

JUDITH MARTINS-COSTA

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo.

# COMENTÁRIOS AO NOVO CÓDIGO CIVIL

## Do Inadimplemento das Obrigações

Volume V

Tomo II

(Arts. 389 a 420)

Coordenador

SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA



Rio de Janeiro  
2003

dos limites da cláusula penal moratória. Várias hipóteses legais contemplam, de forma tarifária, o teto do valor da cláusula moratória,<sup>70</sup> e, em todos os casos, se houver excesso, caracterizada estará a *ineficácia* da cláusula penal quanto ao excesso.<sup>71</sup>

**Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.**

**Direito anterior** – No Direito anterior ao Código de Beviláqua, regra semelhante vigorava nas Ordenações, 4, 70, pr., e § 2º, *in fine*, e no art. 431 do Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850. No Código de 1916, art. 920.

**Direito comparado** – A comparação é por dessemelhança: Código suíço das Obrigações, art. 163, 1ª alínea; Código Civil alemão, parágrafo 343; Código Civil português, art. 811º, 3; Código Civil chileno, art. 1.544.

## COMENTÁRIO

### 1. Contextualização e significado da regra que limita o valor da cláusula penal

Uma das indicações de que o novo Código Civil atende à diretriz da solidariedade social – conseqüente à concepção solidarista das relações ju-

---

70 Para exemplos, vide comentário ao art. 412.

71 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, tomo XXVI, § 3.116, p. 79.

rídico-sociais – é o fato de não só ter reafirmado o dispositivo que estabelece limite à fixação da cláusula penal (art. 412, correspondente ao art. 920 do Código de Beviláqua), como tê-lo feito acompanhar por uma *cláusula geral de proporcionalidade e restrição à excessividade*, no art. 413. Aqui, novamente, defrontamo-nos com *modelo jurídico*, na acepção que a esta expressão dá Miguel Reale, modelo complexo, que articula, em sua estrutura, normas de fonte legal, advindas do Código e de outras fontes legislativas, com normas de fonte jurisprudencial, derivadas da responsabilidade atribuídas aos juízes – e mesmo aos árbitros, tratando-se de caso sujeito à arbitragem – de concretizarem os parâmetros de equidade, quando assim determina a lei. O art. 412 é um dos textos em que se articula esse modelo, devendo, por isto mesmo, ser adequadamente contextualizado.

Em pleno Liberalismo – no qual entendia-se que a vontade individual consistia no prevalente juízo de autoridade da razão no Direito Privado –<sup>72</sup> podia escrever Beviláqua acerca da limitação legal do valor da cláusula penal, então posta no art. 920:

“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.”

---

72 Sobre a autoridade da razão no Direito Privado escreveu entre nós MICHELON, Cláudio. *Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado*. Porto Alegre: 2002, inédito, onde anota: “A solução em voga nos séculos XVIII e XIX, e que ainda é uma forte tendência da filosofia política contemporânea é encontrada na idéia de tolerância, ou seja, na idéia de que todos devem ter garantida na maior medida possível a possibilidade de determinarem seu próprio destino. Daí porque só a vontade do indivíduo poderia ser considerada como uma fonte de deveres cogentes para o próprio indivíduo.”

Justamente o ponto tido por Beviláqua como “indevida restrição à liberdade individual” passou, com o tempo – com a modificação da mentalidade e dos valores que a guiam – a ser tido por insuficiente para a justa regulação dos conflitos interindividuais. Entre nós, já na década de 30 do séc. XX sentiu-se a necessidade de *acentuar a limitação à “liberdade individual”*, o que foi instrumentalizado pelo Decreto nº 22.626, de 07.04.33, art. 9º,<sup>73</sup> para determinar-se, nos mútuos a dinheiro, a cláusula penal a dez por cento (10%) do montante do débito.

Contudo, muito embora a clareza e a veemência das observações de Pontes de Miranda, para quem deveria ser “repelida” a jurisprudência que só entendia o art. 9º daquele Decreto como referente exclusivamente ao mútuo –<sup>74</sup> já que o texto dispõe sobre “juros nos contratos e dá outras providências” – mesmo assim o Liberalismo continuava a mostrar a sua força, e a tendência foi de restringir o limite de dez por cento aos contratos de mútuo.<sup>75</sup>

---

73 *Verbis*: “Não é válida cláusula penal superior à importância de 10% (dez por cento) do valor da dívida.”

74 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, tomo XXVI, § 3.113, pp. 67-70.

75 Anota RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral das Obrigações*. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, vol. 2, nº 49, p. 97, *verbis*: “Todavia, profunda rebelião se estampou na doutrina e na jurisprudência, no sentido de limitar o alcance das regras dos arts. 8º e 9º da Lei da Usura, apenas aos contratos de mútuo”, lembrando, entre outras, a decisão do STJ, “por escassa maioria”, no aresto estampado *in RT* 157/371, RE nº 6.799-RN, Rel. Min. José Linhares, j. 20.04.43. Ementa: “Usura – Cobrança de multa contratual sem procedimento judicial – admissibilidade quando não se cuidar por qualquer forma de mútuo – Mora no pagamento de serviço público concedido – inteligência do art. 8º do decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933 – Cláusula Penal – Multa contratual – Exigência independentemente de ajuizamento de ação – Admissibilidade não se tratando de mútuo sob qualquer modalidade – Inteligência do art. 8º do decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933 – Serviço Público – Concessão – Energia elétrica – Cobrança dos consumidores – Exigência de multa sem ajuizamento de ação – Inexistência de usura – Inteligência do art. 8º do Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933.”

