do artigo 28 da Lei Pelé, com grifos nossos:

Art. 28. A atividade do atleta profissional, de todas as modalidades desportivas, é caracterizada por remuneração pactuada em contrato formal de trabalho firmado com entidade de prática desportiva, pessoa jurídica de direito privado, que deverá conter, obrigatoriamente, cláusula penal para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral.

§ 1º Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da seguridade social, ressalvadas as peculiaridades expressas nesta Lei ou integrantes do respectivo contrato de trabalho.

§ 2º O vínculo desportivo do atleta com a entidade desportiva contratante tem natureza acessória ao respectivo vínculo trabalhista, dissolvendo-se, para todos os efeitos legais:

I - com o término da vigência do contrato de trabalho desportivo;
ou

II - com o pagamento da cláusula penal nos termos do *caput* deste artigo; ou ainda

III - com a rescisão decorrente do inadimplemento salarial de responsabilidade da entidade desportiva empregadora prevista nesta Lei.

§ 3º O valor da cláusula penal a que se refere o *caput* deste artigo será livremente estabelecido pelos contratantes até o limite máximo de cem vezes o montante da remuneração anual pactuada.

§ 4º Far-se-á redução automática do valor da cláusula penal prevista no *caput* deste artigo, aplicando-se, para cada ano integralizado do vigente contrato de trabalho desportivo, os seguintes percentuais progressivos e não-cumulativos:

I - dez por cento após o primeiro ano;

II - vinte por cento após o segundo ano;

III - quarenta por cento após o terceiro ano;

IV - oitenta por cento após o quarto ano.

§ 5º Quando se tratar de transferência internacional, a cláusula penal não será objeto de qualquer limitação, desde que esteja expresso no respectivo contrato de trabalho desportivo.

§ 7º É vedada a outorga de poderes mediante instrumento procuratório público ou particular relacionados a vínculo desportivo e uso de imagem de atletas profissionais em prazo superior a um ano.

Note-se, também, que com a redação dada pela Lei 10.672, de 2003, resta claro que o vínculo desportivo do atleta com a entidade desportiva se dissolve com o pagamento da cláusula penal prevista no *caput*. É a cláusula penal, pois, que

“prende” o atleta à entidade desportiva: corolário disso é que quanto maior for o montante estipulado de cláusula penal, maior será o custo para dissolver o vínculo contratual e vincular-se a outra entidade desportiva. Essa é a razão pela qual vemos, na prática do mundo futebolístico, cláusulas penais milionárias, no intento de o clube manter suas principais estrelas, ou ao menos garantir-se de alto ressarcimento.

Aliás, no que toca ao futebol, faz-se obrigatória a aplicabilidade do art. 28 da Lei Pelé, conforme determina o art. 98 da mesma Lei, de modo que às outras modalidades desportivas faculta-se a aplicação do referido dispositivo, entre outros. Vejamos:

Art. 94. Os artigos 27, 27-A, 28, 29, 30, 39, 43, 45 e o § 1º do art. 41 desta Lei serão obrigatórios exclusivamente para atletas e entidades de prática profissional da modalidade de futebol.

Parágrafo único. É facultado às demais modalidades desportivas adotar os preceitos constantes dos dispositivos referidos no *caput* deste artigo.

Vale reiterar que o § 3º do artigo 28 da Lei Pelé, que versa sobre a limitação da cláusula penal no importe de cem vezes a remuneração anual pactuada, constitui norma específica, afastando a aplicação da limitação do Código Civil, no qual o teto da cláusula penal não pode exceder o valor da obrigação principal. Esse entendimento já foi manifestado pelo Tribunal Superior do Trabalho, em acórdão proferido pela 2ª Turma:

O contrato de trabalho do atleta de futebol é considerado um contrato especial de trabalho, em face de suas diversas peculiaridades, sendo, portanto, regulamentado por um regime

jurídico específico, qual seja, a Lei n.º 9.615/1998. Nesse sentido, as questões pertinentes ao contrato trabalhista firmado entre o atleta profissional e a entidade de prática desportiva devem ser dirimidas, obrigatoriamente, pela aplicação e interpretação do ordenamento jurídico laboral-desportivo.

[...] Assim, para a solução de determinado conflito que envolva contrato de trabalho de atleta profissional, somente na hipótese de a questão não ter sido regulamentada pela legislação do trabalho desportivo é que poderá aplicar-se, subsidiariamente, outra legislação.

Nessa esteira, tendo sido regulada pela Lei 9.615/1998 a imposição de cláusula penal para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral do contrato (art. 28, caput), bem como a possibilidade de redução do valor atribuído à cláusula penal (art. 28, § 4º), conclui-se pela incompatibilidade subsidiária do art. 413 do Código Civil.

Outra particularidade da cláusula penal desportiva é a possibilidade de ser fixada em valor superior ao da obrigação principal, afastando-se, assim, da determinação do art. 412 do Código Civil. Tal circunstância denota, portanto, a intenção do legislador de que seja aplicada, exclusivamente, a legislação especial quando se discute o valor da cláusula penal e a possibilidade de sua redução, não se podendo equiparar o atleta de futebol ao empregado comum.

O artigo 94 da referida Lei, por sua vez, estabelece que o disposto no já citado artigo 28 será obrigatório para atletas e entidades de prática profissional da modalidade de futebol.

(Tribunal Superior Trabalho. Processo nº TST-RR-873/2006-009-06-00.0. Acórdão (Ac. 2ª Turma). Ministro Relator: José Simpliciano Fontes de F. Fernandes . Data do julgamento: 18/11/2009.)

Vale lembrar, ainda, que o § 5º do artigo em comento, qual seja, o artigo 28 da Lei Pelé, afasta qualquer limitação da cláusula penal para as transações internacionais, desde que previamente expresso no respectivo contrato de trabalho desportivo. Assim, pretende-se proteger o mercado interno, fazendo com que as transferências para o exterior possam ser economicamente dificultadas.

Outro aspecto que merece atenção é o da redutibilidade da cláusula penal, que na Lei Pelé assume contornos específicos. Note-se, pois, que a redução do valor da cláusula penal é automática, na forma do § 4º, art. 28, conforme o critério da temporalidade. Quando há integralização de um ano de trabalho, reduz-se dez por cento. No segundo ano integralizado, vinte por cento. No terceiro, quarenta por cento. E, por fim, no quarto ano integralizado, reduz-se oitenta por cento. Sobre tal parâmetro de redução, vejamos excertos de acórdão do TST:

Da exegese do referido dispositivo [art. 28, § 4º, da Lei n.º 9.615/98], extrai-se que a redução do valor atribuído à cláusula penal somente é permitida em se tratando de contratos firmados com prazo de vigência superior a 1 (um) ano e, mesmo assim, após a integralização de cada ano. *In casu*, o contrato firmado pelas partes teve como prazo de vigência o período de apenas 1 (um) ano, sendo rescindido pelo Reclamado, após cumpridos 5 (cinco) meses, razão pela qual não há de se cogitar da redução da penalidade.

Acrescente-se, ainda, que, se for considerado que a cláusula penal, nos termos do § 3º do art. 28 da Lei 9.615/98, poderia ter sido fixada em até R\$ 24.000.000,00 (vinte e quatro milhões de reais), haja vista a remuneração mensal do Autor ter sido pactuada em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), o estabelecimento do valor da cláusula penal, no importe de, tão-somente, R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), não se revela, de forma alguma, como excessivo.

Ante o exposto, dou provimento ao Recurso para, reformando a sentença que reduziu o valor atribuído à cláusula penal, condenar o Reclamado ao pagamento da penalidade, no valor fixado pelas partes no contrato de trabalho, qual seja, R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

(Tribunal Superior Trabalho. Processo nº TST-RR-873/2006-009-06-00.0. Acórdão (Ac. 2ª Turma). Ministro Relator: José Simpliciano Fontes de F. Fernandes . Data do julgamento: 18/11/2009)

De todo o exposto, vê-se que a cláusula penal desportiva recebe tratamento específico, diferenciado, tanto em sua limitação quanto em sua redução automática. Assim o é para atender a uma modalidade própria de contrato, cujas peculiaridades o afastam dos contratos comuns.

Mencione-se, ainda, o fato de que a limitação da cláusula penal, bem como a obrigatoriedade de sua expressa previsão no contrato, passaram a substituir o antigo “passe”, o qual foi objeto de muitas críticas, por limitar a liberdade de escolha do atleta.

