

A Cláusula Penal

Juliano Lago*

Conceito – Forma – Aplicação e Objeto – Incidência
Cláusula Penal e Outros Institutos de Direito Civil
Espécies – Cláusula Penal Moratória e Compensatória
Limitação Legal – Redução Judicial
Taxionomia e a Matéria no Novo Código

1. CONCEITO

O Código Civil Brasileiro não traz um conceito para o instituto da cláusula penal e trata já no seu art. 916, primeiro dedicado à matéria, da forma pela qual se dá sua constituição, restando à doutrina a tarefa de conceituá-la.

Sendo assim, inicie-se pela lição do autor do Projeto do Código, Clóvis Beviláqua, segundo o qual a “cláusula penal é um pacto acessório, em que se estipulam penas e multas, contra aquele que deixar de cumprir o ato ou fato, a que se obrigou, ou, apenas, o retardar”, conceito este seguido pelo especialista Múcio Continentino.

Para Tito Fulgêncio, bem mais sucinto, “é aquela em que se estabelece uma prestação para o caso de inexecução da obrigação” .

Orosimbo Nonato define-a como a “disposição contratual ou testamentária que faz pesar no devedor certa prestação quando for ele inadimplente ou moroso quanto à obrigação principal” .

Caio Mário, por sua vez, diz que “a cláusula penal ou pena convencional – stipulatio poenae dos romanos – é uma cláusula acessória, em que se impõe sanção econômica, em dinheiro ou outro bem pecuniariamente estimável, contra a parte infringente de uma obrigação” .

Limongi França, autor da obra nacional mais recente e completa acerca da matéria, após seu profundo estudo e revendo seu próprio conceito, exposto em seu Manual de Direito Civil, formula longo conceito, o qual merece aqui reprodução:

A cláusula penal é um pacto acessório ao contrato ou a outro ato jurídico, efetuado na mesma declaração ou 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 cumprimento da obrigação principal, bem assim, ordinariamente, constituir-se na pré-avaliação das perdas e danos e em punição do devedor inadimplente .

Muitos outros conceitos, de autores nacionais ou estrangeiros, antigos ou contemporâneos, poderiam ser aqui arrolados, mas a breve exposição mostra-se suficiente para proporcionar uma idéia da cláusula penal, bem como para demonstrar que os mais diversos pontos de vista há sobre ela, ora sendo entendida como sanção, ora como reforço, ora como pré-avaliação de perdas e danos, ora ainda como uma figura mista das anteriores, assunto a ser tratado mais profundamente adiante.

2. FORMA

A manifestação de vontade em atos jurídicos, segundo o art. 129 do Código Civil, não depende de forma especial, salvo quando a lei a exigir.

O art. 916 dispõe apenas que a cláusula penal pode ser estipulada conjuntamente com a obrigação ou em ato posterior, ato este que, obviamente, deve se dar antes do inadimplemento, posto que, do contrário, perderia a razão de existir, ou na expressão popular, seria pôr fechadura em porta arrombada.

Mas, independente do momento em que for estipulada a cláusula, ela possui os mesmos caracteres e gera os mesmos efeitos, não havendo motivo para prestar-lhe denominações distintas, como quer parte da doutrina: cláusula penal seria a pactuada conjuntamente com a obrigação e chamar-se-ia pena convencional àquela estipulada em ato posterior.

“A diferença é puramente verbal, tratando-se, num e noutro caso, da mesma obrigação penal, conhecida na denominação verbal, por multa” , na lição de Continentino.

Quanto à cláusula penal, portanto, o legislador não previu forma especial. Contudo, ela é uma obrigação acessória e, assim, a sua forma deve seguir a da obrigação principal.

Desse caráter de acessoriedade, decorrem duas outras conseqüências: a nulidade da cláusula penal não acarreta a da obrigação principal; mas, de outro lado, a nulidade desta implica a da cláusula penal, consoante o disposto no art. 922 do Código.

Além disso, resolvida a obrigação sem culpa do devedor, a impossibilidade de adimplemento da obrigação não lhe pode ser imputada, resolvendo-se também a cláusula penal, de acordo com o art. 923 do Código.

3. APLICAÇÃO E OBJETO

A aplicação da cláusula penal, apesar de mais freqüente nos contratos, não se encontra restrita a eles, podendo ser igualmente inserida em atos unilaterais, como no testamento, por exemplo, “reforçando a obrigação de o herdeiro pagar o legado” .

Do mesmo modo, pode destinar-se ao reforço das obrigações de apenas um dos contraentes, como é o caso do mútuo ou do testamento, ou pode ser estipulada para reforço das obrigações de ambos os contraentes, como é o caso da locação.

No contrato de mútuo, por exemplo, comumente, prevê-se cláusula no seguinte sentido: “o mutuário devolverá ao mutuante o valor x, acrescido dos juros y, na data dd/mm/aa; mas, em havendo atraso, pagará ainda o valor z, a título de pena. Perceba-se que apenas o mutuário está sujeito à pena”.

Já no contrato de locação, a cláusula em geral é estipulada para ambos os contratantes, como no exemplo: “o contrato de locação terminará em dd/mm/aa; a rescisão do contrato antes do seu termo final, implicará ao contratante que der causa à rescisão o dever de pagar ao outro o valor z, a título de pena”.

Quanto ao objeto, apesar de, geralmente, ser estipulada em dinheiro, por ser o método mais prático, corrente e que corresponde melhor ao seu objetivo, pode a cláusula penal ter por objeto outro tipo de prestação.

No ensinamento de Beviláqua, “não se confunde esta pena convencional com as repressões impostas pelo direito criminal, as quais cabe somente ao poder público aplicar em nossos dias. A penal convencional é puramente econômica, devendo consistir no pagamento de uma soma ou execução de outra qualquer prestação, das que podem ser objeto de obrigações” .