Para tal fim, justificou-se que, de acordo com os arts. 8º<sup>76</sup> e 9º do Decreto 22.626/33, a cláusula penal, que jamais poderia exceder a dez por cento (10%) do valor da dívida, destinar-se-ia apenas a atender às despesas judiciais e aos honorários advocatícios. Por conseqüência, conclui Silvio Rodrigues,

“se não houver sido intentada ação judicial de cobrança, não há como exigir a multa convencional, ainda que avençada. Assim, e em rigor, a Lei de Usura teria revogado toda a matéria do Código Civil relativa à cláusula penal, indo a ponto de mudar a própria concepção teórica do instituto”.<sup>77</sup>

O argumento havia sido expendido por Beviláqua e por “vários civilistas”, segundo aponta ainda Rodrigues.<sup>78</sup> Assim, diante do argumento *ad terrorem*, o caminho estava aberto para limitar a eficácia do Decreto 22.626/33, nos arts. 8º e 9º, apenas às relações contratuais de mútuo. Infelizmente, não teve maior curso a distinção operada, com a precisão científica peculiar, por Pontes de Miranda, cuja lição vale a pena transcrever, na medida em que útil para justificar a posição que propomos na interpretação, sistemática e teleológica, dos arts. 412 e 413 do novo Código Civil.

---

76 *Verbis*: “Art. 8º As multas ou cláusulas penais, quando convencionadas, 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.”

77 RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral das Obrigações*. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, vol. 2, nº 49, p. 96.

78 RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral das Obrigações*. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, vol. 2, nº 49, p. 97. Também SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, vol. 2, nº 151, p. 101.

## 2. Âmbito de atuação do art. 412, coligadamente às regras que vedam a usura: necessária interpretação sistemática e axiológica

Partindo do pressuposto de que o Decreto 22.626/33 dispôs sobre os “contratos em geral”, procede Pontes de Miranda a uma distinção fundamental: o seu art. 8º cogita da cláusula penal *se não cumulativa*, tão-somente, e o art. 9º à cláusula penal *moratória, tout court*.<sup>79</sup> A cláusula penal por total inadimplemento, essa sim teria a regência do art. 920 (correspondente ao art. 412 do novo Código).

Segundo o aludido art. 8º, “as multas ou cláusulas penais, quando convencionadas, reputam-se estabelecidas para atender a despesas judiciais e honorários de advogados, e não poderão ser exigidas quando não for tentada ação judicial para a cobrança da respectiva obrigação”. Adverte, pois, o jurista:

“Primeiramente, é de advertir-se que não há, aí, limitação ao conteúdo das cláusulas penais: podem ser para caso de total inadimplemento, ou para caso de mora, ou para qualquer inadimplemento ou infração, ou determinada cláusula do negócio jurídico, inclusive data de alguma entrega. Se se precisou a que é que se refere a cláusula penal, ou se pré-excluiu que ela abrangesse as despesas judiciais e os honorários de advogados, *não se pode invocar o art. 8º do Decreto nº 22.626. Somente quando se haja precisado o conteúdo da cláusula penal satisfativa*

---

79 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, tomo XXVI, § 3.113, p. 68.

*é que se pode cogitar de incidência do art. 8º do Decreto nº 22.626.*

(...)

Quanto à cláusula penal por total inadimplemento, compensatória, essa está limitada pelo art. 920 do Código Civil ao valor da dívida e incluam-se nela as despesas judiciais e os honorários de advogados, seria clamorosa injustiça por parte do legislador: não se entenderia a *ratio legis* se o credor só pudesse conceder cláusula penal compensatória por total inadimplemento até o valor da dívida, *d*, e só se pudesse ou cobrar *d* e as despesas judiciais, *j*, e os honorários, *h*, ou cobrar a pena, que não pode ser maior do que *d*, e no entanto substituiria  $d + j + h$ ".<sup>80</sup>

Propôs, nesta perspectiva, que às regras dos arts. 8º e 9º do Decreto 22.626/33, correspondessem duas limitações legais diversas: à do art. 920 (hoje, art. 412), para o caso de total inadimplemento (art. 918 do Código de 1916, art. 410 do atual); a do art. 9º, que só se reportaria às penas cumulativas (antes, art. 919, e agora, art. 411).

A solução, para além de seu rigor científico, parece-nos atender à diretriz fundamental da justiça contratual: se a parte, lesada pelo inadimplemento total, pode pedir a substituição da prestação pela cláusula penal, é evidente que o valor da cláusula penal deve ser o mais próximo possível do valor da prestação. Não pode, por certo, ultrapassá-lo, pena de enriquecimento injustificado. Daí o "teto", ou limite, estabelecido no art. 412.

---

80 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, tomo XXVI, § 3.113, pp. 68 e 69, grifamos.

Já a funcionalidade da cláusula moratória é diversa. Não tem caráter substitutivo, destinando-se, como vimos, a penalizar o devedor moroso. Porém, o seu valor não pode ser deixado ao talante da parte contratualmente mais poderosa, o que traria evidentes reflexos no campo da justiça contratual. Assim, se justifica a limitação legal no teto máximo de dez por cento (10%), podendo ser ainda mais baixo este teto em algumas situações, como veremos oportunamente.

Sobrevindo a Lei da Usura (Decreto 22.626/33) ao Código de 1916, Pontes de Miranda considerou, também em posição isolada – e, ao nosso ver, acertada – como derogado o art. 920 *em relação às cláusulas penais com cumulação*, isto é, às cláusulas moratórias, embora vigendo integralmente para as cláusulas penais compensatórias.<sup>81</sup> Trata-se, agora, de examinar o fenômeno inverso: com a entrada em vigor do novo Código, o art. 412, que repete a redação do art. 920, teria revogado os arts. 8º e 9º do Decreto 22.626/33?