Vejamos, sobre o assunto, a reflexão de MELO FILHO (2001, p. 122-123):

A cláusula penal, que se categoriza como autêntico ‘pacto de permanência’ entre clube e atleta profissional, sem olvidar a liberdade contratual do art. 444 da CLT, pode ser pactuada nos moldes previstos pelo § 3.º do art. 28, ditame esse que possui uma natureza ‘imperativo-limitativa’ ao direito de extinção antecipada da relação laboral-desportiva. Aliás, não houvesse o coeficiente limitador, poder-se-iam estabelecer valores astronômicos ou milionários como cláusula penal, de efeitos

similares ao ‘passe’, ao restringir, de forma desproporcional, a liberdade de desvinculação do atleta na vigência do contrato de trabalho profissional.

É de se ressaltar, entretanto, que o limite previsto o limite previsto no § 3º do artigo 28 da Lei Pelé também é um fator limitador à liberdade contratual trabalhista do atleta profissional, haja vista a alta limitação à cláusula penal imposta pela referida lei. Desse entendimento comunga ZAINAGHI (2003, p. 35): “Parece-nos que a multa continua pesada; acabou o passe, mas ele continua de outra forma e a multa, pelo menos no momento, acaba sendo prejudicial para o atleta.”

Vale explicar, por fim, que a cláusula penal desportiva prevista no art. 28 da Lei Pelé se aplica somente ao atleta que rompe unilateralmente o contrato. No caso de o rompimento se dar por parte do clube empregador, aplicar-se-á o art. 31 da referida Lei, ficando o atleta livre para se transferir para qualquer outra agremiação de mesma modalidade, nacional ou internacional, e exigir os haveres devidos e a multa rescisória do art. 479 da Consolidação das Leis do Trabalho.

8.8. Limitação na Lei do Inquilinato

A Lei 8.245 de 18 de outubro de 1991, mais conhecida como Lei do Inquilinato, recentemente alterada pela Lei nº 12.112 de nove de dezembro de 2009, estipula em seu art. 43, *caput*, que constitui contravenção penal, com pena de prisão simples ou multa de três a doze meses o valor do último aluguel atualizado, revertida em favor do locatário, exigir, por motivo de locação ou sublocação, quantia ou valor além do aluguel e encargos permitidos; exigir, por motivo de locação ou sublocação, mais de uma modalidade de garantia num mesmo

contrato de locação; e cobrar antecipadamente o aluguel, salvo a hipótese do art. 42 e da locação para temporada.

O art. 44 da referida lei estipula condutas tipificadas como crimes de ação pública, os quais legitimam o prejudicado a exigir, em processo próprio, conforme determina o parágrafo único do artigo em comento, multa equivalente a um mínimo de doze e um máximo de vinte e quatro meses do valor do último aluguer atualizado ou do aluguer que esteja sendo cobrado do novo locatário, se o imóvel estiver realugado.

Acerca das multas previstas no art. 43, podemos extrair a ilação de que o sujeito passivo será sempre o locador. Ademais, segundo nosso entender, não se tratam propriamente de cláusulas penais, e sim de sanções de natureza criminal, tanto o é que acompanham condutas tipificadas e passíveis de prisão.

No mesmo sentido é o entendimento de BARROS (1997, p. 213), ao menos quanto ao art. 43: “Anotese que essa multa [do art. 43 da Lei do Inquilinato] não tem caráter indenizatório. É pena criminal. Eventuais perdas e danos suportados pelo locatário poderão ser pleiteados através de ação própria contra o locador, invocando infração legal, ou contratual, praticado por este.”

Para o mencionado autor, o mesmo não ocorre no parágrafo único do art. 44, consistindo, em sua opinião, em verdadeira cláusula penal:

Para as mesmas hipóteses capituladas como crime, o parágrafo único prevê sanção de natureza civil, que independe da criminal: multa equivalente a um mínimo de doze e um máximo de vinte e quatro meses de aluguel. O aluguel-base será aquele que foi pago pelo último mês de ocupação, devidamente atualizado, ou aquele

que estiver sendo cobrado do novo locatário, se realugado o imóvel. (BARROS, 1997, p. 217) (grifo nosso).

Não há, na legislação que rege o inquilinato, um limite para a cláusula penal quando esta é devida pelo locatário. Em razão dessa omissão, a doutrina majoritária se posiciona no sentido de que o Código Civil, como lei subsidiária (art. 79 da Lei do Inquilinato), é aplicável aos contratos de locação, impondo-se o limite do art. 412, antigo art. 920 na Lei de 1.916.

Há quem entenda, entretanto, que a multa deve ser limitada a 2%, na forma do Código de Defesa do Consumidor, art. 52, § 1º. Tecendo críticas a esse posicionamento, com o qual também não concordamos, manifesta-se SEMIÃO (2000, p. 117-119): “Muitos doutrinadores demasiadamente publicistas e apaixonados pelo novo ramo do Direito do Consumidor batem-se de forma peremptória no sentido de que o contrato de locação enseja uma relação de consumo e, assim, a multa nesses contratos não pode ultrapassar a 2%. [...] Esse entendimento se divorcia totalmente dos princípios retores da locação”.

De fato, só se mostra cabível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, com o intuito de limitação da multa, se a locação for a atividade profissional do dono do imóvel, conforme lecionam SAAD *et alli*: “Permitimo-nos observar que, consoante disposições deste Código, ele só alcança os contratos de locação de imóveis quando se tratar de atividade profissional do proprietário. Se o locador tem outra atividade profissional, que não a de locar imóveis, é evidente que o Código de Consumidor não abrange estes últimos contratos”. (SAAD; SAAD; BRANCO, 2006, p. 705)

Também não se justificam, a nosso ver, o argumento de que o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos de locação mas o magistrado pode,

nos contratos de locação, fazer a revisão da cláusula penal e reduzi-la para 2%. Segundo o Código Civil, a redução judicial da cláusula penal só deve ocorrer em havendo cumprimento proporcional, ou quando for manifestamente excessiva, o que não propicia a interpretação de que nos contratos de locação deva ocorrer a redução da cláusula penal apenas em razão de eventual hipossuficiência econômica.

Também há corrente, conforme expusemos em tópico antecedente, que pretende aplicar o limite de cláusula penal constante da Lei da Usura a todo e qualquer contrato, os de locação inclusive. Conforme expusemos, os tribunais já se posicionaram em sentido contrário, restringindo a Lei da Usura aos contratos de empréstimo de dinheiro a juros, haja vista que a referida lei tem por objetivo impedir simulações que escondessem, sob o manto da cláusula penal, juros exorbitantes. Assim, não há razões para sustentar, nas relações de inquilinato, a multa limitada em 10% da obrigação principal, aplicando-se tal limite apenas aos contratos regidos pela Lei da Usura.

Portanto, diante de tais reflexões, chega-se à conclusão de que a multa contratual pode ser pactuada livremente entre as partes, desde que não afronte o princípio geral determinado pelo Código Civil: não pode exceder o valor da prestação principal.

Nesse sentido, cite-se acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná, em sede de apelação cível:

Através do presente recurso, o apelante pretende a incidência do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de locação, a fim de obter, como consequência, a redução da multa de 10 para 2%. Neste aspecto, cumpre salientar que o referido diploma legal não

se aplica ao contrato em espécie, eis que, embora firmado por pessoa física, possui fins comerciais, não se enquadrando, portanto, como prestação de serviço tampouco como fornecimento de produto, além de possuir legislação própria que o regule.

(Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível Nº 285.602-2., de Curitiba - 7ª Vara Cível. Relator: Des. Lauri Caetano da Silva. Data do julgamento: 05/12/2005)

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais adota o mesmo posicionamento:

Urge registrar que o ordenamento jurídico pátrio, no caso específico dos contratos de locação, não estabelece parâmetros para a fixação da multa contratual, devendo ser observada a lei civil que, em seu artigo 920, correspondente ao atual artigo 412 do novo *codex*, adota um limite máximo para a fixação da cláusula pena moratória, senão vejamos:

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

(Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0024.05.692722-1/001. Relator: Rogério Medeiros. Data do julgamento: 09/10/2008)

Afastando qualquer dúvida remanescente, passaremos a transcrever pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial, demonstrando incisivamente a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Usura nas relações de inquilinato:

A Lei de Usura (Decreto nº 22.626/33) é aplicável somente aos contratos de mútuo, não podendo incidir sobre o contrato de locação para redução da multa moratória livremente

convencionada entre o locador e o locatário. Outrossim, é entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Uniformização Infraconstitucional a não aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, com a redação dada pelo art. 52, d a Lei nº 9.298/96) nos pactos locatícios, especialmente no que se refere à multa pelo atraso no pagamento do aluguel, já que firmados de forma diversa (livre convenção) e nos termos da legislação pertinente (Lei nº 8.245/91).

(Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: nº 324.015 - SP (2001/0060408-1). Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Data do julgamento: 03/10/02)

Faz-se mister, entretanto, explicitar o teor do art. 4º da Lei do Inquilinato, que impõe diminuição proporcional da multa pactuada quando o locatário devolver o imóvel antes do término do contrato de locação. Assim dispõe o referido artigo 4º, com a nova redação dada pela Lei 12.112 de nove de dezembro de 2009:

Art. 4º. Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. O locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, proporcionalmente ao período de cumprimento do contrato, ou, na sua falta, a que for judicialmente estipulada.

Vê-se, portanto, que a cláusula penal pactuada entre as partes sofrerá redução proporcional ao cumprimento do contrato na hipótese de o inquilino devolver o imóvel antes de o contrato terminar. Assim, na hipótese de contrato residencial por prazo determinado de 30 meses e com multa pactuada no valor de três alugueres, caso o inquilino queira devolver o imóvel após o transcurso de 15 meses, a multa será reduzida pela metade. Cabe esclarecer, ainda, que durante a vigência do contrato nem mesmo pagando a integralidade da multa poderá o locador reaver o imóvel alugado, ressalvadas as exceções legais.

Vale frisar que a redução proporcional da cláusula penal, conforme o cumprimento parcial da obrigação principal, é princípio que norteia a redução judicial prevista no art. 413 do Código Civil atual, como já previa o Código Civil de 1916, em seu art. 924, razão pela qual o art. 4º da Lei do Inquilinato, antes da reforma trazida pela Lei 12.112/09, dispunha que o locatário poderia devolver o imóvel “pagando a multa pactuada, segundo a proporção prevista no art. 924 do Código Civil e, na sua falta, a que for judicialmente estipulada”.

Nesse sentido, leia-se excerto de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

No que diz respeito à multa compensatória sua cobrança é devida, mas de forma proporcional ao tempo de descumprimento do contrato, devendo ser reduzida em conformidade com o tempo restante de cumprimento do ajuste.

A multa compensatória pactuada em contrato de locação é exigível segundo a proporção prevista no artigo 413 do Código Civil de 2002 e artigo 4º da Lei do inquilinato.

(Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação com Revisão nº 992.08.055915-7 (1.216.545-0/5). Seção de Direito Privado. Relator: Orlando Pistoresi. Data do julgamento: 14/04/ 2010).

Assim, embora a redação do art. 4º da Lei do Inquilinato tenha sido alterada, adaptando-se ao novo diploma civil, manteve-se o mesmo teor, *id est*, a redução proporcional da cláusula penal a ser arcada pelo locatário quando este devolve o imóvel antes de o contrato terminar.

Por fim, vale lembrar que o locatário fica dispensado de pagar a multa caso a devolução do imóvel se dê em razão de transferência, pelo seu empregador público ou privado, para prestar serviços em local distinto daquele do início do contrato, desde que o locador seja notificado com pelo menos trinta dias de antecedência.

8.9. Limitação nos contratos de união estável e nos pactos antenupciais

Questão palpitante é a inserção de cláusula penal em contratos de união estável ou em pactos antenupciais com o intuito de pré-liquidar danos em razão do término da relação de união estável ou casamento.

Nos Estados Unidos da América, tornaram-se comuns e juridicamente válidas cláusulas que estipulam multa em caso de traição, limite para a pensão alimentícia e valores a título de indenização caso uma das partes queira por fim ao casamento. Já há, inclusive, o inverso: premiação para determinados fins, como, por exemplo, um cônjuge estar obrigado a pagar ao outro determinado valor a cada ano que se passa sem que o casamento termine.

Fato é que, entre nós, não há disposição legislativa expressa. Entretanto, mesmo não havendo vedação expressa, não há possibilidade de os negócios jurídicos afrontarem a moral, a ordem pública e os bons costumes. Além disso, não se pode olvidar que as relações de família estão envoltas a condições peculiares próprias, não havendo, na legislação brasileira, qualquer incentivo à mercantilidade da união estável ou do casamento.

Por essas razões, não concebemos a hipótese de cônjuges ou companheiros disporem sobre multas contratuais nas relações de família no direito brasileiro atual. Não nos parece que haja validade jurídica eventual cláusula penal que pré-liquide os danos de uma traição, ou então os danos oriundos do desfazimento de um matrimônio. Tampouco a limitação ao valor da pensão alimentícia, por ser matéria de ordem pública, direito indisponível, inclusive.

Entretanto, há quem entenda no sentido da aplicabilidade de multas que previamente fixe o valor da indenização para o caso de rompimento da relação de união estável. Vejamos os dizeres de CAHALI (2002, p. 244):

Na pretendida abrangência da regulamentação contratual das relações econômicas resultantes da união estável, temos como viável o estabelecimento de cláusula fixando previamente indenização para o caso de eventual rompimento da relação.

Para o prestigiado autor, a cláusula poderia ser estipulada inclusive para casos em que haja separação espontânea e sem causa:

Prevista a indenização pela separação espontânea e sem causa imputável ao outro, no exercício da liberdade de rompimento, a indenização poderá ter caráter meramente compensatório, para contrapesar a frustração da expectativa criada quando da formação da entidade familiar (tanto no aspecto afetivo como no tocante a eventuais vantagens econômicas advindas do regime patrimonial adotado), ou poderá ter feição reparatória, para recompor eventuais prejuízos experimentados em função do ingresso no relacionamento, como renúncia à atividade profissional exercida ou ascensão na carreira (CAHALI, 2002, p. 244).

Segundo pensamento de Cahali, quando estipulada a cláusula para a dissolução culposa, também “se verifica o caráter indenizatório-punitivo, de tal sorte que a previsão pretende penalizar aquele inadimplente com as obrigações decorrentes da união estável” (CAHALI, 2002, p. 245).

Não nos parece razoável, contudo, a aposição de multas convencionais nos contratos de união estável, assim como nos pactos antenupciais. Imagine-se o caso de companheiros que venham a subscrever contrato de união estável com cláusula penal para o fim de dissolução da união estável sem causa específica, a ser imposta àquele que pretender por fim ao relacionamento. É sempre possível que anos depois a relação se desgaste, o amor e afeto de um dos companheiros cessem, ou mesmo surja interesse por constituir uma nova relação, e então o companheiro estará “preso ao contrato em razão da multa com que terá de arcar” caso queira por fim ao relacionamento. Parece-nos que a referida multa, antes de promover o robustecimento do vínculo entre os companheiros, prejudica-o.

Entendemos que a questão é polêmica e que o tempo há de definir os caminhos a serem percorridos nessa seara. Não há muito o próprio casamento era indissolúvel, e agora já nos pomos a refletir sobre a validade de multas em razão da sua dissolução, ou dissolução de união estável, instituto que há algumas décadas sequer era regulamentado pelo direito positivo. De qualquer maneira, certo é que serão nulas as disposições decorrentes da autonomia da vontade que não se harmonizarem com os princípios inerentes ao direito de família, assim como serão nulas as disposições que se opuserem às liberdades constitucionais e aos direitos irrenunciáveis.

9. PREJUÍZO DO CREDOR

Dispunha o Código Civil de 1916, em seu art. 927, que “para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo”. Para Beviláqua, havia três razões para justificar tal desnecessidade de comprovação, pelo credor, do prejuízo sofrido, no que diz respeito à exigência do valor convencionalado a título de cláusula penal. Vejamo-las:

1.º, As partes convencionaram a pena para o caso da inexecução ou da mora; ocorrido o facto previsto, a pena se applica. A inexecução e a mora equivalem a condições suspensivas, a que está subordinada a prestação da pena. 2.º, A pena é estabelecida, para evitar-se a discussão das perdas e danos; consequentemente, não ha que debater essa materia. As partes, préviamente, assentaram que a inexecução ou a mora seria prejudicial. E’ uma presumpção, que favorece o credor, e que se não destróe por allegações contrarias do devedor. 3.º, Além de ser uma prefixação das perdas e danos, a pena também funciona como força coercitiva, para coagir o devedor a cumprir sua promessa, e como reacção punitiva contra o delicto civil da inexecução ou da mora. Sob esta relação é executada a prova do prejuizo. (BEVILÁQUA, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado, 1950, p. 74-75)

Para Tito FULGÊNCIO (1958, p. 476), entre outros autores, a não exigência de comprovação do prejuízo era uma consequência lógica do artigo 921, do Código Civil antigo. Referido artigo dispunha que o devedor incorreria de pleno direito na cláusula penal quando vencida o prazo da obrigação sem que fosse cumprida, ou não havendo prazo, fosse constituído em mora. Alterada a redação pelo novo Código Civil, o teor permanece o mesmo, no atual art. 408, que inovou ao

menção expressamente o advérbio “culposamente”, qualificando a ação do devedor de deixar de cumprir a obrigação ou se constituir em mora.

