

149. NATUREZA E CARACTERES DA CLÁUSULA PENAL

A cláusula penal ou pena convencional – *stipulatio penae* dos romanos – é uma cláusula acessória, em que se impõe sanção econômica, em dinheiro ou outro bem pecuniariamente estimável,¹ contra a parte infringente de uma obrigação. Pode ser avençada conjuntamente com a obrigação principal, e normalmente o é, ou em apartado (Código Civil de 2002, art. 409),² e constitui uma das mais importantes modalidades de promessa condicionada.³ No sistema jurídico contemporâneo, é mister que a cláusula penal desempenhe seu papel de instrumento jurídico contra a inadimplência, mas também não gere efeitos altamente maléficis e iníquos à outra parte com a proibição da pactuação de obrigações desproporcionais e extremamente onerosas. Deve, em síntese, estar em consonância com os princípios do renovado direito contratual, como a função social do contrato, o equilíbrio das prestações e a boa-fé objetiva, entre outros.⁴

O Código Civil de 2002, repetindo o modelo de 1916, permite que a cláusula penal se estipule conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior. Incorre, assim, na mesma imprecisão redacional do art. 916 do Código Civil de 1916. O que pretende o dispositivo estabelecer, tal qual o velho Código, é que a pena convencional pode ser estipulada no mesmo instrumento da obrigação principal, como uma de suas cláusulas, ou um de seus itens, como pode com a mesma eficácia ser avençada em instrumento à parte, seja simultâneo, seja posterior ao outro. O que se requer é que, se em apartado, possa inequivocamente identificar-se como sendo acessório, efetivamente, dele.

Discute-se qual a finalidade ontológica da pena convencional: se garantia do implemento da obrigação, ou se liquidação antecipada das perdas e danos.⁵ Com o primeiro destes objetivos, traz consigo um reforço do vínculo obrigacional: o devedor, que já o é em razão da *obligatio*, reforça o dever de prestar com o ajuste de multa, que lhe pode exigir o credor, se vem a faltar ao cumprimento do obrigado. Simultaneamente com esta finalidade, a lei admite que a inexecução faculta ao credor a percepção da cláusula penal, que figura consequentemente como a liquidação antecipada das perdas e danos, em que normalmente se converteria o inadimplemento. A finalidade essencial da pena convencional, a nosso ver, é o reforçamento do vínculo obrigacional, e é com este caráter que

mais assiduamente se apõe à obrigação. A pré-liquidação do *id quod interest* aparece, então, como finalidade subsidiária, pois que nem sempre como tal se configura. Mesmo naqueles casos em que tem este objetivo, não se pode dizer que o seja com todo rigor, pois que pode faltar, e efetivamente falta, por via de regra, correspondência exata entre o prejuízo sofrido pelo credor e a cláusula penal. Daí a observação de Trabucchi, a dizer que, ainda quando entendida como liquidação prévia de prejuízos, ainda assim importa em reforço do vínculo, pois que o devedor, conhecendo o valor da sanção, será estimulado a cumprir o obrigado.⁶ Vários escritores, antigos e modernos, sustentam que o seu único objetivo é a preestimativa das perdas e danos.⁷ Em contraposição, alguns juristas, alemães principalmente, nela enxergam um caráter eminentemente punitivo. Hoje não mais vigora tão acendrado tom polêmico. E, se alguns dão preponderância ao significado preestimativo dos prejuízos, e secundário ao punitivo,⁸ e outros, como Trabucchi no lugar citado, realçam o papel de reforçamento sobre o indenizatório, os juristas mais modernos sustentam que ela os reúne a ambos, sendo ao mesmo tempo a liquidação antecipada das perdas e danos e a punição pelo descumprimento.⁹ Cuida-se, pois, de mecanismo de proteção ao crédito, mas que, na visão atual, não pode configurar abuso de direito, nem gerar enriquecimento sem causa.¹⁰