Creemos que a resposta deva ser negativa, tendo em conta a) a diversidade das *fattispecies* abrangidas; b) a necessidade de ser conferida, ao tema, uma interpretação compatível com a diretriz constitucional da solidariedade social; c) a regra do parágrafo único do art. 2.035 do novo Código, que conduz a uma interpretação sistemática, axiologicamente orientada; d) outras regras, do próprio Código, que limitam o valor da cláusula penal moratória, em algumas espécies contratuais, reforçando a necessária interpretação sistemática.

Quanto ao primeiro ponto, entendemos que a norma do art. 412 é *norma geral para as cláusulas penais compensatórias*, e não para qualquer

---

81 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, tomo XXVI, § 3.113, pp. 70 e 71.



espécie de cláusula penal. Já quanto ao segundo ponto, importa tomar – como elemento de consideração da hermenêutica da cláusula penal moratória – não apenas a necessidade de se estabelecer limites à abusividade e excessividade da pena (mesmo nas relações negociais de direito comum), como o próprio labor progressivo da legislação, que, ao longo do tempo, vem pontualmente estabelecendo tetos para a cláusula penal moratória. Vejamos alguns exemplos de limites estabelecidos legalmente, em leis especiais e no próprio Código Civil:

a) nos negócios que configuram relações jurídicas de consumo, o valor da cláusula penal moratória não pode ultrapassar o limite de dois por cento (2%) do valor da dívida (CDC, art. 52, § 1º,<sup>82</sup> com a redação determinada pela Lei nº 9.298/96);

b) nos negócios referentes a compromisso de compra e venda de imóveis loteados (Decreto-Lei nº 58/37, art. 11, alínea f;<sup>83</sup> Lei nº 6.766/79, art. 26, V),<sup>84</sup> vige o limite de dez por cento (10%);

82 *Verbis*: “§ 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a 2% (dois por cento) do valor da prestação.”

83 *Verbis*: “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.”

84 *Verbis*: “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.”

c) o mesmo limite é estabelecido nas cédulas hipotecárias (Decreto-Lei nº 70/66, art. 34, I);

d) também nos títulos de crédito rural (Decreto-Lei nº 167/67, art. 71);

e) idem nos títulos de crédito industrial (Decreto-Lei nº 413/69, art. 58);

f) nas obrigações de condôminos de edifícios (Lei nº 4.591/64, art. 12, § 3º)<sup>85</sup> a multa não pode ser superior a vinte por cento (20%); hoje a matéria está regulada no Código Civil que prevê, no art. 1.336, § 1º que “o condômino que não pagar a sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de 1% (um por cento) ao mês e multa de até 2% (dois por cento) sobre o débito”;<sup>86</sup>

g) na compra e venda com reserva de domínio, havendo mora, se o vendedor optar por recuperar a posse da coisa vendida (art. 526), poderá reter as prestações pagas “até o necessário para cobrir a depreciação da coisa, as despesas feitas e o mais que de direito lhe for devido” (CC, art. 527);

h) no contrato de transporte de pessoas, quando o passageiro o rescinde depois de iniciada a viagem (CC, art. 740, § 1º), pode o transportador reter até cinco por cento (5%) da importância a ser restituída ao passageiro, provado que outra pessoa tenha sido transportada em seu lugar, a título de multa compensatória (art. 740, § 3º).

---

85 *Verbis*: “§ 3º O condômino que não pagar a sua contribuição no prazo fixado na Convenção fica sujeito ao juro moratório de 1% (um por cento) ao mês, e multa de até 20% (vinte por cento) sobre o débito, que será atualizado, se o estipular a Convenção, com a aplicação dos índices de correção monetária levantados pelo Conselho Nacional de Economia, no caso da mora por período igual ou superior a 6 (seis) meses.”

86 Grifos nossos.

Como se observa, o sistema do próprio Código prevê, para vários contratos, a limitação do valor da cláusula penal moratória. Além do mais, para além dos limites legais, que compõem os “tetos” da cláusula penal moratória, incide a diretriz da concretude, um dos eixos valorativos fundamentais do novo Código, traduzida, nesta matéria, pela já aludida regra final do art. 413. Portanto, se o atraso no pagamento, por exemplo, foi mínimo, pode e deve o juiz reduzir o valor da multa, cumulada com a prestação prometida, para grau inferior ao dos limites legais. Também no caso de locação, cabe ao juiz reduzir o valor fixado para o caso de o locatário continuar na posse da coisa findo o tempo determinado (art. 575, parágrafo único), embora deva o juiz levar em conta “o caráter de penalidade” da obrigação de continuar pagando o aluguel.

**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.**

**Direito anterior** – No Direito anterior ao Código de Beviláqua, a possibilidade de o juiz reduzir o valor da cláusula era aceita, em certas hipóteses, por força da doutrina, com base em casos do Direito Romano (D., 2, 11, fr. 9, § 1º; 19, 1, fr. 47). No Código de 1916, assemelhadamente, art. 924.

**Direito comparado** – Código Civil francês, art. 1.231; Código Civil espanhol, art. 1.154; Código suíço das Obrigações, art. 163, 3; Código Civil alemão, parágrafo 343; Código Civil argentino, art. 660; Código Civil chileno, arts. 1.539 e 1.544; Código Civil uruguaio, art. 1.370; Código Civil italiano, art. 1.384; Código Civil português, art. 812º.