Vê-se, pois, que o prejuízo do credor não é requisito para a imposição da cláusula penal, como, aliás, já foi esclarecido em capítulos anteriores. É dispensável, irrelevante. Isso porque a cláusula penal, em razão de sua própria essência e finalidade, constitui pré-liquidação dos danos, ou presunção de o credor tê-los havidos.

Obviamente, caso a cláusula penal seja pactuada para uma hipótese determinada e os danos experimentados pelo credor decorram de outras causas, aí se imporá a responsabilidade civil comum, cabendo ao autor da causa provar os danos experimentados e exigir, em razão deles, a indenização cabível. É o caso, por exemplo, de cláusula penal pactuada especificamente para a mora, ou para determinada cláusula do contrato: a inexecução completa da obrigação, por não estar amparada por cláusula penal, ensejará a obrigatoriedade de o credor produzir provas dos prejuízos experimentados, a fim de que obtenha a indenização correspondente aos danos emergidos em razão do inadimplemento total.

O *caput* do art. 416 do Código Civil estipula que para exigir a cláusula penal, não é necessário que o credor alegue prejuízo, conforme foi exposto acima. Em razão da limitação da cláusula penal, entretanto, pode ocorrer que os prejuízos efetivamente experimentados pelo credor sejam superiores ao que foi pactuado.

Nesses casos, são duas as possibilidades. Caso as partes tenham previsto a possibilidade de indenização suplementar, poderá o credor produzir provas do prejuízo excedente, e servirá a cláusula penal como piso indenizatório – ainda que não consiga provar qualquer prejuízo, será indenizado pelo montante previsto

na cláusula penal, dentro das limitações legais. Ressalve-se, entretanto, que o credor não poderá requerer indenização complementar, ainda que haja provas, se não houve previamente o ajuste entre as partes sobre a possibilidade de se requerer tal indenização suplementar.

É o que dispõe o parágrafo único do art. 416, ora em comento: “Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente”.

A outra possibilidade, a qual entendemos perfeitamente possível, consiste em o credor abrir mão da cláusula penal, por entendê-la exígua e inferior aos danos efetivamente experimentados, considerando-a não pactuada, e então poderá ingressar com ação de perdas e danos na qual deve realizar toda a instrução probatória. Nesse caso, em não se provando os prejuízos alegados, o credor não terá direito sequer à indenização prevista no contrato a título de cláusula penal, ou então, se forem apurados danos de valor inferior, a indenização poderá ser inferior ao que consta na cláusula penal.

Tal possibilidade, entendemo-la possível porque a cláusula penal tem por escopo propiciar, ao credor, segurança jurídica na relação obrigacional. Não se justifica que a cláusula penal sirva de proteção ao devedor, que por meio dela estaria isento de responder aos danos excedentes propiciados por sua conduta culposa. Estaria, assim, o devedor protegido, e o credor, por sua vez, desprotegido. Não é o intento da cláusula penal, razão pela qual entendemos, como tem entendido a jurisprudência, ser plenamente possível o credor prescindir da cláusula penal, com o ônus de ter de provar os danos propiciados pela atuação do devedor.

O mesmo caminho é percorrido por Carlos Roberto GONÇALVES (2006, p. 386): “não pode o credor aumentar o seu valor, a pretexto de ser insuficiente. Resta-lhe, neste caso, deixar de lado a cláusula penal e pleitear perdas e danos, que abrangem o dano emergente e o lucro cessante. O ressarcimento do prejuízo será, então, integral. A desvantagem é que terá de provar o prejuízo alegado”.

Reitere-se, entretanto, que nesses casos não há a garantia, para o credor, de que receberá como valor indenizatório mínimo o constante da cláusula penal. Para ter tal garantia, faz-se mister que haja previsão expressa, no contrato, de possibilidade de indenização suplementar, conforme explanamos acima. É nesse sentido a decisão abaixo, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

O art. 416 código civil permite que as partes convençionem indenização complementar caso a pena convencional revele-se insuficiente para reparar os danos advindos da violação dos deveres contratuais. Mas é preciso enfatizar: a indenização suplementar tem como pressuposto central a existência de ajuste convencional expresse nesse sentido.

(Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Processo nº: 2006.01.1.019101-4. Relator: James Eduardo. Data do Julgamento: 12/03/2008)

No entendimento de Maria Helena Diniz, o principal efeito da cláusula penal reside justamente no fato de que o credor não precisa provar o prejuízo para fazer jus ao montante estipulado a título de multa. Vejamos as palavras da conceituada doutrinadora: “O efeito primordial da cláusula penal é o de sua exigibilidade *pleno iure*, no sentido de que independerá de qualquer alegação de prejuízo por parte do credor (CC, art. 416), que não terá de provar que foi prejudicado pela inexecução culposa da obrigação ou pela mora” (DINIZ, 2007, p. 423).

Assim, ainda que o devedor prove, absolutamente, a inexistência de prejuízos propiciados ao credor em razão de sua inadimplência, ainda assim terá de arcar com o valor pactuado na cláusula penal. É o que explica Caio Mário da Silva PEREIRA (2006, p. 178):

Daí autorizar a boa hermenêutica do princípio a declaração de que o credor não está obrigado a alegar e provar prejuízo que do inadimplemento lhe resulte. O que tem a demonstrar, e isto é um pressuposto da pena convencional, é a ocorrência da inexecução [...] Mesmo que o devedor produza a prova incontroversa da ausência de prejuízo em razão do inadimplemento, mesmo assim a penal é devida, pois que a dispensa de demonstrá-lo se erige em *praesumptio iuris et de iure*, de que a inexecução é em si mesma danosa sempre, o que afasta inteiramente a oportunidade de toda prova contrária.

Este mesmo entendimento pode ser verificado em excerto de acórdão exarado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, no Agravo de Petição nº 00290-2007-192-05-00-5-AP, cujo relator foi o Desembargador Cláudio Brandão: “Não socorre ao Agravado, tampouco, a alegação de ausência de prejuízo, porquanto, nos exatos termos do art. 416, do Código Civil, não há necessidade de alegação nesse sentido, para a exigência da pena convencional.”

Percebe-se que a pré-liquidação de danos, como consequência da aplicabilidade da cláusula penal, é exceção à regra geral de que o ressarcimento deve ser na medida das perdas e danos experimentados, conforme se lê no art. 403 do Código Civil: “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

Por essa razão, AGOSTINHO ALVIM, citado por MONTEIRO (2003, p. 354), entende que a cláusula penal consiste em “dispensa da alegação do prejuízo”, e portanto, o ressarcimento poderá estar em desarmonia com as perdas e danos efetivos.

Portanto, quando não há cláusula penal, os pressupostos da responsabilidade contratual são a existência de contrato, o inadimplemento ou mora, o dano e o nexo causal entre a ação ou omissão do devedor e o prejuízo sofrido pelo credor. Por outro lado, quando há cláusula penal, a responsabilidade contratual prescinde da existência do efetivo prejuízo (dano), e, por consequência, do nexo de causalidade. Isso porque o dano em razão da inadimplência já é presumido, de forma absoluta, no montante estipulado previamente entre as partes a título de pena convencional.

10. CLÁUSULA PENAL NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Passaremos a analisar, de modo sucinto, o tratamento legislativo conferido à cláusula penal em ordenamentos jurídicos alienígenas, realizando, sempre que possível, o cotejo com o tratamento dispensando no direito civil brasileiro.