4. INCIDÊNCIA

Sendo a cláusula penal estipulada para o caso de inadimplemento, seja ele absoluto ou simples mora – como melhor se diferenciara adiante –, importante saber-se qual o momento em que ele se verifica ou, em outras palavras, quando a pena torna-se exigível.

O art. 921 ocupa-se da questão: “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”.

O texto do artigo, na verdade, não atende à melhor técnica. Bastaria o legislador estipular que “incorre o devedor na cláusula penal quando constituído em mora”, porquanto

vencer o prazo da obrigação implica a própria constituição em mora do devedor. Significa dizer que, nas obrigações com prazo, basta que o seu termo se dê sem o adimplemento da prestação para que o devedor se encontre imediatamente constituído em mora, conforme indica a primeira parte do art. 960 do Código: “O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo constitui de pleno direito em mora o devedor”.

A expressão “de pleno direito” significa que é desnecessária qualquer providência complementar, no caso, “tempus interpellat pro homine”.

Já nas obrigações sem prazo estabelecido, de acordo com a segunda parte do art. 960, a mora “começa desde a interpelação, notificação, ou protesto”, seja judicial, seja extrajudicial, porquanto a lei não faz qualquer restrição nesse sentido.

Mas a atitude do legislador no texto do art. 921 é compreensível, pois pretendeu ele distinguir claramente a mora ex re da mora ex persona, ou seja, na primeira, o prazo por si só constitui imediatamente o devedor em mora, mas, na segunda, exige-se um ato (interpelação, notificação, etc) do credor para a constituição em mora.

Outra questão referente à incidência da cláusula penal diz respeito às obrigações divisíveis ou indivisíveis e vem disposta nos arts. 925 e 926 do Código.

Sendo a obrigação divisível, responde pela pena o devedor inadimplente ou seu herdeiro, proporcionalmente à sua cota na obrigação.

Mas tratando-se de obrigação indivisível, todos os devedores e seus herdeiros obrigam-se à pena, na proporção de suas respectivas cotas, ainda que a falta tenha sido de apenas um deles, cabendo aos não culpados ação regressiva contra o inadimplente. A totalidade da pena, porém, somente pode ser cobrada do culpado.

5. CLÁUSULA PENAL E OUTROS INSTITUTOS DE DIREITO CIVIL

Por vezes, na doutrina ou mesmo na jurisprudência verificam-se equívocos entre cláusula penal e outros institutos de direito civil com os quais aquela mantém alguns aspectos análogos, donde surge a necessidade de, ainda que perfunctoriamente, diferenciá-los.

5.1. CLÁUSULA PENAL E CONDIÇÃO

Giuseppe Piola ensina que “inegável se nos depara o fato de constituir o instituto que tratamos uma obrigação condicional, pois a commissio poenae está na dependência da inexecução ou da execução inadequada da obrigação que visa a fortalecer, não sendo necessário acentuar que, evidentemente, se trata de evento futuro e incerto” .

Mas o mestre italiano equivoca-se porque se a cláusula penal fosse condicional, ela deixaria de ser uma obrigação acessória e subsidiária para tomar o lugar da própria obrigação principal, em detrimento desta, que passaria a ser uma obrigação meramente eventual.

Por exemplo, se não realizar a prestação y, pagar-me-á a pena x – no caso, a prestação é um evento futuro e incerto, uma incerteza, não uma obrigação assumida, é apenas uma condição para a pena.

A situação da cláusula penal é diversa: realizará y; se não a realizar, pagar-me-á a pena de x. A prestação principal é assumida, é o objeto da obrigação, pois a expectativa é pelo seu cumprimento, mas descumprida, acarreta a obrigação subsidiária e acessória, a pena.

A jurisprudência também confunde os dois institutos, como se depreende do seguinte julgamento do Superior Tribunal de Justiça:

Civil — Ação Cominatória cumulada com Indenizatória — Obrigação condicional — Multa — CC, art. 920.

Ação Cominatória cumulada com pedido de indenização. Multa estipulada para o caso de descumprimento de obrigação de não fazer. Obrigação condicional.

A multa prevista em correspondência havida entre as partes apresenta-se com semelhança a uma cláusula penal, mas é na realidade uma obrigação condicional: em hipótese de descumprimento do compromisso assumido de não produzir imitações, total ou parcialmente, das etiquetas concebidas pela autora, a ré pagaria àquela a quantia equivalente a 10.000 salários mínimos. Embora se trate de uma obrigação condicional, a ela aplica-se a norma do art. 920 do Código Civil.

Recurso especial conhecido, em parte, e provido para limitar a multa ao valor da obrigação principal, no caso, a importância correspondente às conseqüências do descumprimento da obrigação de não fazer, a ser determinada em liquidação por arbitramento.

(REsp nº 37.191-0 — SP. Rel. Min. BARROS MONTEIRO. Quarta Turma. Maioria. DJ 05/06/95).

Perceba-se que, no caso julgado, a obrigação principal assumida pela ré era a de não produzir imitações, sob pena de as produzindo, ter que pagar à autora a pena equivalente a 10.000 salários mínimos. A interpretação do respeitável Acórdão, entretanto, foi equivocada, entendendo que o descumprimento da obrigação era condição para a pena, passando esta de obrigação acessória a principal. Ao final, o julgador acabou por equiparar ambas as figuras – cláusula penal e obrigação condicional –, aplicando-lhe, ainda que por

via transversa, mas agora com correção, o limite legal previsto para a pena no art. 920 do Código.

5.2. CLÁUSULA PENAL E OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA

Serpa Lopes coloca que “tem-se obrigação alternativa, quando várias coisas estão submetidas ao vínculo obrigacional de tal modo, porém, que só uma dentre elas pode ser objeto de pagamento” .

Em geral, as diversas obrigações alternativas concentram-se em uma única para pagamento por meio de escolha, seja do credor seja do devedor.