## COMENTÁRIO

### 1. Significado da regra

Como vimos acentuando desde que iniciamos os comentários sobre a cláusula penal, o novo Código introduziu dois *topoi* da maior relevância, quais sejam, o da *proporcionalidade* e o da *vedação ao excesso*. Estes *topoi* foram apreendidos na cláusula geral de redução da cláusula penal estatuída no art. 413. Desde logo, é preciso ter claro que ela não se confunde com a sua correspondente no Código de Beviláqua – qual seja, a regra do art. 924 – tanto por conter pressupostos de incidência mais amplos, e em parte diversos, quanto por ser diverso, e mais extenso, o campo de sua normatividade.

Esta cláusula geral exprime as diretrizes da concretitude, da equidade e da socialidade no campo operativo do instituto da cláusula penal, constituindo em mais uma manifestação, no Direito das Obrigações, da diretriz constitucional da solidariedade social. O seu *telos* é o de evitar que um instrumento útil, e em si mesmo legítimo, como a cláusula penal, se transforme em instrumento de ilegítimo exercício do maior poder contratual, ou via para o enriquecimento injustificado, ou para a consagração da injustiça contratual. Por isto, quando o dever de cooperação intersubjetiva não é voluntariamente aceito pela parte credora, viabiliza o art. 413 a intervenção judicial na economia contratual, para permitir a redução da cláusula penal em duas hipóteses amplamente desenhadas, quais sejam,

- a) quando a obrigação principal houver sido em parte cumprida; ou,
- b) quando o montante da penalidade for “manifestamente excessivo”, tendo-se em conta a “natureza e a finalidade do negócio”.

No novo Código, demais disto, a redução, nestas hipóteses, não configura “faculdade” do juiz, à qual corresponderia, para o devedor, mero inte-

resse ou expectativa: ao contrário, constitui *dever do julgador*, a o qual corresponde, para o devedor, verdadeira pretensão que, violada, dá ensejo ao direito subjetivo de ver reduzida a cláusula.

Trata-se, portanto, de evidente ampliação do poder-dever de *revisar o negócio* que, no Direito contemporâneo, tem sido progressivamente confiado ao juiz, mas que encontra raízes históricas nas construções dos canonistas medievais.<sup>87</sup>

## **1.1. Fundamentos e pressupostos de incidência da primeira parte do art. 413**

Tendo presente a duplicidade de *fattispecies* apanhadas pelo art. 413, cabe evidenciar os seus respectivos fundamentos e pressupostos de incidência.

### **1.1.1. Fundamentos da redução em razão da prestação de parte da obrigação principal. O dever de proporcionalidade como pauta para a sua concreção**

É o *dever de proporcionalidade* que está no fundamento da primeira *fattispecies*, qual seja, a redução quando a obrigação principal houver sido

---

87 . Para as referências históricas, veja-se a excelente síntese de TALCIANI, Hernán Corral. La Reducción de la cláusula penal excesiva en el derecho civil de los países del cono sur. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, vol. 27, n° 3, pp. 469-484, 2000, pp. 470-471.

em parte cumprida. A proporcionalidade tem sido considerada, de maneira corrente, um princípio constitucional implícito,<sup>88</sup> que comanda tanto a atividade do legislador quanto a do intérprete. Uma das concreções da proporcionalidade está no mandado de proibição de excessos, que Canotilho<sup>89</sup> entende vinculativo ao legislador e ao intérprete/aplicador da lei e, juntamente, é também vinculativo à Administração Pública nas suas relações com os particulares, e entre estes, nas suas relações intersubjetivas.

Como ensinou exemplarmente Humberto Bergmann Ávila,<sup>90</sup> a proporcionalidade, em sentido normativo, não constitui propriamente “princípio”, mas *dever que comanda a aplicação dos princípios*. Porém, no caso do art. 413, primeira parte, encontraremos uma dupla manifestação da proporcionalidade, a saber: como *dever de ponderação do princípio da equidade* e como *critério de mensuração* da efetiva redução do *quantum* da cláusula penal.

Com efeito, tendo a prestação principal sido em parte cumprida, o Código determina ao juiz a redução proporcional, com base na equidade, que é princípio, tendo em conta o dever de proporcionalidade, que é dever de ponderação entre os vários princípios e regras concomitantemente incidentes. Na espécie, devem ser ponderados os pesos respectivos do princípio da liberdade contratual, da auto-responsabilidade, do enriquecimento injustificado, da justiça comutativa e da equidade, devendo o intérprete sopesar, à vista

88 Assim, REALE JR., Miguel. *Instituições de Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

89 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1996, pp. 382 e ss.

90 AVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, em *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, vol. 1, 1999, pp. 27-54.

da concreta relação obrigacional, considerada como totalidade,<sup>91</sup> o “peso” do que foi cumprido, em parte.

Com base na ponderação do “peso” atinente à parte que foi cumprida ocorrerá a redução, medida pela proporcionalidade: em consequência, a pena deverá ser reduzida proporcionalmente à parte prestada. A proporcionalidade não é apenas aritmética, mas *axiológica*, levando-se em conta a importância, maior ou menor, do que foi prestado, à vista do efetivo interesse denotado pela concreta economia contratual, a tipicidade do negócio e a sua função. Não há que falar, portanto, em “arbitrio judicial”, mas em dever e em responsabilidade, do intérprete, de tornar concreto o comando da lei. Arbitrio – injustificado e ilegal – haveria se o juiz se negasse a reduzir cláusula penal, quando cumprida em parte a prestação principal.