10.1. Na Alemanha

Pinto Monteiro apresenta duas razões para se estudar a natureza jurídica da cláusula penal no ordenamento alemão:

Bem mais significativa e importante para nós, a vários títulos, é a posição do direito germânico. Entre outras, por duas razões essenciais: o direito alemão faz parte da família ou sistema jurídico (romano-germânico) a que também pertence o direito português, comungando do mesmo quadro dogmático e aceitando idênticos princípios; tal como o Código português, também o BGB consagrou um conceito unitário de pena convencional, tranquilamente aceite durante mais de meio século. (MONTEIRO, 1999, p. 509)

No princípio, a cláusula penal foi tratada pelo BGB em sua dupla finalidade, ou seja, indenizatória e de reforço da obrigação principal, a título de estímulo ao cumprimento, pelo devedor, da prestação assumida. Segundo ROSENVALD (2007, p. 23), “após meio século de calma, porém, nas décadas de 1960 a 1970 a jurisprudência alemã consolidou a distinção entre dois modelos jurídicos: a *Vertragsstrafe* e a *Schadenpauschale*”. A *Vertragsstrafe* está prevista no BGB, em seus §§ 339 a 345, e tem a finalidade de pressionar o devedor ao cumprimento da

obrigação principal. Por sua vez, a *Schadenpauschale* consiste em cláusula de pré-liquidação de danos.

Embora no início não houvesse, na legislação alemã, diferenciação entre a cláusula penal de pré-liquidação de danos e a cláusula penal com a finalidade de reforçar o cumprimento da obrigação, fato é que tal distinção foi acatada pela doutrina majoritária e, posteriormente, positivada pelo legislador.

É o que ensina Pinto MONTEIRO (1999, p. 509-510):

A diferenciação entre a cláusula penal, de um lado, e a cláusula de fixação antecipada da indemnização, do outro –diferenciação essa a que o Código alemão não fora sensível, antes parecendo negá-la, ao sufragar a tese da dupla função–, estava feita. A doutrina mais qualificada, que depressa se tornou também largamente majoritária, viria a aceitá-la; e o mesmo sucedeu com o legislador, o qual, em intervenções posteriores, tomando como ponto de referência a mencionada distinção, a institucionalizou, com a chancela da lei. De iure condito, portanto, cláusula penal e fixação antecipada da indemnização não se identificam; de iure condendo, todavia, poderá discutir-se sobre a necessidade dessa diferenciação e, bem assim, sobre as suas respectivas fronteiras, critério de distinção e regime.

Como se vê, a evolução do direito alemão, no que toca à cláusula penal, caminhou para o sentido de romper com a doutrina que compreende, num único instituto, funcionalidade dupla. Verifica-se, pois, que o tratamento dado pelo ordenamento alemão quanto à natureza da cláusula penal é diferenciado. Ao comparar o ordenamento brasileiro com o alemão fica evidente que neste há diferenciação entre as figuras de estímulo ao cumprimento e de fixação

antecipada da indenização, enquanto que no direito brasileiro há uma figura unitária bifuncional, conforme se depreende da leitura do art. 408 do Código Civil vigente.

Segundo Limongi FRANÇA (1987, p. 51), o direito alemão distingue dois casos quando se trata de incidência da pena: o das obrigações positivas e o das negativas: “Quanto às primeiras (§ 339, *pr.*), se o devedor promete ao credor o pagamento de uma soma em dinheiro, para o caso de *não cumprir* ou não cumprir *de forma adequada* a obrigação, a pena é devida se o devedor *incorre em mora*. [...] Já se a prestação consiste em uma omissão, a exigibilidade se produz com o ato contrário (§ 339, *in fine*)”.

Vejamos o dispositivo em comento no original:

§ 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.

(BGB/1896, § 339)

Assim como no direito alemão, o legislador brasileiro previu a incidência da pena para o caso de inexecução parcial ou completa da obrigação bem como para o caso de mora. Fê-lo no art. 409 do Código Civil. Contudo, o legislador brasileiro não especificou expressamente quais obrigações poderiam receber cláusula penal.

O § 340 do BGB inicia a referência aos direitos do credor em obrigações às quais foram apostas cláusulas penais. Vejamos:

§ 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.

(BGB/1896, § 340)

A primeira parte do artigo é equivalente aos seguintes dizeres de Limongi FRANÇA (1987, p. 51): “[...] pode exigir a pena *em lugar* do cumprimento. Mas se declarar que opta pela pena está excluído do direito ao cumprimento.” É o que também preceituava o art. 918 do CC de 1916: “Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor”. É, também, o que preceitua o art. 410 do novo Código: “Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor”.

FRANÇA (1987, p. 52) explica a segunda parte do § 340 do BGB: “Em havendo *perdas e danos*, pode exigir a pena como *importe mínimo*, ressalvado o direito à diferença”. É o que explica Serpa LOPES (2000, p. 152):

O Código das Obrigações suíço e o Código Civil alemão (BGB) seguiram o critério do direito romano, o qual, na dúvida sobre a intenção das partes, admitia a pretensão do credor a uma indenização superior à pena convencional. No art. 340, 2ª alínea do Código Civil alemão, se estabelece que quando caiba ao credor fazer valer uma pretensão de prejuízo por inexecução, pode exigir a pena incursa como representando o valor mínimo do prejuízo. Não fica privado ao direito de fazer valer um prejuízo maior.

O direito brasileiro tem, contudo, previsão diferente do que dispõe a segunda parte do § 340 do BGB, já que o parágrafo único do art. 416 do Código Civil de 2002 só prevê a pena como mínimo de indenização quando esta estiver sido pactuada previamente, ou seja, não caberá a presunção.

Acerca da redução judicial da cláusula penal no ordenamento jurídico alemão, vejamos o que dispõe o § 343:

§ 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.

(BGB/1896, § 343)

Serpa LOPES elucida o teor do referido dispositivo legal:

Se a elevação da pena incurso estiver fora de toda proporção, pode, a requerimento do devedor, ser reduzida, mediante julgamento a um valor conveniente. Evitou-se, porém, o arbítrio do Juiz, pois que o dispositivo acrescenta que 'para a apreciação do que for conveniente, dever-se-á tomar em consideração todo o interesse legítimo do credor e não somente o interesse patrimonial'. (LOPES, 2000, p. 152)

As palavras de Limongi FRANÇA (1987, p. 53) completam do significado do § 343: "Paga porém a pena, não há cogitar de redução." (França, 1987, p. 53)

O Código Civil brasileiro de 1916 previu um limite máximo para a estipulação da cláusula penal, diferenciando-se, assim, tanto do BGB como do Código Napoleônico. Por consequência, entre nós, nula seria a estipulação que ultrapasse este limite, devendo, então, o juiz declarar nulo o valor excedente, reduzindo, assim, até o limite da obrigação principal. Tal dispositivo se manteve no Código Civil de 2002.

Semelhança entre o § 343 do BGB e o Código Civil brasileiro veio a se concretizar com o advento do diploma de 2002, já que, acrescentando uma segunda parte ao que dispunha o antigo art. 924, atual art. 413, passou a ser expressamente permitida a redução judicial da cláusula penal quando se mostrar manifestamente excessiva.

Acerca da nulidade da cláusula penal, dispõe o § 344 do BGB:

§ 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.

(BGB/1896, § 344)

Limongi FRANÇA (1987, p. 53) esclarece o conteúdo do referido dispositivo legal: “[...] se a lei declara nula a promessa de uma prestação, nula também é a pena respectiva, mesmo que as partes hajam sabido desse vício da promessa”. No Código Civil brasileiro, a nulidade da cláusula penal em razão da nulidade da obrigação principal foi tratada expressamente apenas pelo legislador de 1916, embora o princípio permaneça o mesmo, inclusive cristalizado pelo brocardo *accessorium sequitur principale*. Vejamos o revogado art. 922 do código de antanho: “A nulidade da obrigação importa a da cláusula penal.”

Acerca de eventual impugnação da exigibilidade da pena, por parte do devedor, dispõe o § 345 do BGB que “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”. Na explicação de Limongi FRANÇA (1987, p. 53), “[...] se o devedor *impugna a exigibilidade da pena*, porque cumpriu a obrigação, há de provar o cumprimento, a menos que se trate de prestação negativa”.

Não houve, na legislação brasileira, disposição expressa acerca da impugnação à exigibilidade da pena convencional em razão do cumprimento da obrigação principal. E, parece-nos, andou bem o legislador pátrio, afinal não há necessidade de constar tal menção expressa no texto legal, visto que se trata de conclusão lógica. Uma vez que a cláusula penal é acessória, obviamente o

devedor se escusará de seu pagamento se houver cumprido regularmente com a relação obrigacional principal.

