

Cláusula Penal

Milleane Nunes Pereira

Estudante de Direito da
Faculdade 7 de Setembro

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho, será conceituado o que vem a ser a Cláusula Penal, demonstrando em que hipóteses ela estará presente, seus tipos, suas funções, casos em que poderá ser reduzida, apesar de ter sido prefixado o valor da mesma e suas semelhanças com outros tipos de obrigação.

2 CLÁUSULA PENAL

1. HISTÓRICO

O instituto que aparece nos atuais Códigos, foi originário do Direito Romano. Esta era considerada pelos romanos como sendo “toda estipulação cuja finalidade consistisse em impor ao promitente uma prestação em favor do estipulante, para o caso em que tal fato convencionado entre as partes viesse ou não a se realizar”¹. A chamada *Stipulatio Paenae*.

Essa *Stipulatio* tinha dois objetivos: o primeiro, garantir indiretamente a execução da obrigação principal, no caso de inexecução da prestação; o segundo, desonerar o credor do encargo da prova no caso de inadimplemento da obrigação. Mais do que a reparação do prejuízo decorrente do descumprimento da obrigação, o seu objetivo era eminentemente a própria repressão do delito consistente no inadimplemento do devedor. De acordo com isso IHERING refere que: “*As penas decaem à medida que a idéia do direito se engrandece. Mais a ordem jurídica se aperfeiçoa, mais os povos se aproximam da maturidade, e cada vez se torna menos necessário o recurso à pena*”².

¹ Maynz, Droit Romain, II, Parág. 258, p.183

² Ihering, La Faute en Droit Privé, trad. De Meulenaere, p.4

Dessa maneira, a *Stipulatio Paenae* modificou-se, com a transformação havida no Direito Romano em relação no domínio dos contratos. Assim, a Cláusula penal evoluiu para sobrelevar-se em seu papel de elemento reparador, tal qual aparece em nossos dias, como elemento que compõe as perdas e danos.

Em relação ao Código Civil Francês, com as penas cominatórias, as que podiam ser reduzidas pelo juiz, a Cláusula Penal perdeu muito do caráter penal, para reduzir à função de reparação. Além disso, o código Civil Francês consagrou o princípio da imutabilidade da cláusula penal, determinado no art. 1.152, o que, embora, não consta a redução da cláusula, quando a obrigação principal já tiver sido executada em parte.

Como verificamos que no Direito Francês e todas as legislações a ele filiadas repelem todo aumento ou diminuição da pena, o Código das Obrigações suíço e o Código Civil alemão seguiram o critério do Direito Romano, o qual, havendo dúvida sobre a intenção das partes, admitia a pretensão do credor a uma indenização superior à pena convencional.

Segundo Sílvio Rodrigues:

“No Código Civil de 1916, a matéria referente à Cláusula Penal era tratada no título das modalidades, o que de certa forma justifica, pois ela reflete um dos modos pelas quais a obrigação se apresenta. Mas há críticas geradas por essa denominação, pois algum juristas preferiam vê-la situada nas regras de inadimplemento das obrigações, outros na parte geral dos contratos, ao pé das arras, por compor-se num reforço da obrigação”³.

Porém, no nosso Código vigente, a Cláusula Penal encontra-se no título referente ao inadimplemento das obrigações.

2. CONCEITO

Vários doutrinadores conceituam o que vem a ser a Cláusula Penal, como Sílvio Rodrigues, Maria Helena Diniz, R. Limongi França, dentre outros.

³ Sílvio Rodrigues, parte geral das obrigações, p.261. 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002. V.2.

Logo, tentar-se-á convergir os vários conceitos existentes em um: Cláusula Penal é uma obrigação acessória, que as partes contratantes estipulam uma multa ou pena, pecuniária ou não, contra a parte inadimplente, pelo motivo de sua inexecução da principal ou retardamento de seu cumprimento, fixando, dessa maneira, o valor das perdas e danos, e garantindo o exato cumprimento da obrigação principal, em benefício do credor⁴.

A Cláusula Penal também é denominada pena convencional ou multa contratual, sendo adaptada a todas as formas de contratos bilaterais, sendo possível, também empregá-lo nos contratos unilaterais, como o testamento, no qual o herdeiro é coagido a cumpri-lo fielmente.

Carlos Roberto Gonçalves cita em sua obra que a cláusula penal:

“Pode ser ajustada na obrigação principal, ou em ato posterior. Seu caráter não precisa ser obrigatoriedade pecuniário, podendo ser fixado pela entrega de alguma coisa, uma abstenção de um fato ou a perda de algum benefício, como, por exemplo, de um desconto”⁵.