### **1.1.2. Pressupostos de incidência da regra**

Assinalado o fundamento, é preciso marcar os pressupostos de incidência da regra: estes são constituídos, a) pelo fato de a prestação poder ter sido cumprida por partes; b) pelo fato de a prestação ter sido efetivamente cumprida em parte; c) pelo fato de o credor se ter aproveitado do cumprimento parcial, não rejeitando a prestação.

Uma questão a ser enfrentada diz respeito ao princípio dispositivo, que comanda o processo judicial: será pressuposto o pedido da parte, ou o juiz deve agir *ex officio*? Tratando-se este de tema comum às duas espécies contidas no art. 413, deixamos o seu enfrentamento para item próprio.

---

91 . Para a idéia de totalidade, na relação obrigacional, vide Introdução Geral, item 6.

Como é intuitivo, essa normativa terá maior relevância no caso de cláusula penal compensatória, pois a regra refere expressamente o cumprimento parcial da “obrigação principal”. Se a cláusula penal compensatória tem por função, como a própria denominação indica, compensar o inadimplemento, e este não se estendeu ao todo, mas somente à parte do negócio, seria injusto permitir que o credor – que já se beneficiou com o cumprimento parcial da prestação – receba, por inteiro, a multa convencionada.<sup>92</sup> O recebimento da prestação, pelo credor, é também pressuposto, quando não se possa considerar renúncia à pretensão à cláusula penal.<sup>93</sup>

### 1.1.3. Fundamento da redução em razão da excessividade da multa

Na segunda parte do art. 413, está a grande inovação do novo Código nesta matéria, pois contempla hipótese até então não legalmente modelada. No seu fundamento está, de forma imediata, o princípio da justiça corretiva,<sup>94</sup> critério que pauta a moralidade ínsita às relações dos que vivem em

92 Assim a opinião de RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral das Obrigações*. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, vol. 2, nº 48, p. 94.

93 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, tomo XXVI, § 3.119, p. 84.

94 Para o desenvolvimento desta idéia, MICHELON, Cláudio. *Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado*, Porto Alegre, 2002, inédito, onde anota: “O critério de justiça tipicamente aplicável às relações privadas é, segundo Aristóteles, a *justiça corretiva*. Aristóteles formula a tese distinguindo entre justiça corretiva e a justiça distributiva. O *locus* clássico da distinção é encontrado na *Ética Nicomaquéia*, 1131b25-1131a2, onde Aristóteles, após afirmar que toda justiça é uma forma de igualdade (*to ison*), esclarece que existem duas formas de justiça, a saber, a justiça distributiva e a justiça corretiva. A primeira como é sabido, é a distribuição de bens de acordo com os méritos, em que a igualdade é melhor representada como uma igualdade entre razões bem distribuído/mérito. A outra: (...) é a corretiva, que surge ligada às relações tanto voluntárias quanto involuntárias. (...) a justiça em transações entre um e outro homem é efetivamente uma



comunidade e, por isto mesmo, se devem abster de utilizar o maior poderio econômico, social ou jurídico, para subjugar o *alter*.

O princípio da justiça corretiva viu-se minimizado ao extremo (se não mesmo afastado) na Codificação oitocentista, revestida, ideologicamente, pelas concepções liberais. Volta, contudo, com força, nesta “Era da Recodificação” que tem marcado o mundo ocidental desde a segunda metade do séc. XX.<sup>95</sup> A tendência legislativa, hoje em dia, leva em conta que as relações entre os que vivem em comunidade devem ser pautadas por um critério justo de (com)vivência social.

Ao tratar do que denomina de “diretriz da socialidade”, afirma Reale conduzir esta à “colocação das regras jurídicas num plano de vivência social”.<sup>96</sup> Ora, como acabamos de assinalar, este “plano de vivência social” é polarizado pela “autoridade da razão” no Direito Privado, razão que hoje volta a estar radicada na noção aristotélica de justiça corretiva – não mais na força da vontade humana e não apenas numa funcionalidade social das regras jurídicas –<sup>97</sup> embora esta última conviva, complementarmente, com o critério da justiça corretiva.

---

forma de igualdade, e a injustiça uma forma de desigualdade; não de acordo com aquele tipo de proporção (típica da justiça distributiva), mas de acordo com uma proporção aritmética’ (EN 1131b25-1131a2)”.

---

95 Sobre a expansão do princípio em perspectiva comparativista, vide item 5, *infra*.

96 REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 9.

97 Para estas idéias, MICHELON, Cláudio. *Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado*, Porto Alegre, 2002, inédito.

#### 1.1.4. Pressupostos de incidência da regra

Os pressupostos de incidência da regra da segunda parte do art. 413 não devem ser confundidos ou subsumidos naqueles requeridos para a norma da primeira parte do art. 413. Em primeiro lugar, aqui se trata de: a) qualquer espécie de cláusula penal, seja compensatória, seja moratória; b) devendo o valor da multa ser considerado pelo intérprete “manifestamente excessivo”; c) de forma relacional à natureza do negócio e, d) à finalidade do negócio. Isto significa dizer que não haverá um “metro·fixo” para medir a excessividade. O juízo é de ponderação, e não de mera subsunção.