Seja a cláusula penal estipulada juntamente com a obrigação ou em instrumento separado, evidentemente deve ser fixada antes do descumprimento, pois o contrário se não compadeceria com a finalidade econômica (liquidação *prévia* do dano) e menos ainda se afinaria com a outra, já que o reforçamento de obrigação descumprida pareceria o que a linguagem popular caracteriza no refrão que alude a “pôr fechadura em porta arrombada”. É a pena convencional, sempre, uma cláusula acessória, e tal como ocorre com todas as obrigações acessórias segue a principal, à qual acompanha nas suas vicissitudes. Desse modo, a ineficácia desta acarreta fatalmente a daquela,¹¹ descabendo indagar da razão da nulidade e da ciência que tenham revelado as partes quanto à invalidez do ato. Assim é que, inoperante este por incapacidade das partes, por falta de objeto ou por contravenção à ordem pública ou aos bons costumes, perece em consequência a penal. Ainda mesmo que os interessados a hajam adotado na ciência de que o contrato é inoperante e a tenham estipulado com o objetivo de reforçá-lo, a sorte da cláusula penal depende da obrigação a que adere, pois do contrário as partes a usariam como instrumento para burlar a lei, e procurar por linhas transversas uma eficácia que não conseguiriam diretamente, em virtude da contravenção à norma contida no ato reforçado por ela.¹² Não há no Direito brasileiro princípio

semelhante ao do art. 666 do Código Civil argentino, que admite aposição de cláusula penal para assegurar o cumprimento de obrigação que não possa ser judicialmente exigida, contanto que não seja reprovado pela lei.¹³ A recíproca, porém, não é verdadeira, de vez que a ineficácia que eventualmente atinja o pacto penal não afeta a validade da obrigação a que adere. É importante frisá-lo, porque, mesmo no caso de se encontrar na pena convencional uma afronta a lei de ordem pública, a nulidade a ela apenas é adstrita, restando incólume a obrigação.¹⁴ No mútuo, por exemplo, em cujo regime a lei de repressão contra a usura (Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933) estabelece a sua limitação a 10% do montante da dívida (art. 9º), a obrigação principal não é prejudicada se a multa for ajustada a maior, muito embora tal procedimento se defina como ilícito ao mesmo tempo civil e criminal.

Nos casos em que a lei admite se resolva a obrigação sem culpa do devedor, como por exemplo pelo perecimento natural ou fortuito do objeto, ou pela impossibilidade da prestação, também se resolve a pena convencional, como consequência do mesmo caráter acessório desta, que seria incompatível com a sua sobrevivência ao desaparecimento da relação jurídica ou do vínculo obrigatório a que adere.

Toda obrigação, de qualquer espécie, pode receber o reforço de uma cláusula penal. Frequentemente vem esta adjeta às convencionais, em razão de que a mesma vontade criadora do vínculo tem o poder de estipulá-la. É originariamente contratual, como contratual o seu campo de incidência mais frequente, e mesmo o seu mecanismo. Daí a necessidade da consideração dos novos princípios da teoria contratual também no campo da cláusula penal. Mas seria inexacto insulá-la no direito do contrato, como aliás procede Salvat, e antes dele Giorgi,¹⁵ pois que é lícito inseri-la no testamento, que é ato unilateral, punindo o herdeiro pela inexecução de legados ou encargos.¹⁶ Fora de as obrigações contratuais, também as decorrentes da lei, a par das penalidades que as acompanham por força da mesma lei, podem ser igualmente reforçadas de penas convencionalmente determinadas, pois nenhuma incompatibilidade existe entre a natureza legal da obrigação e o caráter convencional da multa. O assunto, aliás, tem sido objeto de cogitação em outros sistemas jurídicos, como o francês, no qual a jurisprudência anula as cláusulas penais referentes à responsabilidade delitual, não obstante militar a doutrina no sentido de sua validade.¹⁷

Passível de discussão tem sido a taxinomia da cláusula penal, que em nosso direito codificado ocupa lugar entre as modalidades das obrigações, por constituir uma espécie particular de gerá-la, tal como ocorre no Código Civil alemão, arts.

336 a 345. O nosso Lacerda de Almeida, tratando-a como “reforço das obrigações”, aproximava-a das perdas e danos e situava-a na zona destinada à “inexecução das obrigações”;¹⁸ Lafaille, taxando-a de “obrigação de indenizar”, encara-a no capítulo da inexecução.¹⁹ O Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941 considerou-a no seu aspecto de sucedâneo da liquidação de prejuízos, e Orosimbo Nonato o aplaude, por lhe parecer mais fiel à lógica da classificação.²⁰ Assim também nosso Projeto de Código de Obrigações e o Código Civil de 2002.²¹