3. NATUREZA JURÍDICA

É de acordo secundário e acessório, já que a sua existência é ligada a da obrigação principal. Logo, aplica-se a ela a regra de que o acessório segue o principal, ou seja, extinguindo a obrigação principal, extingue-se a acessória, mas a recíproca não é verdadeira, permanecendo a existência da obrigação principal.

Sílvio Rodrigues ressalva que: *“A cláusula pode ser estipulada por ato posterior à obrigação principal, porém é inadmissível a estipulação de multa convencional antecedendo esta, já que é a Cláusula Penal que pode depender da obrigação principal e não, o contrário”⁶.*

Por sua vez, Carlos Roberto Gonçalves declara que: *“Assim, nulo o contrato de locação, nula será a cláusula inserida, mas o contrário não, prevalecendo o contrato, e o direito do lesado às perdas e danos”⁷.*

⁴ Maria H. Diniz, Teoria Geral das Obrigações, cit. ,p.383; Sílvio Rodrigues, Parte Geral das Obrigações, cit. p.262; R. Limongi França, Instituições de Direito Civil, cit. ,p.570.

⁵ Carlos Roberto Gonçalves, Direito das Obrigações-sinopse, p.120. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁶ Sílvio Rodrigues, Parte Geral das Obrigações, p.263. 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002. V.2.

⁷ Idem 5, p.121.

3 FUNÇÃO E FINALIDADE

Verifica-se, portanto, que a sua principal função e finalidade é de garantir indiretamente o cumprimento da obrigação principal, atuando como um meio de intimidação para que o devedor cumpra a obrigação estabelecida, não necessitando pagá-la e como meio de ressarcimento, por prefixar as perdas e danos devidos por causa do inadimplemento do contrato.

O art. 416 CC proclama que, “para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo”. Dessa forma, com a estipulação, os contratantes expressam a vontade de não ter o incômodo de provar, comprovar os prejuízos e de sua liquidação, já que foi presumida a existência do possível inadimplemento e sua pena respectiva. Logo, havendo a estipulação das partes, cabe ao credor provar que houve inadimplemento da parte do devedor para que aquele tenha direito a multa, sendo dispensado da prova do prejuízo.

Entende-se, portanto, que havendo sido estipulado o valor da Cláusula Penal, o devedor não poderá alegá-la abusiva, excessiva, pois o seu valor foi fixado por comum acordo entre as partes.

Da mesma forma, achando, o credor, que seu valor é insuficiente não poderá aumentá-la. O que poderá fazer é deixar de pleiteá-la e requerer perdas e danos, já que abrange além do dano emergente, o lucro cessante. A única desvantagem que será gerada é a obrigatoriedade de prova do prejuízo alegado.

Mas, há a exceção de se ter o direito de reivindicar tanto a multa, quanto à indenização, que é no caso de haver ato doloso do devedor, pois a indenização deverá arcar, cobrir todo o ato lesivo.

Logo, verifica-se, que a Cláusula Penal prefixa as perdas e danos provenientes da culpa contratual, mas se houver outros prejuízos ocasionados por culpa extra-contratual, seu ressarcimento pode ser pleiteado, independentemente daquela.

4 TIPOS DE CLÁUSULAS PENAIAS

Toda espécie da obrigação pode ser aderida por uma Cláusula Penal, com a prerrogativa de ser de forma expressa. Podendo ser estipulada para o possível inadimplemento total da obrigação ou para o caso de haver inadimplemento em um prazo fixado. Aquela recebe o nome de compensatória, essa, moratória.

Maria Helena Diniz por sua vez diz que⁸ :

“Se estipulada for a compensatória, poderá o credor optar, por vias judiciais, livremente entre a exigência da Cláusula Penal e o adimplemento da obrigação, visto que a Cláusula Penal se converterá em alternativa em seu benefício. Com isso está vedado acumular o recebimento da multa e o cumprimento da obrigação. E a possibilidade de garantir a execução de alguma cláusula especial do título obrigacional, possibilitando ao credor o direito de exigir a satisfação da pena cominada juntamente com o desempenho da obrigação principal. Se estipulada for a moratória, será convencional para o caso de simples mora; assistindo ao credor o direito de pedir cumulativamente a pena convencional e a prestação principal.”

Por seu turno, Carlos Roberto Gonçalves, expõe que: *“Cabe lembrar que a prova não se caracteriza somente no retardamento do cumprimento da obrigação, mas também quando esta é cumprida de modo diverso do convencional”*⁹.

E prossegue o autor:

*“Não é obrigatório que o contrato tenha apenas uma Cláusula Penal, podendo vir a ter, embora raramente, até três cláusulas de valores diversos. Sendo uma com valor elevado, para caso haja inadimplemento total da obrigação, a compensatória; uma outra que veja garantir o cumprimento de uma cláusula especial, como a cor do carro, ou modelo, que é a moratória; e outra, para evitar atraso, que é moratória também”*¹⁰.