A cláusula penal, ao contrário, não confere a qualquer das partes direito de escolha, visto que não se coloca ao lado da obrigação principal, como uma alternativa, mas sim como obrigação acessória e subsidiária à obrigação principal, surgindo seus efeitos apenas com o inadimplemento desta.

O seu objetivo é o de reforçar a obrigação principal, jamais de apresentar-se como alternativa ao seu adimplemento.

A confusão com a obrigação alternativa ocorre principalmente em função do disposto no art. 918 do 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”.

Mas, o artigo não cria um direito de opção ao credor, no qual lhe caiba escolher entre a obrigação principal e a cláusula penal, pois, repita-se, esta surge apenas do inadimplemento daquela, como uma penalidade – as obrigações alternativas, de outra forma, são autônomas, perfeitamente independentes entre si, sem relação de subsidiariedade.

Na verdade, referindo-se à cláusula penal compensatória, duas importantes idéias se extraem desse dispositivo legal: primeiro, que a possibilidade de exigir a pena não impede o credor de agir no sentido de obter a execução direta da obrigação principal; e, segundo que, por outro lado, não lhe é possível cumular ambos os pedidos, a execução da obrigação e a pena, cabendo a ele, agora sim, fazer a opção por uma delas.

5.3. CLÁUSULA PENAL E CLÁUSULA DE ARREPENDIMENTO

Da mesma forma, não se confundem os institutos da cláusula penal e da cláusula de arrependimento ou multa penitencial, ainda que se encontre nesta, também, um caráter punitivo.

A cláusula de arrependimento pode ser estipulada pelos contraentes no momento em que prestam arras, ou seja, aquele sinal, bastante usual nos negócios, mediante o qual se firma a presunção de acordo final, de obrigatoriedade do pacto. O contraente, arrependendo-se do contrato, pode dele desistir; contudo, sendo o arrependido aquele que prestou as arras, perdê-las-á em proveito do outro, e, sendo o arrependido aquele que as recebeu, restitui-las-á em dobro (art. 1.095, CC).

Enquanto a cláusula penal tem por função assegurar o adimplemento da obrigação, como uma segurança em favor do credor, as arras visam ao desaparecimento da obrigação por meio do exercício do direito de arrependimento, em benefício do devedor.

Com efeito, a cláusula penal reforça o vínculo obrigacional, estabelecendo que o devedor é obrigado ao cumprimento da prestação, sob pena de sofrer a pena, ao passo que as arras aliviam o vínculo, criam para o devedor a faculdade de não cumprir o pactuado, desde que pague a quantia estipulada.

Na conclusão de Karl Larenz: “a cláusula penal se estipula contra o devedor que não cumpre, ou contra o que dê execução inadequada à sua obrigação, enquanto a multa poenitentialis importa em indenização por uma expectativa não realizada” .

5.4. CLÁUSULA PENAL E JUROS

Os juros também não se confundem com a cláusula penal.

Juros, na definição de Crome, é “a compensação ministrada pelo devedor ao credor em razão do uso de uma quantidade de coisas fungíveis” – via de regra, é a remuneração que o credor exige do devedor por se encontrar privado de determinada soma em dinheiro devida àquele a que faz jus.

Ainda que eventualmente os juros aparentem um certo caráter sancionatório e coercitivo, punindo o atraso, não é esta a sua finalidade. Sua natureza jurídica é de frutos civis, ou seja, são utilidades que a coisa fornece sem diminuição da sua substância, rendimentos decorrentes do uso do capital, de uma relação jurídica.

Diferentemente, a cláusula penal, ainda que moratória, exigível conjuntamente com a obrigação principal, tal qual os juros, não representa um fruto pelo uso da coisa, mas uma pena pelo inadimplemento daquela obrigação.

Feita a distinção, resta a questão da possibilidade da cumulação dos juros e da cláusula penal. É perfeitamente possível a cumulação, mesmo porque o art. 1.061 do Código Civil dispõe nesse sentido: “as perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, consistem nos juros da mora e custas, sem prejuízo da pena convencional”.

6. ESPÉCIES - CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA E COMPENSATÓRIA

O Código Civil brasileiro prevê no seu art. 917 que “A cláusula penal pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora”.

Referindo-se a pena à inexecução completa da obrigação, trata-se da cláusula penal compensatória, ao passo que, referindo-se à inexecução de alguma cláusula especial ou à mora, trata-se da cláusula penal moratória.

A diferença entre as modalidades começa pelo núcleo de direitos a que cada uma visa proteger: enquanto a compensatória destina-se a evitar o inadimplemento integral da obrigação, a moratória dirige-se à proteção do cumprimento de determinada cláusula ou ao fiel cumprimento da obrigação, quanto à forma, ao lugar e, primordialmente, ao tempo estipulados.

Os artigos seguintes trazem os diferentes tratamentos devidos a cada uma das modalidades da figura, in verbis:

Art. 918. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

Art. 919. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

A distinção tem enorme relevância prática, já que os efeitos atinentes a cada uma das espécies são bastante diferentes: enquanto a compensatória supre a falta de cumprimento da obrigação principal, como alternativa por escolha do credor a partir do inadimplemento, a moratória não substitui o direito à execução da obrigação principal, mas é exigível conjuntamente com este.

Nesse sentido a jurisprudência:

Hipótese clara de aplicação de cláusula penal, por não concluída construção no prazo estabelecido contratualmente. Ausência de prova da empresa construtora de que a demora resultasse de alterações nos planos da obra por iniciativa da parte autora da demanda. 2. O recebimento do bem não faz desaparecer os efeitos da mora, pois pode ser cumulativa a cláusula penal com a exigência de execução do contrato, quando aquela é prevista para a simples mora (e não para a inexecução do contrato). 3. Cláusula penal que não ultrapassa os limites do art. 920 do CC.