#### 1.1.5. Pautas para a vinculação do intérprete

Embora a larga margem de ponderação conferida ao intérprete, também aqui não se configura, ao nosso juízo, “arbítrio judicial”. É que o Código oferece ao intérprete *parâmetros objetivos* que devem ser concretizados, quais sejam, a natureza e a finalidade do negócio. Na doutrina alemã, que desde o início do século XX enfrentou o tema em razão do § 343 do BGB, se entende que, para ponderar o excesso

“se há de ter em conta todo o interesse legítimo do credor, e não apenas o seu interesse patrimonial. Excedendo, a pena, esse interesse, se há de ponderar também a gravidade da culpa do devedor (supondo que ela exista) e a vantagem que produz o incumprimento ou o cumprimento não adequado, como também a situação patrimonial”.<sup>98</sup>

---

98 ENNECERUS; LEHMANN. *Derecho de Obligaciones*. Tradução espanhola de Puig Brutau. Barcelona: Bosch, 1954, vol. 1, § 37, p. 192.

Porém, como controle da legitimidade da decisão e da sua racionalidade, no quadro dos valores e regras do sistema, será necessário que, ao reduzir cláusula penal que considerar excessiva, reforce o juiz o dever constitucional de fundamentar a decisão (CF, art. 93, inciso IX),<sup>99</sup> evidenciando as razões pelas quais o excesso foi considerado “manifesto”, sempre à vista das concretas natureza e finalidade do negócio.

### 1.1.6. Momento de averiguação da excessividade

O Código não indica, pontualmente, o momento em que se há de aferir a excessividade da cláusula penal: será o momento da celebração do contrato, ou o momento em que se produz o incumprimento que faz atuar a pena?

A questão tem importância fundamental nos contratos que se prolongam no tempo, em relação aos quais o fluir do tempo e a variação das circunstâncias têm um peso especial. Cremos que a resposta positiva deve ser dada à segunda possibilidade acima aventada, qual seja: o momento em que se produz o incumprimento é o momento em que o devedor incorre na pena, seja porque a cláusula penal caracteriza-se como promessa condicional, seja porque a excessividade diz respeito ao sinalagma funcional, ou dinâmico, e não ao sinalagma genético, ou estático. Como aponta Zopini,

“na valoração comparativa dos interesses, que está na base da individualização da pena excessiva, deve ser valorado o sacrifício

---

99 *Verbis*: “IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.”

que a pena é idônea para impor ao devedor, respeitadamente ao interesse que, mediante a cláusula penal, se entendia tutelar”.<sup>100</sup>

### 1.1.7. Demais requisitos, comuns às duas espécies

a) *redução, e não supressão da penalidade*. O Código fala em “redução da penalidade”. Portanto, não há que se falar na licitude de “supressão” da cláusula, mesmo que o juiz a considere *in totum* injusta. O que está autorizado é a supressão do excesso, e não a eliminação da penalidade.<sup>101</sup>

b) *desnecessidade, mas conveniência, do pedido pelo interessado*. Pelo fato de o Código ter atribuído ao juiz o *dever de proceder a revisão*, quando configurados os pressupostos previstos abstratamente na regra, não é requisito da revisão o pedido do interessado: a ação judicial é procedida de ofício, não cabendo invocar, em nosso juízo, o princípio dispositivo. Na doutrina alemã, em face dos termos do § 343 do BGB – segundo o qual pode ser prudencialmente reduzida por petição do devedor – é a própria lei que encerra a questão. Omissis o nosso Código acerca da imposição do ônus ao devedor, cremos não poder ser este atribuído exclusivamente ao interessado: o juiz deve reduzir de ofício, mas nada impede, por óbvio, que o devedor interessado peça a redução.

100 ZOPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. Milão: Giuffrè, 1991, p. 272, *apud* TALCIANI, Hernán Corral. La Reducción de la cláusula penal excesiva en el derecho civil de los países del cono sur. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago do Chile, vol. 27, n° 3, pp. 469-484, 2000, p. 477, traduzimos.

101 A questão é argüida por TALCIANI, Hernán Corral. La Reducción de la cláusula penal excesiva en el derecho civil de los países del cono sur. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago do Chile, vol. 27, n° 3, pp. 469-484, 2000, p. 477.

A questão tem importância quando se questiona se só o interessado *pode* pedir – pois, como vimos, não tem o *onus* de fazê-lo, já que o juiz deve proceder de ofício, em razão da imperatividade do tempo verbal (“deve”) utilizado no art. 413 – ou se também outros devedores, co-solidários, indivisíveis ou subsidiários do devedor principal poderiam, também, exercitar a pretensão.

A questão, inovadora, ainda não se pôs, em termos práticos, entre nós. Na doutrina chilena o tema foi enfrentado por Talciani, segundo o qual os demais devedores também têm legitimação, “ainda quando não tenham ace-  
dido expressamente à cláusula, já que, de todo o modo, a lei os faz respon-  
sáveis pela pena”.<sup>102</sup> Endossando, em linhas gerais, esse entendimento, pro-  
pomos, porém, que, à vista do nosso sistema, se estabeleça uma distinção:  
terão legitimação os demais devedores se a obrigação for solidária ou  
indivisível, muito embora o art. 414 promova a redução da responsabilidade  
dos co-devedores não-culpados, nas obrigações indivisíveis. Já se a obriga-  
ção for divisível, não haverá porque cogitar da legitimação dos demais de-  
vedores para pedir a redução, na medida em que a sua responsabilidade pelo  
pagamento da cláusula penal é excluída, *ex vi* do art. 415.