10.2. Na França

Como visto nos primeiros capítulos, a natureza jurídica da cláusula penal tem sido uma problemática constante para os estudiosos do tema. Conforme atesta NEVES (2006, p. 185), o mesmo ocorre na França, embora a doutrina reconheça, de modo geral, que o Código Napoleônico foi o principal divulgador da tese indenizatória.

O Código Civil francês, inspirador de tantos outros códigos, ao dispor sobre a cláusula penal tornou-se alvo de diversos questionamentos, pois apresenta, na mesma seção, uma figura que ao mesmo tempo prevê pena para o caso de mora e também para o caso de inadimplemento, e também prevê noutra seção distinta uma figura que se assemelha à cláusula penal, mas assim não foi denominada. Vejamos os comentários de Pinto MONTEIRO (1999, p. 540):

O *Code Civil* ocupa-se da figura [da cláusula penal] numa secção intitulada, precisamente, *Des obligations avec clauses pénales*, que compreende os arts. 1226 a 1233. Nos termos da primeira destas normas, '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'. Duas notas sobressaem desta noção: a cláusula penal constitui uma medida *coercitiva*, podendo ter por objecto uma *qualquer* prestação. Mas o art. 1229, por seu lado, afirma que ela é '*la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale*', norma que reflecte a adesão do legislador francês à tese *indenizatória*.

Analisemos o art. 1226 do Código Civil francês no original, consistente na conceituação do instituto da cláusula penal:

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.

Conforme tradução de FRANÇA (1987, p. 30), “Cláusula penal é aquela pela qual uma pessoa, para assegurar a execução de uma convenção, se obriga a alguma coisa em caso de inexecução”.

O art. 1229 do mesmo Código, por sua vez, demonstra a finalidade indenizatória do instituto em comento:

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.

A primeira parte do artigo supracitado explica que a cláusula penal é a compensação das perdas e danos que sofre o credor em razão da inexecução da obrigação principal. A segunda parte do artigo afirma que o credor não pode

exigir ao mesmo tempo o principal e a pena, a menos que o credor tenha estipulado a pena para simples mora.

Ocorre que, inserida em outra seção, o art. 1152 preceituava que se as partes, em vez de pactuarem uma cláusula penal, a fim de pressionar o devedor ao cumprimento, houverem se limitado a regular a indenização, a título de pré-liquidação do valor dos danos, não poderá o tribunal interferir nessa avaliação. É o que se depreende das palavras de MONTEIRO, que cita o texto legal original:

[...] preceitua o art. 1152 – norma esta inserida numa *outra* secção, intitulada *Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation* – que, ‘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’ Quer dizer: se as partes, em vez de estipularem uma cláusula penal, a fim de pressionar o devedor ao cumprimento, se tiverem limitado a regular a indemnização, *predeterminando o seu montante*, não poderá o tribunal substituir-se a elas nessa avaliação. (MONTEIRO, 1999, p. 540-541)

Refletindo sobre as distinções entre os preceitos dos arts. 1152 e 1229 do Código Civil francês, manifesta-se MONTEIRO (1999, p. 541-543):

Sendo ambas devidas a título de indemnização (arts. 1152 e 1229), a diferença entre si consistiria no seguinte: a primeira, serve para os contraentes se *furtarem* às contingências de uma avaliação *judicial*, podendo, eles próprios, efectuar antecipadamente essa avaliação, *liquidando*, desde logo, o dano, o que apresenta vantagens *para ambos*; a cláusula penal, por sua

vez, tutela o interesse *do credor* ao cumprimento, pelo que não é estipulada somente a fim de liquidar a indemnização, antes, sobretudo, a fim de *pressionar* o devedor. [...] Numa palavra, a concepção da pena como indemnização predeterminada impedia qualquer tomada de consciência quanto a uma eventual necessidade de distinguir aquela figura de uma outra, cujo escopo fosse exclusivamente reparatório. Essa *pré-concepção* da cláusula penal levou a que a doutrina e jurisprudência ignorassem o *diferente contexto sistemático* em que se insere o art. 1152, bem como o claro escopo *coercitivo* que o art. 1226 reserva àquela figura, passando a sua construção jurídica a fazer-se com base nos arts. 1152 e 1229, não obstante, igualmente, o elemento histórico apontar em sentido diverso.

Com o aparecimento de discussões acerca da imutabilidade da cláusula penal, criou-se corrente no sentido de que haveria a necessidade de intervenção na esfera privada. Tal corrente redundou na alteração legislativa promovida por meio da Lei 75-597, de 9 de julho de 1975. Por meio dessa reforma, acresceu-se a segunda alínea ao art. 1152, permitindo ao juiz interferir nos excessos da pena convencional.

Acerca da reforma legislativa de 1975, vejamos o pensamento de MONTEIRO (1999, p. 547):

Recusando-se a exercer qualquer tipo de controlo de penas excessivas, apesar dos inúmeros e variados esforços que a doutrina fazia, *maxime* após a difusão dos contratos de *leasing*, em ordem a combater as penas abusivas que estes incluíam, recusando-se a jurisprudência a exercer qualquer actividade fiscalizadora sobre o montante da pena estipulada, dizíamos, a

doutrina apelou abertamente a uma intervenção do legislador, apelo esse que a própria *Cour de Cassation* viria a subscrever. E foi assim que o legislador, correspondendo a essa solicitação, viria a modificar, pela lei n.º 75-597, de 9 de Julho de 1975, os arts. 1152 e 1231 do *Code Civil*. [...] Ao proceder deste modo, reconhecia o legislador francês aquilo que, de resto, já nem precisaria desse reconhecimento formal, isto é, que o art. 1152 faz(ia) parte das normas que disciplina(va)m a cláusula penal, não obstante ser um preceito que se situa fora de secção que o Código dedica(ra) a esta última. (Monteiro, 1999, p. 547)

Conforme elucida o mesmo autor (MONTEIRO, 1999, p. 550), por meio da reforma legislativa repôs-se a distinção entre a *clause pénale* e a *clause de dommages-intérêts*, até então ignorada. Assim, com a citada reforma, não há mais qualquer dúvida quanto ao fato de o art. 1152 referir-se ao instituto da cláusula penal, embora de espécie diferente da regulada nos arts. 1226 a 1233.

Vejamos, portanto, o art. 1152 do Código Civil francês devidamente atualizado:

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.

A primeira parte do dispositivo legal determina que quando as partes estipularem certa soma para ressarcimento dos danos, não podem as partes tornar unilateralmente tal soma maior, ou menor. O dispositivo legal, em sua segunda parte, acrescido pela reforma de 1975, determina que o magistrado poderá reduzir ou majorar a pena convencionada, se for manifestamente excessiva ou irrisória. Não podem as partes estipular a não intervenção do magistrado nesses casos de penas excessivas ou irrisórias.

Como se vê, atualmente, conforme a reforma legislativa de 1975, “a cláusula penal passou a subordinar-se, não obstante disposição contratual diversa, ao *poder de apreciação* do magistrado.” (FRANÇA, 1987, p. 33). Sobre o mérito da reforma legislativa, em que se acrescentou a segunda alínea ao art. 1.152, manifesta-se ROSENVALD (2007, p. 12-13): “O mérito maior das reformas foi o de acrescentar uma segunda alínea ao art. 1.152, concedendo ao juiz o poder de moderar ou de aumentar a cláusula penal convencionada, quando manifestamente excessiva ou irrisória”.

O Código Civil brasileiro, assim como o francês, permite a redução da cláusula penal pelo juiz quando “o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio” (art. 413, Código Civil de 2002). A legislação brasileira, entretanto, não mencionou a possibilidade de o magistrado majorar a cláusula penal caso seja irrisória, o que, a nosso ver, andou bem, pois caso o credor pretenda indenização maior deve abrir mão da pena convencional e provar toda a extensão do seu dano.

Acerca da imutabilidade da cláusula penal, dispõe artigo 1231 do Código de Napoleão:

Article 1231 En savoir plus sur cet article...

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.

(Código Civil francês/1804, art. 1231)

Referido artigo pode ser entendido no sentido de que quando a obrigação for parcialmente executada, a pena convencionada pode ser diminuída pelo juiz, mesmo *ex officio*, na proporção do interesse que significou para o credor a execução parcial, sem prejuízo da aplicação do art. 1152. Dispõe, ainda, que toda estipulação contrária se reputará não escrita.

No que se refere à nulidade da cláusula penal, o artigo 1227 do Código Civil francês dispõe que:

Article 1227 En savoir plus sur cet article...