(Ap.Cível nº 191008242 – Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul – Rel. Juiz Sérgio Gischkow Pereira – Terceira Câmara Cível – DJ 05.06.91)

Seguindo-se a idéia indenizatória da cláusula penal, a compensatória visaria reparar o prejuízo pelo inadimplemento da obrigação no seu todo, ao passo que a moratória visaria indenizar apenas um descumprimento parcial, quanto ao lugar, modo ou, via de regra, quanto ao tempo da prestação assumida.

Mas nem sempre é tarefa fácil identificar-se diante de que espécie de cláusula penal se está.

A lição é que, não tendo as partes declarado explicitamente a sua intenção, deve-se examinar: a índole do ato jurídico; o objetivo a que as partes se propuseram; e o valor da pena frente ao valor da obrigação principal.

Em geral, na prática a indicação de maior valia resulta do confronto entre o valor da pena e o da obrigação principal: sendo o valor da pena equivalente ou próximo ao valor da obrigação, provavelmente estar-se-á diante de uma compensatória, visto que esta é utilizada para evitar a inexecução total da obrigação; ao passo que, sendo o valor da pena ínfimo se comparado ao da obrigação principal, a indicação é de estar-se diante de uma moratória, porquanto esta se dedica a evitar a simples mora, geralmente, um mero atraso.

Ressalte-se que não há razão para a vedação do acúmulo de ambas as penas convencionais. É perfeitamente possível, num mesmo ato jurídico, estipular-se uma pena para o total inadimplemento e outra para o inadimplemento de uma determinada cláusula ou para a mora.

Desse modo, interessa distinguir inadimplemento absoluto e mora.

A doutrina dominante distingue a mora do inadimplemento absoluto, apontando que na primeira há ainda a possibilidade de ser cumprida a obrigação; e no segundo, já é impossível ao devedor executá-la.

Agostinho Alvim, entretanto, esclarece que “a distinção reside, efetivamente, na possibilidade ou impossibilidade, mas essa possibilidade ou impossibilidade, com maior precisão, não há de se referir ao devedor e sim, ao credor: possibilidade ou não de receber a prestação, o que é diferente” .

Assim, numa obrigação de fazer personalíssima, se um pintor famoso não quer realizar a tela prometida, não se pode dizer que o cumprimento da obrigação se tornou impossível para ele – basta ele desejar realizar a obra e esta será possível novamente. O credor sim é que fica impedido de receber, caracterizando-se por isso o inadimplemento absoluto e o cabimento de indenização completa.

Portanto, o critério para diferenciação, tem por base um fato de ordem econômica: a possibilidade ou não, para o credor, de receber a prestação que lhe interessa.

Por outro lado, em se tratando de obrigação não personalíssima, da pintura de um muro, o devedor recusando-se a fazê-lo, pode o credor obter a prestação do serviço por terceiro às custas do devedor (881, CC). Mas não pode o credor exigir indenização total do devedor porque haveria seu enriquecimento sem causa; da mesma forma, não pode o devedor apenas repassar o pagamento para o terceiro porque houve retardo na prestação do serviço ao credor; o que deve haver, então, é o cumprimento da prestação por terceiro às expensas do devedor e o direito do credor a indenização por eventuais perdas e danos por força da mora, conforme o art. 1.056 do Código Civil. Aqui, diferentemente do caso da obrigação personalíssima, em que houve inadimplemento absoluto, o que ocorreu foi apenas mora, porque ao credor apresentou-se a possibilidade de obter o serviço por outra alternativa, ainda que tardia.

Enfim, inadimplemento é gênero dos quais são espécies o inadimplemento absoluto e a mora. O primeiro traduz-se na impossibilidade do credor em receber a prestação assumida pelo devedor, enquanto a segunda representa a impossibilidade do credor recebê-la no tempo, lugar ou forma convencionados, mas restando ainda a possibilidade de recebê-la.

7. LIMITAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL

Em que pese o Código pátrio ser um diploma legal elaborado sob a égide do modelo liberal, privilegiando a autonomia da vontade e o individualismo, estabeleceu o legislador limites de interesse público aos atos jurídicos privados.

Nesse quadro de limitações à autonomia da vontade é que se encaixa o art. 920 do Código Civil, quando dispõe: “O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”.

Porém, o próprio autor do projeto do Código, Beviláqua, observa em seus comentários que: “O limite imposto à pena por este artigo não se justifica. Nasceu da prevenção contra a usura, e é uma restrição à liberdade das convenções, que mais perturba do que tutela os legítimos interesses individuais” .

Por outro lado, parece que a restrição do art. 920, na verdade, acompanha a tendência legislativa de proteção pelo Estado dos particulares em suas relações jurídicas, com normas de ordem pública hábeis a mitigar as diferenças entre os indivíduos, buscando colocar seus interesses em equilíbrio. Exemplos dessa intervenção são a Lei da Usura (Decreto nº 22.626/33), que, em pleno Estado Novo, veio proibir a cobrança de juros acima do que suas normas dispunham, e, primordialmente, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), o qual impõe normas que, elevadas à ordem pública, derroga a liberdade contratual nas relações de consumo, com vistas à proteção dos interesses privados da figura definida na Lei como consumidor.

A atitude do legislador é justificável, segundo a famosa expressão de Lacordaire, lembrada por Orlando Gomes: “Entre o fraco e o forte é a liberdade que escraviza e a lei que liberta” .

Mas e se o valor da cláusula estipulada ultrapassar o limite previsto no art. 920 – “o da obrigação principal” –, esta continua operante na parte em que não é excessiva?

Esse é o exato sentido, porque, se de um lado a redução judicial visa reconduzir as partes ao equilíbrio na relação, de outro, a inoperância total da cláusula, porque estipulada em valor acima do limite legal, premiaria a inadimplência do devedor, o que contrasta com toda a teoria geral das obrigações.