### **1.1.8. Hipóteses de redução (exemplificação à vista da modalidade da pena)**

A título de síntese do que vimos apontando (inclusive nos artigos 410 e 411), assinalamos, esquematicamente, as principais hipóteses de redução, e

---

102 TALCIANI, Hernán Corral. La Reducción de la cláusula penal excesiva en el derecho civil de los países del cono sur. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago do Chile, vol. 27, nº 3, pp. 469-484, 2000, p. 474, traduzimos.

aquelas em que a mesma se mostra indevida, tendo presente o critério da modalidade da pena, se compensatória ou moratória, como segue:

a) cláusula penal compensatória fundada no inadimplemento total (assim entendido o da prestação principal em sua totalidade) nada tendo recebido o credor: não cabe redução fundada na primeira hipótese do art. 413 (redução proporcional), mas poderá haver por excessividade do valor da cláusula (segunda hipótese do art. 413);

b) inadimplemento de parte da obrigação, quando a prestação principal for cindível em partes: cabe a redução, fundada na primeira hipótese do art. 413;

c) inadimplemento de obrigação acessória, ou instrumental (deveres de proteção), quando, levando à inutilidade da prestação, conduzir ao inadimplemento absoluto: se nada aproveitar ao credor, não cabe a redução pela primeira hipótese do art. 413, podendo haver, contudo, se o valor da multa for considerado excessivo (segunda hipótese do art. 413);

d) o não-cumprimento de cláusula especial, sobre a qual recaia a cláusula penal: não cabe a redução em razão da proporcionalidade, podendo haver por excessividade da multa;

e) mora, nas demais hipóteses: pode caber a redução, não em razão do princípio da proporcionalidade, mas por excessividade da cláusula penal, se assim determinar a situação de fato.

## 2. Natureza da norma

O contrato pode dispor a proibição da redução? Isto é, o art. 413 contém norma dispositiva ou de *jus cogens*? Cremos que a norma é cogente, não podendo ser afastada pela autonomia negocial, seja em face dos valo-

res que contém, seja em razão da linguagem imperativa na qual vazada. Trata-se do cometimento de um poder-dever ao julgador. Isto não impede, nada obstante, que as partes, no próprio contrato, ajustem, desde logo, parâmetros de redução, os quais, todavia, também estão sujeitos ao crivo judicial, na forma modelada pelo art. 413.

### **3. Efeitos da revisão**

O princípio que comanda o próprio instituto da cláusula penal é o da não-necessidade da prova do dano. Este princípio se estende à revisão, pois a redução opera pelos critérios (pressupostos) consignados no próprio texto legal, e acima assinalados.

#### **3.1. Estabelecimento de novo *quantum***

Operada a redução, o principal efeito é o de desvincular o obrigado ao pagamento da cláusula no valor originalmente pactuado, remanescendo, contudo, o caráter de penalidade, a ser cumprida no *quantum* determinado judicialmente.

#### **3.2. Meios de exercício do direito**

Questão relevante diz respeito ao meio de exercício do direito à redução. Trata-se de ação de nulidade ou de revisão? O direito poderá ser viabilizado por via de ação ou de exceção?

### 3.2.1. Ação de nulidade ou de revisão?

Do ponto de vista científico, é preciso estabelecer a distinção entre nulidade (invalidade) e revisionabilidade. A cláusula, no que concerne ao excesso, seria inválida?

No sistema do Código de Defesa do Consumidor (art. 51, *caput* e inciso IV),<sup>103</sup> a solução deu-se pela nulidade. O excessivo (“abusivo”, no léxico consumerista) é nulo. A solução, que pode ser (do ponto de vista de política do Direito), adequada à tutela do consumidor, não é, porém, cientificamente correta, pois seria incorreto cogitar de uma “nulidade superveniente”, ou de uma “nulidade condicional”, isto é, condicionada ao excesso, que deve ser averiguado, como vimos, no momento em que o devedor incorre na pena, isto é, quando deixa de adimplir, ou adimple morosamente, a prestação. A nulidade é vício do plano da validade, atacando, portanto, o negócio jurídico em sua formação, é dizer, em sua “entrada” no mundo jurídico por deficiência de suporte fático.<sup>104</sup>

Em suma: a *validade* se define sempre no início do ato, na origem, ela jamais sobrevém, diferentemente da ineficácia, que pode sobrevir. Consequência da nulidade é que, não tendo sido obedecidos os elementos de validade (por ocorrer defeito ou *deficit* na formação do próprio negócio), este “sai” do mundo jurídico pela decretação de sua nulidade. Já a ineficácia, que

103 *Verbis*: “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.”

104 Por todos, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo III, § 255; e tomo V, § 529.



pode sobrevir, não expurga o negócio do mundo jurídico, apenas corta os seus efeitos, todos ou alguns.

É evidente que pode haver cláusula penal, em si mesma, e *ab initio* anulável, como a que, por sua enormidade originária, caracterize o vício da lesão (CC, art. 157), que é defeito do negócio jurídico; também assim a que seja aposta em negócio jurídico inválido, que é nula, pois diante de seu caráter acessório, a cláusula penal acompanha a sorte do negócio principal. Porém, não é disto que trata o art. 413. Aqui se trata de algo que *sobrevém* à formação do negócio: ou a quebra da proporcionalidade (hipótese da primeira parte), por ter sido cumprida parte da prestação, ou a quebra de um padrão mínimo de comutatividade, intervindo, então, a justiça corretiva para retirar a eficácia do que se mostrou, no caso concreto, e no momento de atuação da pena, excessivo.

Assim sendo, a solução induzida pelo Código Civil é mais adequada, e a ação cabível é a de revisão, para redução do *quantum* devido.

### **3.2.2 Eficácia em relação aos demais co-devedores**

Em relação aos demais devedores, co-obrigados, a redução terá efeitos nos termos indicados nos arts. 414 e 415, atinentes à existência, ou não, de culpa, e à modalidade da prestação, se divisível ou não.