Crée 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.

(Código Civil francês/1804, art. 1227)

Vê-se, pois, que a nulidade da obrigação principal implica a nulidade da cláusula penal, embora a nulidade da cláusula penal não implique a da obrigação principal. Isso porque a sorte da obrigação acessória será a da principal, mas o inverso não

é verdadeiro. O legislador de 1916 também fez previsão parecida, embora, expressamente, só tenha se referido à nulidade da cláusula penal quando a obrigação principal for nula.

10.3. Na Itália

O antigo Código Civil italiano, de 1865, reproduziu em seus artigos 1.209 e 1.212 o que previu o Código Civil francês de 1804 em seus artigos 1.226 e 1.229. Vejamos, pois, os artigos do antigo Código Civil italiano e, após, os do Código Napoleônico:

Art. 1209. 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.

(Código Civil italiano/1865, art. 1209)

Art. 1212. La clausola penale è la compensazione dei danni che soffre il creditore per l'inadempimento della obbligazione principale.

Il creditore non può domandare nel tempo medesimo la cosa principale e la pena, quando non l'abbia stipulata pel semplice ritardo.

(Código Civil italiano/1865, art. 1212)

Article 1226

Crée 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." (Código Civil francês/1804, art. 1226)

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.

(Código Civil francês/1804, art. 1229)

Percebe-se, portanto, que o art. 1209 do revogado Codice Civile del Regno d'Italia, assim como o já disposto no art. 1226 do Código Civil francês, conceituava a cláusula penal como aquela com a qual uma pessoa, para assegurar o adimplemento de uma obrigação, se obriga a algo no caso de inadimplemento ou retardo na execução.

Por sua vez, o art. 1212 da antiga legislação civil italiana, em sua primeira parte, tal qual o art. 1229 do Código de Napoleão, determinava que a cláusula penal é a compensação dos danos sofridos pelo credor em razão do inadimplemento da obrigação principal. Na segunda parte do dispositivo, determinava que o credor não poderia exigir ao mesmo tempo a coisa principal e a pena, quando não a houvesse estipulado para simples mora.

Foi justamente por tais preceitos mencionados que a doutrina majoritária passou a considerar a natureza jurídica da cláusula penal no direito italiano como sendo de dupla função, embora houvesse opinião contrária.

Vejamos as considerações de MONTEIRO sobre o assunto:

Em face destes preceitos, considerara CHIRONI ter a cláusula penal uma dupla função e uma natureza mista. Começando por constituir uma medida *coercitiva*, com o *fim* de assegurar o cumprimento da obrigação principal, ela teria por *efeito*, em caso de inadimplemento, a reparação do dano, representando, portanto, a obrigação de *indemnizar*. TRIMARCHI, porém, em face desses mesmos preceitos, viria falar, recorde-se, num *equívoco* da doutrina formada com base no Código antigo, por, em seu entender, em vez de ponto de apoio para o conhecimento de uma pena bifuncional, os arts. 1209 e 1212 permitirem considerar '*duas distintas hipóteses de cláusula penal*'. (MONTEIRO, 1999, p. 555)

ROSENVALD (2007, p. 14), por seu turno, esclarece que o advento do novo Código Civil italiano, em 1942, não resolveu a problemática da natureza jurídica da cláusula penal: "Com o advento do Código Civil de 1942, a situação de obscuridade não melhorou. Não existem dispositivos capazes de imprimir autonomia a cada figura de cláusula penal".

O art. 1.382 do atual *Codice Civile* estipula que a cláusula, com a qual se convencionou que, em caso de inadimplemento ou de atraso no cumprimento, um dos contraentes é obrigado a uma determinada prestação, tem o efeito de limitar o ressarcimento à prestação prometida, se não houver sido convencionada a ressarcibilidade de dano ulterior. A segunda parte do mesmo artigo acresce que a cláusula penal é devida independentemente da prova do dano.

Vejamos o artigo em comento, do Código Civil italiano de 1942, que está em vigor:

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.

(Código Civil italiano/1942, art. 1382)

Pela leitura do artigo, resta claro que ordenamento italiano limita o ressarcimento ao valor convencionado na cláusula penal, quer no caso de inadimplemento, quer no caso de retardamento, a menos que as partes hajam estipulado a possibilidade de indenização suplementar. No mesmo caminho caminhou o legislador brasileiro, conforme pode ser visto no parágrafo único do artigo 416 do Código Civil brasileiro.

Assim como disposto no Código Civil italiano de 1865, o atual diploma legislativo italiano proíbe, em seu art. 1383, a cumulação da cláusula penal com o cumprimento da obrigação principal, a não ser que se trate de multa em razão da mora. Vejamos:

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.

(Código Civil italiano/1942, art. 1383)

Tanto o Código Civil brasileiro de 1916 como o de 2002 fizeram previsão semelhante ao artigo 1383 do Código Civil italiano, acima mencionado. Para isso, o legislador brasileiro utilizou dois artigos e acrescentou também a hipótese de a cláusula penal apenas se referir a uma cláusula especial do contrato, podendo, então, ser exigida a penal convencional e também a satisfação da obrigação principal. Os antigos artigos 918 e 919 foram literalmente reproduzidos pelo novel legislador. Vejamo-los:

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

(Código Civil brasileiro de 2002)

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

(Código Civil brasileiro/2002)

Quanto à redução judicial da cláusula penal, dispõe o Código Civil italiano em vigor que a pena pode ser diminuída equitativamente pelo juiz se a obrigação principal está cumprida em parte ou se o montante da pena é manifestamente excessivo, devendo-se levar em conta o interesse do credor no adimplemento. É o que dispôs o art. 1384, *in fine*:

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).

(Código Civil italiano/1942, art. 1384)

Limongi França afirma que o referido artigo sofreu nítidas influências do § 343 do BGB: “A última parte do art. 1.384 mostra nítida influência do §343 do Código alemão, quanto ao *juízo de adequação*.” (FRANÇA, 1987, p. 57). Em relação ao ordenamento brasileiro, o Código Civil de 2002 fez previsão igual ao código italiano no que tange aos aspectos de redução da cláusula penal, influenciado igualmente pelo BGB:

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.

(Código civil brasileiro/2002)

Reitere-se que no Código Civil brasileiro de 1916 não havia previsão expressa para a redução nos casos de pena manifestamente excessiva; tão-só para os casos de cumprimento parcial da obrigação (art. 924, Código Civil de 1916).

Não há no Código Civil italiano disposição acerca da limitação para a estipulação do montante da cláusula penal, assim como não há, também, no BGB e no Código Napoleônico. Assim, não se verificam em tais códigos disposição semelhante ao disposto no atual art. 412 do Código Civil brasileiro, antigo art. 920, que teve influência das Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 70.

CONCLUSÕES

A cláusula penal lança suas raízes em tempos mais remotos do que os da civilização romana, de modo que já se mostrava presente entre os babilônios, gregos e egípcios. Contudo, é no Direito Romano que o instituto passa a receber tratamento jurídico específico e normatizado. Com o fim da responsabilidade corporal e a necessidade de reforçar o vínculo obrigacional, a *stipulatio poenae* ganha ênfase e passa a ser largamente utilizada, constituindo pena patrimonial privada, ajustada pelos próprios contratantes.

Entre os romanos, a cláusula penal não encontrou limitação. Poderia ser constituída de sanção extramamente grave e severa, atingindo o patrimônio do inadimplente em montante até mesmo superior à obrigação principal, desde que assim houvessem determinado as partes.

O Direito Romano, portanto, não conheceu limitação na cláusula penal. Séculos mais tarde, o BGB, ao dispor sobre o instituto, também não previu limitação para sua imposição, embora permitisse ao juiz tornar a pena equitativa em caso de manifesta desproporcionalidade. Da mesma maneira fez o Código de Napoleão, que por sua vez inspirou o Código Civil italiano: não houve, e não há, regra geral para limitação da cláusula penal.

Embora muito influenciado pelos códigos civis europeus, sobretudo o alemão e o francês, o Código Civil brasileiro de 1916 inovou no que diz respeito à limitação geral da cláusula penal, e o fez em seu art. 920, determinando que o valor da cominação imposta não poderia exceder o valor da obrigação principal. Podemos encontrar, nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Título LXX, em belíssimo português clássico, as sementes da limitação da cláusula penal, que acabaram por germinar de modo especial no Direito Civil brasileiro.