Já em 1917, conforme cita Limongi, “pronunciava-se o Tribunal de Justiça de São Paulo, ante a Apelação nº 8.852, no sentido de que ‘a multa convencional não pode ser superior ao valor do contrato. Quando o for, deverá ser reduzida àquele valor’” .

Beviláqua, acerca da atitude do juiz perante uma cláusula de valor acima do teto legal, assinala: “Como está prescrito neste artigo, cabe ao juiz, perante o qual correr o pleito, reduzir a pena ao valor da obrigação, independentemente de solicitação da parte interessada. É uma disposição de ordem pública” .

Portanto, a adequação do valor da pena ao limite legal prescinde de pedido do litigante interessado, devendo ser realizada de ofício pelo magistrado, porque questão de ordem pública, sem que assista razão à outra parte em alegar julgamento extra petita.

Esclareça-se, entretanto, tratar-se da redução do valor da pena até o valor da obrigação, apenas para que aquele não ultrapasse este, mas não de reduzi-lo para menos do teto legal, porque se parte do princípio da irredutibilidade da pena, conforme se vislumbrará adiante.

7.1. LEI DA USURA

Muito se discutiu na doutrina e diferentes posições se viram na jurisprudência se a Lei da Usura, como ficou conhecido o Decreto nº 22.626, de 07.abr.1933, teria ou não revogado dispositivos do Código Civil referentes à cláusula penal, dada a redação dos seus seguintes artigos, in verbis:

Art. 8º. As multas ou cláusulas penais, quando convenionados, reputam-se estabelecidas para atender a despesas judiciais e honorários de advogados e não poderão ser exigidas quando não for intentada ação judicial para cobrança da respectiva obrigação.

Parágrafo único. Quando se tratar de empréstimo até cem mil cruzeiros e com garantia hipotecária, as multas ou cláusulas penais convenionadas reputam-se estabelecidas para atender, apenas, a honorários de advogado, sendo as despesas judiciais

pagas de acordo com a conta feita nos autos da ação judicial para cobrança da respectiva obrigação.

Art. 9º. Não é válida cláusula penal superior à importância de 10% (dez por cento) do valor da dívida.

Diante dos dispositivos citados, o próprio Beviláqua, em seus comentários ao Código, no art. 919, assevera: “O Dec. nº 22.626, de 7 de Abril de 1933, arts. 8 e 9, alterou o conceito da cláusula penal segundo o Código Civil e a melhor doutrina” . No artigo imediatamente anterior coloca: “O próprio artigo 918 do Código Civil não subsiste” . E segue o ilustre autor no mesmo entendimento, da revogação da matéria no Código, quando comenta os arts. 920, 924 e 927 do Código.

Outros autores e parte da jurisprudência tenderam a visão semelhante da questão, como revela ementa da Apelação Cível nº 71.330, do Tribunal de Justiça do antigo Estado da Guanabara: “A cláusula penal não deve exceder de 10% do débito, aplicando-se tal princípio aos contratos de locação” .

Então, a partir do Decreto 22.626/33 a cláusula penal teve seu conceito alterado? Sua função passou a estar estritamente ligada a despesas processuais e honorários advocatícios? E o limite do art. 920 foi revogado, passando a ser válida a estipulação apenas até 10% do valor do débito?

Realmente, uma primeira leitura dos referidos dispositivos legais pode sugerir a idéia de que eles disciplinaram a cláusula penal diferentemente do que o Código Civil e, portanto, as normas deste, anteriores e incompatíveis com o Decreto, estariam revogadas.

Entretanto, há que se observar a extensão da aplicação do Decreto.

O seu art. 1º, é verdade, prescreve norma válida a quaisquer contratos: “É vedado, e será punido nos termos desta Lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal”. Mas, o respectivo mandamento se circunscreve, tão-somente, à matéria de juros, que não podem ser superiores ao dobro da taxa legal, nada tendo que ver com o que tange à pena convencional, à multa penitencial, e outros institutos.

Mais claramente se percebe a restrição ao alcance do Decreto mediante uma interpretação sistemática, atentando-se para os motivos que levaram à promulgação da referida norma. A Lei da Usura surgiu com os propósitos de regular, impedir e reprimir os excessos praticados pela usura e evitar que o capital tivesse remuneração exagerada impedindo o desenvolvimento das classes produtoras, o que se evidencia pela leitura dos seus “considerandos” – e daí o própria nomenclatura pela qual ficou conhecido o Decreto.

Limongi conclui, então: “a toda a Lei da Usura, exceto nas matérias inequivocadamente extensivas, deve dar-se interpretação estrita, de modo a circunscrevê-la

ao contrato de mútuo, posto tratar-se de diploma com finalidades específicas, além do seu caráter de lei de exceção” .

Na mesma linha, explica Arnaldo Wald: “A tese dominante atualmente é no sentido de restringir a aplicação do texto do Decreto nº 22.626 aos contratos de mútuo, por se referir a lei mencionada à usura e à limitação dos juros, visando evitar que, sob forma de cláusula penal, pudesse ser cobrada uma taxa usurária” .

Outrossim, a própria hierarquia das normas legais é impedimento a que o Decreto tivesse força para realizar alterações no texto do Código Civil, enquanto Lei Ordinária.

Mas, mesmo com a aplicação do Decreto restrita ao contrato de mútuo, cabe analisar a redação do seu art. 9º, que diversamente do art. 920 do Código, pelo qual “o valor... não pode exceder...”, estabelece que “não é válida cláusula penal superior à importância de 10%”. Apesar da redação diversa, o entendimento aqui deve ser análogo ao dado ao texto do Código, segundo o qual a cláusula, ainda que exceda ao limite legalmente determinado – no mútuo, de 10% –, deve permanecer válida naquele tanto em que não ultrapassar o teto legal. Outra interpretação, pela total invalidade da cláusula, iria de encontro ao princípio da fidelidade no cumprimento das obrigações assumidas, porquanto premiaria a inadimplência do devedor.