## **4. Distinções do modelo anterior**

Pelos traços até aqui assinalados enseja-se a distinção do modelo anterior (art. 924 do Código de 1916), pelo qual caberia a redução, a critério

do juiz, indicado pelo emprego do verbo “poder”, atuante tão-somente nos casos de cumprimento parcial da prestação. O antigo modelo levantava uma série de problemas dogmáticos, um dos quais era o de saber se incidente também na cláusula penal moratória, em virtude da dificuldade de ser visualizada a “mora parcial”, como questionou, entre outros, Silvio Rodrigues.<sup>105</sup> Sem cabimento, portanto, no novo modelo, a afirmação de Pontes de Miranda segundo o qual a redução “não se refere às penas cumulativas”.<sup>106</sup> De mais a mais, as inovações aproximam a solução brasileira de outros modelos que, se não inovadores em si mesmos, foram inovadoramente reiterados em Codificações mais recentes.

## **5. Distinções e aproximações de outros modelos legislativos: breve perspectiva de Legislação Comparada**

Nas legislações que consagram a possibilidade de revisão da cláusula penal, três são, *grosso modo*, os modelos seguidos:

a) os que, seguindo o *Code Napoléon*, impregnado de voluntarismo, impõem o critério da imutabilidade da cláusula penal, apenas podendo ser modificada no caso de cumprimento parcial (Código Civil francês, redação original dos arts. 1.552 e 1.231; Código Civil italiano de 1865, arts. 1.209 e 1.217; Código Civil espanhol, arts. 1.152 e 1.155, e Código Civil mexicano, arts. 1.844 e 1.855). Na América Latina, seguiram este modelo os Códigos

105 RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral das Obrigações*. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, vol. 2, nº 48, pp. 94 e 95.

106 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsóí, 1959, tomo XXVI, § 3.113, p. 66.

Civis da Bolívia, de 1930 (art. 811), do Peru, de 1.852 (art. 1.275), o Código argentino, na redação original (art. 660), do Uruguai (art. 1.370). O Código brasileiro de 1916 também adotou o mesmo modelo no art. 924, porém, sendo mais restritivo, ao fixar o limite do art. 920. Segundo Talciani, nestes Códigos – desprezadas as contribuições dos canonistas medievais – verificou-se “um regresso aos antigos critérios da jurisprudência romana”.<sup>107</sup>

b) o segundo modelo retoma as doutrinas canonistas, no sentido da revisão, pelo juiz, tal como reformuladas por Dumoulin e Pothier, antecessores da Codificação francesa. Entendia este último que “a pena estipulada para o caso de inexecução de uma obrigação pode ser reduzida e moderada pelo juiz quando lhe parecer excessiva”.<sup>108</sup> É a solução endossada primeiramente pelo Código Civil prussiano de 1794 (§ 301 ALR), de onde passa para o Código Civil alemão (§ 343), e ao Código Civil suíço das Obrigações (art. 163). Mais tarde, o Código Civil italiano, de 1942, aderira a esta posição (art. 1.384) e também o Código Civil francês, pela reforma da Lei nº 597, de 9 de julho de 1975, que modifica o art. 1.152, 2ª alínea.

Na América Latina, segue este modelo o Código Civil chileno (art. 1.539), ao facultar ao devedor que peça a redução, em certos casos. Na segunda metade do século XX, algumas reformas foram feitas nos Códigos que adotaram o modelo primeiramente assinalado no item a), como, na Argentina, a Lei nº 17.711, de 1968, que introduziu no art. 656 um inciso II, que vedou a abusividade da cláusula penal. Também assim na Bolívia, a refor-

107 TALCIANI, Hernán Corral. La Reducción de la cláusula penal excesiva en el derecho civil de los países del cono sur. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago do Chile, vol. 27, nº 3, pp. 469-484, 2000, p. 471.

108 POTHIER. *Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires: Omeba, 1961, nº 346, p. 212, *apud* TALCIANI, Hernán Corral. La Reducción de la cláusula penal excesiva en el derecho civil de los países del cono sur. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, vol. 27, nº 3, pp. 469-484, 2000, p. 471.

ma de 1975, no art. 535; o Código peruano de 1984 (art. 1.346) e o Código paraguaio, de 1986.<sup>109</sup>

As reformas da segunda metade do século XX, aqui e na Europa, foram todas, como se vê, no sentido da revisibilidade da cláusula penal pelo juiz, variando as soluções basicamente em atribuir ao juiz a *faculdade* de revisar ou o *dever* de assim proceder, a solução por derradeiro indicada tendo sido, como vimos, agora consagrada pelo nosso Código.

**Art. 414. Sendo indivisível a obrigação, todos os devedores, caindo em falta um deles, incorrerão na pena; mas esta só se poderá demandar integralmente do culpado, respondendo cada um dos outros somente pela sua quota.**

**Parágrafo único. Aos não culpados fica reservada a ação regressiva contra aquele que deu causa à aplicação da pena.**

**Direito anterior** – No Direito anterior ao Código de Beviláqua, a regra era aceita por força do subsídio do Direito Romano (D. 45, 1, fr. 2, § 5º, e fr. 4, § 1º). O Código de 1916, art. 925.

**Direito comparado** – Código Civil francês, art. 1.232; Código Civil argentino, arts. 661 e 662; Código Civil chileno, art. 1.540; Código Civil uruguaio, art. 1.371.

---

109 Para estas indicações, TALCIANI, Hernán Corral. La Reducción de la cláusula penal excesiva en el derecho civil de los países del cono sur. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, vol. 27, nº 3, pp. 469-484, 2000, pp. 471-473.