⁸ Teoria Geral das Obrigações, p. 389. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000. V. 2.

⁹ Parte Geral das Obrigações – sinopse, p. 125. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004

¹⁰ Idem. p. 126

Vale saber que o art.412, do Código Civil, veda que o valor da Cláusula Penal venha a exceder o valor da obrigação principal, pois o intuito da cláusula é de indenizar danos resultantes do inadimplemento e não de substituí-la, não podendo a indenização ultrapassar o motante do prejuízo.

Se o conteúdo do art.412 não fosse presente em nosso ordenamento poderia o credor impor ao devedor altas multas, criando um elemento excessivo, sendo, até de certa forma, injusto. Aliás, como se trata de pena compensatória, ela não deve ser superior ao prejuízo causado, pois, em regra, as normas de Direito Privado procuram apenas estabelecer o equilíbrio entre as partes e não puni-las.

E é por causa dessa aspiração de equilíbrio que o Art. 413 possibilita o juiz, em caso de cumprimento parcial da obrigação, a possibilidade de reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora ou inadimplemento”¹¹.

Esse preceito vem para evitar o enriquecimento sem causa, pois é injusto permitir o credor, que já foi beneficiado com o cumprimento parcial, ainda tenha direito a multa contratual por inteiro.

Mas deve-se verificar se este cumprimento parcial veio a aferir vantagem ao credor, se não, de nada valeu. Se uma empresa de decoração ajusta decoração para um aniversário e a deixa inacabada, se tornou inútil ao credor, não havendo cabendo direito de redução da multa.

Pode haver também casos em que o contrato não esteja de forma clara, não sabendo explicitamente qual tipo de multa está presente. Nesses casos, geralmente se verifica o motante da multa. Logo, se o motante for de valor elevado, próximo ao valor da obrigação principal, entende-se que foi estipulada para compensar possível inadimplemento de total obrigação. Já se o motante for de valor baixo, há presunção que seja moratória, pois os contratantes não viriam a estabelecer um valor tão ínfimo para substituir as perdas e danos decorrentes da inexecução total da avença.

Contudo, tal critério só pode ser utilizado em caso de dúvida, por falta de clareza e precisão do contrato.

¹¹ Sílvio Rodrigues. Parte geral das obrigações. P. 273. 30ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002. V.2.

5 CASOS EM QUE A CLÁUSULA PENAL PODE SER DIMINUÍDA

Como foi dito anteriormente, o simples fato de alegar que a Cláusula Penal é elevada não autoriza que seja diminuída pelo juiz, uma vez que foi estabelecido um contrato com aprovação das partes contratantes.

Porém, toda regra tem a sua exceção. E neste caso, apenas, em duas situações a cláusula poderá ser diminuída. Sendo o primeiro caso quando ultrapassar o limite legal, o valor da obrigação principal. Logo, vindo à cláusula a ser excedida, o juiz declarará sua redução sem declarar a sua ineficácia, e sim, somente, o excesso.

Carlos Roberto Gonçalves diz que:

“O Decreto-lei nº 58/37 e a Lei nº 6.766/79, que regulamentam o compromisso de compra e venda de imóveis loteados, e o Decreto nº 22626/33 que reprime a usura, limitam o valor da Cláusula Penal moratória à dez por cento da dívida ou da prestação em atraso. O Código de Defesa do Consumidor limita a dois por cento do valor da prestação, a Cláusula Penal moratória estipulada em contratos que envolvam outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor”¹².

Outro caso que vem a permitir a diminuição da Cláusula Penal são os casos previstos no art. 413 do Código Civil, a ver: “A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o motante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”.

Verifica-se no art. 924, do Código Civil de 1916 a denominação “podendo”, ou seja, está gerando ao juiz a faculdade de reduzir ou não o valor, considerado excessivo da Cláusula Penal. Porém, com o advento da nova legislação, dispõe o art. 413 que o juiz “deve”, e não mais “poderá”, nas hipóteses mencionadas, não podendo as partes contratantes tirar-lhe este poder, mesmo estando em jogo o interesse particular.

¹² Direito das Obrigações – sinopse. cit., p.123. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

6 CLÁUSULA PENAL E OBRIGAÇÕES INDIVISÍVEIS COM PLURARIDADE DE DEVEDORES, OBRIGAÇÕES DIVISÍVEIS E SOLIDÁRIAS.

Sendo a obrigação indivisível e havendo pluralidade de devedores, basta que um só transgrida para que a Cláusula Penal se torne exigível. Do que transgrediu, poderá reclamá-la por inteiro, mas aos co-devedores só as quotas respectivas a cada um. Dessa maneira, verificamos que quem sofre as conseqüências do inadimplemento é o próprio culpado, devendo este ressarcir os co-devedores lesados pela sua infração.