7.2. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), no seu art. 52, § 1º, dispunha, na redação originária, que “as multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigação no seu termo não poderão ser superiores a dez por cento do valor da prestação”.

O texto retomava o limite adotado na Lei da Usura de 10%, com o benefício em favor do consumidor de em vez de aplicar-se ao valor total da dívida, circunscrever-se o percentual ao valor da prestação.

Mas a Lei 9.298/96, publicada no DOU de 02.ago.96, modificou a redação original do parágrafo, reduzindo o limite da pena a 2%.

A norma em exame não se aplica para a inexecução completa da obrigação, mas para a mora mais usual, em função do tempo do pagamento. Assim, em atraso o pagamento pelo devedor, de acordo com o art. 919 do Código Civil, “terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal”.

“A disposição legal ora comentada não impede a fixação de cláusula penal compensatória, nem limita o direito do fornecedor de haver perdas e danos do consumidor” , conforme comentam os autores do anteprojeto da Lei. Porém, uma vez fixada a compensatória, não pode o credor exigí-la conjuntamente com a obrigação principal ou com perdas e danos, cabendo a este optar por uma das alternativas.

Não resta dúvida, este limite de 2% sobre o valor da prestação aplica-se apenas às relações de consumo, assim entendidas aquelas que se enquadram nos conceitos que a própria Lei fornece.

Há, todavia, manifestações de alguns fornecedores que criticam a aplicação do limite a todas as relações de consumo, argumentando que este deveria se restringir aos contratos que envolvam outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, haja vista estar o parágrafo primeiro inserido no art. 52, cuja redação do caput é a seguinte: “No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o

fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:”

Ainda que a argumentação tenha razão de ser e mereça análise mais profunda, não é essa questão cuja solução vise resolver o presente trabalho, restando assinalar o posicionamento dos autores do anteprojeto, para quem “o novo percentual aplica-se a todos os contratos de consumo” .

Outros diplomas, com diferentes limites ao valor da cláusula penal, poderiam ser citados, mas os mais importantes deles já foram aqui explicitados.

Apenas para ilustrar a importância e a dificuldade ainda encontradas na extensão da aplicação dos diversos limites legais, demonstram-se os equívocos “lecionados” por um professor universitário, em trabalho publicado por recente periódico jurídico de grande credibilidade no país.

O autor do trabalho trata dos limites da multa nos contratos locatícios (regidos pela Lei 8.245/91) e começa por excluir a relação entre locador e locatário do âmbito de aplicação do limite de 2% estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor, por não se tratar de relação de consumo.

A seguir, então, questiona: “qual é, dentro da lei o percentual máximo que pode ser estipulado para o caso de atraso no pagamento de aluguéis?”. E responde no sentido de que o limite é de 10%, determinado pelo Decreto 22.626/33, “por aplicar-se o referido decreto à esmagadora maioria dos negócios jurídicos, estando pautado pela abrangência geral salvo exceções especialmente previstas” .

O Decreto, já se demonstrou, tem sua abrangência adstrita aos contratos de mútuo – este sim é exceção à aplicabilidade genérica do limite previsto no art. 920 do Código Civil. Portanto, o limite aplicável aos contratos locatícios é o do Código Civil, do valor da obrigação.

Enfim, deve-se ter muita cautela em relação ao limite da cláusula penal quando da sua estipulação ou do seu questionamento em juízo.

8. REDUÇÃO JUDICIAL DA PENA

O art. 920 do Código Civil, o art 9º do Decreto 22.626/33 e o art. 52, § 1º do Código de Defesa do Consumidor, dentro da esfera de aplicação de cada um dos diplomas, conforme se estudou, impõem os limites máximos de fixação da cláusula penal, cabendo ao Poder Judiciário, quando deparado com uma estipulação excessiva, reduzi-la ao valor do teto legal, declarando-a inválida na parte em que o ultrapassar.

Com efeito, a cláusula penal se apresenta no direito pátrio com a característica da imutabilidade, não sendo possível ao devedor eximir-se de cumpri-la sob alegação de excessiva, conforme preceitua a segunda parte do art. 927 do Código. Significa dizer que, mesmo que o valor da pena ultrapasse o do prejuízo verificado pelo credor com a falta do devedor, este não poderá ser reduzido pelo judiciário.

Por outro lado, não pode o credor, ocorrido o inadimplemento, reivindicar acréscimo no valor da cláusula penal sob a alegação de que experimentou prejuízo em valor maior do que aquele estipulado na pena, consoante se verifica da seguinte decisão judicial:

Ação de cobrança - indenização - cláusula penal.

A cláusula penal importa em prévia avaliação de perdas e danos, feita por acordo das partes, o que torna desnecessário, em princípio, a interferência do poder judiciário.

E, em tais circunstâncias, o credor fica liberado do ônus de fazer prova do prejuízo e do quantum, evitando-se longas controvérsias judiciais.

Não pode o credor receber, entretanto, o valor constante da cláusula penal e o valor dos danos efetivamente causados em seu veículo.

(Ap.Cível nº 0033876 — Tribunal de Justiça do Distrito Federal – Rel. Des. HAYDEVALDA SAMPAIO – Quarta Turma Cível – DJ 02.08.95).

Mas não seria a adequação judicial da cláusula penal ao valor máximo permitido em lei também uma exceção ao princípio da imutabilidade? Não se podem confundir as questões da imutabilidade e do limite da cláusula penal. Isso porque, enquanto a imutabilidade concerne à sua alteração ou não, conforme circunstâncias eventuais e posteriores à fixação da cláusula, a questão do limite é estabelecida por lei, devendo ser observada já no momento de estabelecer-se a cláusula. A adequação judicial do valor da pena ao teto legal, portanto, não implica exceção ao princípio da imutabilidade da cláusula penal, mesmo porque esta só se pode questionar imutável ou não na parte em que é legal, ou seja, dentro do limite estabelecido em lei.