Em suma, pode a cláusula penal aderir a qualquer obrigação, seja esta positiva ou negativa. Em qualquer caso, expressa há de ser, e inequívoca. Não se afeiçoaria bem aos princípios que resultasse implícita ou presumida, já que traz em si um objetivo penal, e nenhuma pena é de aplicar-se por inferência, senão por disposição explícita. Mas não há mister, e todos os escritores o assinalam, seja redigida por forma sacramental e imutável, numa reminiscência descabida da *stipulatio penae romana*, que, esta sim, era dominada pela exigência formal.²²

Quando a obrigação é a prazo, incorre o devedor de pleno direito na multa, desde que se verifique o inadimplemento no termo. Mas, se não houver prazo marcado, é necessária a constituição do devedor em mora, sem o que não pode ser pedida a aplicação da penal (Código Civil de 2002, art. 408),²³ pois que, não sendo a obrigação a termo, a inexecução somente se caracteriza como consequência da constituição em mora.²⁴

O problema da constituição em mora está contido no art. 397 do Código Civil de 2002, a saber se é mora *ex re* ou *ex persona*. Para a incidência da cláusula penal ou pena convencional, nenhuma providência se requer da parte do credor. Positivado o descumprimento absoluto ou relativo da obrigação (no pressuposto de ocorrer a constituição em mora), incorre o devedor faltoso *pleno iure* na cláusula penal.

As partes, ao estipularem a cláusula penal, podem ter em vista a inexecução completa da obrigação ou apenas reforçar o cumprimento de uma de suas cláusulas, ou então punir a mora do devedor. No primeiro caso (garantia do cumprimento total da obrigação), tem o credor a faculdade de exigir uma ou outra, isto é, a prestação em espécie ou o pagamento da pena. Já a pena convencional moratória, ou a que tenha por finalidade reforçar uma cláusula especial da obrigação, não traduz a mesma alternativa, podendo então ser exigida conjuntamente com o cumprimento da obrigação principal (Código Civil de 2002, arts. 409 e 410).²⁵ Pode ainda referir-se à hipótese de execução imperfeita ou não satisfatória da obrigação, que tanto diz respeito ao tempo, e neste caso se

confunde com a penal moratória, como ainda ao próprio modo de realizar a prestação, que não corresponde à estipulação das partes.²⁶

Aquela alternativa entre a prestação específica e a multa benéfica, é claro, apenas o credor, e nunca se estende ao devedor inadimplente. Daí assentar-se que não tem o devedor a faculdade de escolher entre a pena convencional e o cumprimento da obrigação. Não tem o direito de prestar ou pagar a multa nem pode considerar-se a cláusula penal um meio de romper-se o contrato, oferecendo-a o devedor em substituição da prestação.²⁷ Para que se lesse na cláusula penal uma alternativa, seria necessário que o seu pagamento estivesse *in obligatione*, tal como vimos no nº 144, *supra*, o que obviamente não ocorre. O devedor o é, em verdade, da *prestação*, e, se a descumpre, surge para o credor, nesse momento, a faculdade de pedir a *res debita* ou reclamar a *multa*. Para ele, devedor, a obrigação é uma só: cumprir o que se obrigou (*una res in obligatione*). Mas, se deixa de prestar, cabe ao credor escolher entre o cumprimento da obrigação e a multa convencional. Se assim não fosse, e o devedor tivesse a opção entre o implemento da obrigação e o pagamento da multa, a cláusula penal desfiguraria a obrigação, que passaria a facultativa a benefício do devedor (*duae res in solutione*) e perderia todo o sentido de reforço do vínculo.

O próprio credor não tem, em virtude da cláusula penal, duplicidade de prestações, alternativamente exigíveis, pois não tem direito a uma de duas soluções, a específica e a multa. Esta somente existe e será exigível depois de caracterizado o inadimplemento.

150. PENA CONVENCIONAL MORATÓRIA E COMPENSATÓRIA. CLÁUSULA DE ARREPENDIMENTO

A cláusula penal pode ser estipulada para o caso de deixar o devedor de cumprir a totalidade de sua obrigação, ou então, com caráter mais restrito, e por isto mesmo mais rigoroso, para o de inexecução em prazo dado. Na primeira hipótese o devedor incide na pena se deixa de efetuar a prestação, na segunda torna-se devida a multa pelo simples fato de não ter realizado a tempo, ainda que possa executá-la ulteriormente. Uma, a primeira, se diz *compensatória*, e a outra *moratória*.

O artigo 410 do Código Civil de 2002 define uma cláusula penal nitidamente compensatória. Estipulada para o caso de inadimplemento total da obrigação, abre