Mas sendo a obrigação divisível, não se encontra nenhuma dificuldade, pois cada devedor será responsável pela sua quota na pena, sendo tanto o próprio devedor ou seu herdeiro, pois o credor foi prejudicado somente por esta parte.

Sílvio de Salvo Venosa declara que: “*Nas obrigações solidárias, quando um dos devedores incorre em culpa, só este arcará com as perdas e danos (art. 279)*”¹³.

7 CLÁUSULA PENAL E TERCEIROS

Há casos em que a Cláusula Penal poderá vir a favorecer terceiros que não estavam presentes na relação convencional, nada existe que impeça tal fato. Cita-se o exemplo dado por Venosa: “*Pode-se estipular, pois, que, não cumprido no prazo ou irregularmente a obrigação, o devedor pagará determinada soma a uma instituição de caridade. Este terceiro estará legitimado para a cobrança*”¹⁴.

8 CLÁUSULA PENAL E INSTITUTOS AFINS

Há paralelidade entre a Cláusula Penal e os institutos afins, como as perdas e danos, a multa penitencial, arras, obrigação alternativa, facultativa e condicional. Porém não há de se confundir, “*pois nas perdas e danos o motante ainda será fixado pelo juiz, após regular comprovação*”¹⁵, diferentemente da pena convencional que já é predeterminada pelos contratantes.

¹³ Sílvio de Salvo Venosa, Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, cit., p.178. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2004. V.2.

¹⁴ Sílvio de Salvo Venosa, Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, pág 178. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2004. V.2.

¹⁵ Washington de Barros Monteiro, Direito das Obrigações, cit., p.198. 34ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

Quanto à multa penitencial difere, pois esta é instituída em benefício do devedor, quanto que a Cláusula Penal vêm beneficiar o credor. Sendo que a cláusula vem a reforçar o cumprimento da obrigação e a multa vem, apenas, para enfraquecê-la.

Tanto as arras, quanto a Cláusula Penal funcionam como garantidores da execução da obrigação, da indenização de danos e são ambas obrigações de caráter acessório, mas a Cláusula Penal só pode ser exigida caso ocorra inadimplemento da obrigação, já as arras podem ser exigidas por antecipação, além dessa beneficiar o devedor, podendo ser estipulada livremente entre os contratantes, e aquela, podendo ser reduzida pelo juiz em casos já prescritos anteriormente, ao credor.

Nas obrigações alternativas há duas prestações, sendo que o devedor libera-se da obrigação pelo cumprimento de qualquer uma delas, já na obrigação que possua Cláusula Penal o devedor deve apenas uma prestação. Nas obrigações facultativas o devedor cumpre a obrigação mediante entrega do objeto principal, permitindo a utilização do acessório, já na Cláusula Penal, o devedor não poderá resgatar a obrigação principal mediante cumprimento da Cláusula Penal.

E por fim, as obrigações condicionais são condicionadas a evento futuro e incerto, quanto que a Cláusula Penal já é, desde o princípio, existente na obrigação avençada.

Logo, conclui-se que semelhanças podem haver, porém não poderá ser confundida.

9 CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que, a Cláusula Penal, é uma obrigação de caráter acessório, na qual os contratantes estipulam pena ou multa para evitar o inadimplemento da obrigação principal ou o atraso no seu cumprimento. Sendo que o cumprimento da Cláusula Penal não ocasiona o cumprimento da obrigação principal, sendo o contrário verdadeiro. Tem como função, coercir o possível inadimplemento e prefixar perdas e danos gerados pelo inadimplemento.

Uma vez que as partes concordam na fixação de seu valor, não poderão alegar excessividade, nem insuficiência, podendo pleitear as perdas e danos, deixando de lado a Cláusula Penal, já que não é possível cumulá-las.

A Cláusula Penal pode ser moratória ou compensatória, podendo existir até três Cláusulas Penais de valores diferentes em um mesmo contrato.

Em caso de inadimplemento total, não gerando mais benefícios ao credor, portanto, a obrigação se converte em alternativa, já que há possibilidade de pleitear a pena compensatória ou ser ressarcido com as perdas e danos. A Cláusula Penal, em vários aspectos, se assemelha a outros institutos, porém, não poderá ser confundido.

Bibliografia

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. Código 5 em 1. 2ª Edição. São Paulo: Edições Jurídicas-Manole, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações*. V. 2. 15ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas: Direito das Obrigações*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

LOPES, Miguel M. de Serpa. *Curso de Direito Civil – Obrigações em Geral*. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito das Obrigações*. 34ª Edição – atualizado por Carlos Alberto Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Parte Geral das Obrigações*. V. 2. 30ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. V. 2. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2004.