Assim, a única exceção à imutabilidade do valor da pena se encontra no art. 924 do Código, porque “quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir

proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento”, como testemunha a decisão a seguir:

Ação de rescisão contratual - aquisição de imóvel - inadimplência do adquirente - imposição de multa - adequação do artigo 924, do código civil.

Mesmo em face da inadimplência do contratante-adquirente, pode o juiz, ex officio, quando foi cumprida em parte a obrigação, reduzir proporcionalmente a multa estipulada, norteado pelo princípio boni viri que se insere na proficiente regra do artigo 924, do código civil.

(Ap.Cível nº 0032312 — Tribunal de Justiça do Distrito Federal – Rel. Des. EDSON ALFREDO SMANIOTTO – Segunda Turma Cível – DJ 02/08/95).

Nesse caso não se cuida do excesso ou não do valor da cláusula, mas de sua redução por conta de circunstância eventual, posterior ao momento da fixação da cláusula, qual seja, o cumprimento parcial da obrigação pelo devedor.

O artigo suscita duas questões: podem as partes prever disposição contrária à redução judicial? O juiz está obrigado ou facultado a determinar a redução?

Limongi dedicou-se a apresentar uma série de argumentos favoráveis à possibilidade das partes de dispor contrariamente à norma, ou seja, pela imutabilidade da pena, mesmo em caso de cumprimento parcial da obrigação, dentre os quais destaca-se o princípio da autonomia da vontade.

Compartilha dessa opinião Beviláqua, quando diz que “do princípio de que a pena é a compensação das perdas e danos sofridos, resulta esta diminuição proporcional, no caso de ter sido a obrigação cumprida, em parte, salvo se outra coisa convencionarem os contraentes, ou determinou o estipulante” .

Contudo, deve-se ter em conta que, apesar do Código pátrio datar do início do século passado, a partir da Constituição Federal de 1988 e da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), vive-se um momento de intensa influência do Estado nas relações negociais, seja enquanto legislador, seja enquanto julgador, no intuito de apresentar meios de proteção ao equilíbrio das partes na relação. A liberdade negocial encontra novas limitações legais. E as normas anteriores, como é o caso do Código Civil, com efeito, já não podem mais ser interpretadas de outra forma, senão inseridas no presente momento histórico e jurídico.

Prova disso é a posição assumida pela jurisprudência:

Cláusula Penal – Art. 924 do CC – Renúncia pelo locatário – Inadmissibilidade – Princípio de ordem pública – Redução da multa a critério do juízo

(Ap. Cível nº 01785260 – Tribunal de Alçada de São Paulo)

A sociedade espera esse entendimento do julgador, em benefício do equilíbrio do negócio, como bem explicou Washington de Barros Monteiro: “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” .

Assim, é de se concluir ser a presente norma de ordem pública e, visando a manutenção do equilíbrio dos contraentes no negócio e evitar o enriquecimento injusto, veda disposição contrária a ela.

Limongi, de outro entendimento, argumenta que “se tão graves fossem as exigências públicas no sentido de proteger o devedor, não vemos como o legislador, assim entendendo, teria deixado a solução da matéria ao inteiro alvedrio do magistrado” .

Afirmção que nos leva à questão de ser a redução faculdade ou obrigação do juiz.

Em que pese esparsas posições em contrário, como a de João de Oliveira Filho, segundo o qual “se ele (art. 924, CC) diz que é faculdade, a jurisprudência tem dito que essa faculdade é obrigação do juiz” , tanto a doutrina quanto a jurisprudência nacionais entendem tratar-se de faculdade e não de dever do magistrado.

A redação do artigo realmente não deixa dúvidas quanto à intenção do legislador, como bem agora se coloca Limongi: “não fora preciso sequer argumentar que, se se tratasse de obrigação do juiz, o artigo utilizaria, diversamente, o verbo ‘deverá’, a locução ‘estará obrigado’, ou outra que tal” .

Além do que, casos há nos quais o adimplemento parcial da obrigação não pode ensejar a redução da pena, como assinala Beviláqua: “Mas se a execução parcial for inútil para o credor, o juiz deixará de decretar a redução da pena” .

Portanto, cabe ao magistrado o poder de declinar pela redução ou não da pena, conforme o caso concreto. Contudo, importante dizer que esse poder não fica ao livre alvedrio do magistrado, como pretendeu colocar Limongi. A decisão judicial jamais pode ser uma livre manifestação do seu prolator, ao seu livre alvedrio, qualquer que seja a matéria sub judice. O juiz está adstrito no seu convencimento, se não simplesmente à lei, aos princípios de Direito, ao sentimento de justiça, os quais balizam e fundamentam sua decisão. Nesse sentido, é possível dizer-se que a redução judicial, apesar de faculdade do magistrado, se lhe apresenta como um dever quando presentes, além da execução parcial da obrigação, outros fatos que a fundamentem no caso concreto, sob o risco de ser proferida uma decisão injusta e questionável.

9. TAXIONOMIA E A MATÉRIA NO NOVO CÓDIGO CIVIL

No Código Civil brasileiro, a exemplo dos Códigos francês, suíço e alemão, a matéria a respeito da cláusula penal está disposta no último capítulo do título “Das Modalidades das Obrigações” (Livro III, Título I, Capítulo VII), aparecendo, portanto, como uma modalidade própria de obrigação, ao lado das obrigações de dar, de fazer, de não fazer, alternativas, divisíveis e indivisíveis, e solidárias.

Sua localização no Código, entretanto, sofre críticas de grande parte da doutrina, que não a considera a mais fiel à lógica. Não importa a teoria a que se filiem os doutrinadores, seja a Da Indenização, seja a Da Pena ou a Mista, à sua generalidade, entendem que se atenderia melhor à técnica e à lógica dispondo-se o capítulo relativo à cláusula penal no título versando sobre a inexecução das obrigações, porquanto, seja qual for sua natureza, é certo que seus efeitos surgem a partir do inadimplemento.