O Código Civil de 2002 reproduziu literalmente, em seu art. 412, o que dispunha o art. 920 do diploma legislativo de 1916, demonstrando a boa aceitação, pela doutrina e jurisprudência, da referida limitação a título de regra geral.

A limitação da cláusula penal tem o condão de evitar, no momento da elaboração do contrato, penas privadas desmedidas, as quais possivelmente dariam azo a litígios e culminariam em redução pelo poder judiciário, mediante provocação da parte interessada.

Assim, vemos méritos em tal disposição, que está em harmonia com a possibilidade de redução judicial da cláusula. A redutibilidade judicial é remédio ulterior ao contrato, restabelecendo equilíbrio e justiça ao negócio jurídico com cláusula penal iníqua, segundo análise do caso concreto; já a limitação legal constitui remédio preventivo, evitando, na gênese contratual, a fixação de cláusula penal injusta, segundo uma regra geral.

Há, entretanto, relações jurídicas de natureza obrigacional que demandam tratamento específico no que tange à limitação da cláusula penal. Ora para proteger a parte hipossufiente, ora para cumprir com a finalidade social de determinados contratos, o legislador vem elaborando leis especiais para regulamentar a limitação da cláusula penal, a qual varia desde 2%, nos casos de condomínio, até cem vezes o valor do salário anual, no caso de atleta profissional.

Vê-se, nesses casos de legislação específica, que a limitação está diretamente relacionada à função que cada modalidade de contrato exerce no seio da sociedade, assim como à repercussão econômico-social de sua inadimplência.

Nas relações de consumo, a limitação era de 10%, consoante disposição do Código de Defesa do Consumidor. Tal limitação foi reduzida para 2% por meio da alteração legislativa ocorrida em primeiro de agosto de 1996, pela Lei 9.298. Tal redução demonstra a intenção de proteger o consumidor, de modo que, atualmente, a cláusula penal entre fornecedor e consumidor encontra teto legal cinquenta vezes menor do que o teto legal para contratos em geral.

A Lei de Usura estipula, a título de limitação da cláusula penal, o valor correspondente a 10% da obrigação principal. Tal limitação atinge os contratos de empréstimo de dinheiro a juros, com o claro intuito do legislador de impedir simulações que escondessem, sob o manto da cláusula penal, juros exorbitantes. Não se justifica, portanto, a aplicação desse limite para contratos de outra natureza, como pretenderam alguns doutrinadores.

Também de 10% é a limitação para a cláusula penal na promessa de venda de terrenos loteados, provavelmente em razão da função social existente no parcelamento do solo. Ainda que anuam expressamente, a autonomia da vontade não pode transpor o limite legal, sob pena de nulidade do excedente. Importante citar que nessa modalidade de negócio jurídico, a Lei nº 6.766/79 exige que para a cobrança da cláusula penal haja mora superior a três meses, no claro intuito de proteger o adquirente de terrenos loteados, que não raro faz parte da população de baixa renda. Assim, previu o legislador que o adquirente pudesse passar por dificuldades financeiras no momento de pagar suas prestações, protegendo-o, então, não apenas com a limitação da multa, mas também com o requisito de mora superior a três meses.

No que tange aos condomínios, o art. 12, §3º, da Lei nº 4.591/64, dispunha que o condômino que não pagasse a sua contribuição no prazo fixado na convenção

ficava sujeito a multa de no máximo 20% sobre o débito. Essa limitação foi reduzida para 2% pelo novo Código Civil, equiparando-a ao mesmo nível das relações de consumo.

Não vemos méritos na redução da limitação em obrigações condominiais, sobretudo na dimensão realizada. Isso porque o condomínio edilício não tem o perfil de uma empresa, ou de um fornecedor: não busca o lucro, tampouco posiciona o condômino na condição de hipossuficiente.

Se na atividade comercial o inadimplemento do consumidor promove a diminuição do lucro do fornecedor, na relação condominial o inadimplemento de um condômino prejudica diretamente os demais condôminos, que se encontram na mesma condição jurídica do inadimplente, isto é, diferentemente do que ocorre na relação de consumo, não há no condomínio parte hipossuficiente e parte hipersuficiente. Além do que, tendo em vista multa tão ínfima, o condômino com dificuldades financeiras tende a quitar primeiramente as obrigações com multas superiores, preterindo o pagamento da contribuição condominial, proporcionando largo prejuízo para os demais.

No tocante às relações trabalhistas, o parágrafo único do art. 622 da CLT impõe limites à multa aplicada aos empregados ou empregadores que celebrarem contratos individuais de trabalho nos quais se estabeleçam condições contrárias ao que houver sido ajustado em convenção ou acordo que lhes for aplicável. A multa a ser imposta ao empregado não poderá exceder 50% daquela que, nas mesmas condições, seja estipulada para o empregador.

Já nos contratos de atletas profissionais, o art. 28 da Lei 9.615 de 24 de março de 1998, conhecida como Lei Pelé, acrescida pela Lei 9.981/2000, estipulou o limite da cláusula penal em até cem vezes o montante do valor da remuneração anual

pactuado. Vê-se que tal limite excede o da regra geral, determinado pelo Código Civil. Critérios de resolução de antinomia apresentam solução inconcussa: trata-se de legislação específica, a qual não foi revogada pelo Código Civil, permanecendo, pois, em pleno vigor. Mesmo porque o contrato de atletas profissionais, sobretudo os profissionais do futebol, aos quais o art. 28 em comento é obrigatoriamente aplicado, está permeado de peculiaridades, de modo que a cláusula penal substituiu o antigo e famigerado “passe”, tentando atribuir maior liberdade ao atleta, que tem a multa contratual automaticamente reduzida conforme se integralize cada ano de contrato cumprido.

Ressalte-se, entretanto, que o limite previsto no § 3º do artigo 28 da Lei Pelé também restringe a liberdade contratual do atleta profissional, em razão da alta limitação à cláusula penal imposta pela referida lei, além do fato de que não existem limites de multa para transações internacionais.

No que se refere às relações de inquilinato, não há previsão legal expressa para limitação da multa. Em que pese a ginástica hermenêutica de alguns doutrinadores, no intento de estender a limitação da cláusula penal prevista no Código de Defesa do Consumidor ou na Lei da Usura aos contratos de locação, fato é que estes contratos não possuem limitação para as multas, aplicando-se a regra geral do Código Civil, qual seja, não pode exceder o total do débito.

Obviamente, em havendo multa manifestamente excessiva e desproporcional, caberá ao juiz, a requerimento da parte, adequar o valor da cláusula penal a um patamar coerente. Parece-nos, entretanto, que peca o legislador ao omitir-se em relação à limitação da multa aplicável aos contratos de locação, haja vista o eminente caráter social de tais relações jurídicas.

Não nos parece razoável que a multa, nos contratos de locação, tenha limite de 100% do valor do débito, uma vez que o legislador impôs, por exemplo, limite de 2% para contribuições condominiais, 2% para relações de consumo e 10% para promessas de venda de terrenos loteados, mostrando o claro intuito de proteger relações jurídicas de cunho social, como o é a relação locatícia. Entretanto, uma vez omissa a lei, cabe ao juiz aplicar o disposto no art. 413 do Código Civil e adequar, no caso concreto, a cláusula penal que for manifestamente excessiva.

Enfim, por meio da pesquisa realizada concluímos que o legislador pátrio andou bem em atribuir, desde 1916, limitação geral à cláusula penal, ao arrepio do que dispuseram o BGB e o Código Napoleônico, assim como, em nosso entender, caminha bem ao limitar as penas privadas conforme a natureza e finalidade de cada negócio jurídico que mereça tratamento especial, por meio de legislação específica. Deve-se levar em conta, entretanto, que quanto maior for a limitação e a proteção ao devedor, menor será a força coercitiva do instituto.

Concluímos, também, que a possibilidade de redução equitativa da cláusula penal pelo juiz não exclui a necessidade de prévia limitação legal, pois tais limitações têm o condão de evitar que contratos sejam constituídos, desde sua gênese, com cláusula penal excessiva, evitando, portanto, demandas judiciais.

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.
- CRETELLA 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*. 2ª 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: EMLASA, 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*. 17º 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*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 11.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Obrigações: abordagem didática*. 4ª 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 1341º.- 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 1342º.- 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 1343º.- 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 1344º.- Oportunidad de estipulación

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

Artículo 1345º.- Accesoriedad de cláusula penal

La nulidad de la cláusula penal no origina la de la obligación 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 aplicacion 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 contra varios, 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.