Seguindo esse entendimento é que no novo Código Civil (Lei 10.406/02, publicada no DOU em 11.jan.2002), com vigência a partir do próximo ano, a cláusula penal passa a estar disposta nos arts. 408 a 416, no título destinado à matéria “Do Inadimplemento das Obrigações” (Livro I, Título IV, Capítulo V), ao lado da mora, das perdas e danos, dos juros legais e das arras.

Na sua maior parte, a matéria conservou o teor do Código atual, persistindo: a possibilidade de estipulação conjunta com a obrigação ou em ato posterior; as diferentes modalidades (compensatória e moratória); a limitação do valor da pena ao valor da obrigação; os efeitos nas obrigações divisíveis e indivisíveis; e a exigibilidade independente da existência de prejuízo.

Contudo, algumas mudanças, afora as de cunho estritamente redacional, merecem comentário.

O art. 408, primeiro dedicado à matéria, dispõe que “incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora”.

A novidade em relação ao texto atual está na inclusão da expressão “culposamente”, o que, na verdade, parece desnecessário, uma vez que “a culpa é elementar na mora do devedor, como seu elemento subjetivo”.

Já no que diz respeito à redução da cláusula, verificam-se importantes alterações, de acordo com o que se depreende do 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”.

A redução judicial da pena, no texto atual, pacificamente entendida como faculdade do magistrado, por conta da expressão “poderá o juiz reduzir”, iniciando-se a vigência do novo Código, passa, segundo o mesmo raciocínio, a ser-lhe uma obrigação, haja vista a redação dada ao dispositivo, qual seja, “a penalidade deve ser reduzida”.

Muito mais relevante mostra-se a novidade da redução judicial da pena quando o montante for manifestamente excessivo, pois no Código vigente a redução encontra-se restrita ao caso de cumprimento parcial da obrigação.

Resta saber se a redução deve ser realizada ex officio, como atualmente ocorre nos casos de adimplemento parcial, ou se depende de requerimento do devedor ou prova do excesso da pena. Parece mais lógico que deva ser realizada ex officio, tendo em vista o uso do termo “manifestamente excessivo”, bem como que a redução não tem por base a prova do menor valor do prejuízo do credor, mas “a natureza e a finalidade do negócio”.

Por fim, cabe salientar a alteração registrada no parágrafo único do art. 416, de acordo com o qual, “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”.

Na vigência do atual Código, o entendimento é pacífico na doutrina e assim se reflete na jurisprudência de que é vedado ao credor, exigida a multa e apurada sua inferioridade diante do dano resultante do inadimplemento, postular seu suplemento pela diferença.

Pela nova legislação, contudo, fica permitida a convenção em contrário, ou seja, pela possibilidade de o credor postular a suplementação da pena, a título de indenização, cabendo-lhe o ônus de provar o prejuízo excedente.

Perceba-se que o novo Código, ao mesmo tempo em que traz alterações incompatíveis com a idéia de indenização prévia e fortuitamente estabelecida, porquanto abre a possibilidade de redução ou suplementação judicial da pena, conforme o seu excesso ou insuficiência relativamente ao prejuízo sofrido, insiste em permitir a aplicação da pena independentemente de prejuízo.

É um absurdo o contra-senso: de um lado, permite a alteração judicial do valor da pena conforme a natureza e a finalidade do negócio ou de acordo com o prejuízo verificado; e, de outro, dispõe que a pena é exigível mesmo sem a verificação de prejuízo.

Além disso, as alterações realizadas, ao invés de trazerem benefícios, como pode parecer, já que a mutabilidade do valor da pena em juízo a torna mais justa para cada caso concreto, implicarão, na verdade, delongas processuais, as quais vão de encontro com o principal argumento daqueles que defendem a teoria indenizatória para a cláusula penal, de que a sua força coercitiva surge justamente da indenização prévia e imutavelmente fixada, porquanto sua exigibilidade se dá de pleno direito e evita-se a discussão judicial do seu valor.

BEVILÁQUA, C. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Editora Estácio de Sá, 1932.

FULGÊNCIO, T. Do direito das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

NONATO, O. Curso de obrigações. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

PEREIRA, C. M. da S. Instituições de direito civil. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FRANÇA, R. L. Teoria e prática da cláusula penal. São Paulo: Saraiva, 1988.

CONTINENTINO, M. Da cláusula penal do direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1926.

BEVILÁQUA, C. Direito das Obrigações. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 1954.

PIOLA, G. Clausola penale. v. 7

LOPES, M. M. de S. Curso de direito civil. v. II. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. p. 78.

LARENZ, K. Derecho de Obligaciones. v. I. p. 182, apud PEREIRA, C. M. op. cit., p. 108.

CROME. Teoria delle obbligazione. § 9º. p. 77, apud BEVILÁQUA, C. C. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Editora Estácio de Sá, 1932.

GOMES, O. Contratos. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 35.

RT, 23:33

RT, 441:276

WALD, A. Obrigações e contratos. v. II. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

GRINOVER, A.; BENJAMIN, A. H. de V.; FINK, D. R. et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 6. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999. p. 544.

OLIVEIRA, L. H. M. M. Os limites da multa nos contratos locatícios. IOB Comenta, 14/2001.

RT, 571:139

MONTEIRO, W. de B. Curso de direito civil. v. IV. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

RT, 115:522

ALVIM, A. Da inexecução das obrigações e suas conseqüências. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

*Estudante de Direito

Estagiou na Itaipu Binacional, na Advocacia Fernandes e no Ministério Público Estadual.
juliano.lago@bol.com.br
RG 5.438.154-9/PR

Disponível em: <
<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=74&idAreaSel=2&seeArt=yes>
>. Acesso em: 18 set. 2007.