

***Miradas sobre a cláusula penal no direito contemporâneo
(à luz do Direito Civil-Constitucional, do Código Civil de 2002 e do CDC)***

Cristiano Chaves de Farias

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia.

Mestre em Ciências da Família pela UCSal. –

Universidade Católica do Salvador.

Professor do curso de Direito das Faculdades Jorge Amado.

Professor do Curso JusPODIVM – Centro Preparatório para a carreira jurídica.

Membro do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família.

Sumário:

1. Noções propedêuticas sobre a cláusula penal; 2. Forma e objeto; 3. Função da cláusula penal; 4. Cabimento; 5. Modalidades e respectivos caracteres; 5.1. Regras gerais e fundamentais; 5.2. A imutabilidade relativa da cláusula penal e a possibilidade de revisão judicial; 5.3. A cláusula penal e o prejuízo sofrido pelo credor; 6. Limite valorativo da cláusula penal; 6.1. Noções gerais; 6.2. A Lei de Usura; 6.3. O Código de Defesa do Consumidor; 6.4. Outros dispositivos legais; 6.4. A questão na ótica do Direito Civil-Constitucional; 7. A questão dos honorários advocatícios, custas processuais e juros; 8. Momento da exigibilidade da cláusula penal; 9. Acheegas para a compreensão da cláusula penal consentânea com os paradigmas do novo Direito Civil. Bibliografia.

“Deixo assim ficar subentendido, Como uma idéia que existe na cabeça e não tem a menor intenção de acontecer” (LULU SANTOS)

1. Noções propedêuticas sobre a cláusula penal.

É certo e incontroverso que as obrigações são o mecanismo de facilitação da circulação de riquezas, cumprindo importante função social e econômica¹, máxime na sociedade contemporânea, que tem se organizado a partir do fenômeno mundial das relações de consumo (*mass consumption society* ou *Konsumgesellschaft*), massificada pelo crescente aumento de oferta de produtos e serviços, pelo império do *marketing* e propagação do crédito como elemento propulsor do desenvolvimento econômico.

¹ ORLANDO GOMES faz expressa referência ao fato de que “para satisfazer seus interesses, o homem não pode limitar-se à utilização direta de bens. Precisa, também, que outros pratiquem atos que lhe sejam úteis, aos quais contraprestam por diversas maneiras”. São esses atos, prestações, devidas entre os homens que caracterizam as obrigações, cf. *Obrigações*, cit., p.1-2.

Exsurge, assim, incontroversa a importância das relações obrigacionais na sociedade moderna e o claro e natural interesse das partes – e da própria ordem jurídica – em fomentar o cumprimento do pacto obrigacional entabulado, evitando o descumprimento e os eventuais prejuízos decorrentes da violação.

Nesse campo, apresenta-se a *cláusula penal* como instrumento de que se valem as partes, nas relações obrigacionais, para atingir tal desiderato. Sem dúvida, como percebe com sensibilidade ARNALDO RIZZARDO, “*sempre acompanha os contratos um grau de insegurança no atendimento do que neles consta estabelecido, gerando um grau de instabilidade nas relações econômicas e sociais. Quanto maiores as instabilidades de uma economia, e mais fortes as crises que assolam os povos, ou menos evoluída a consciência moral das pessoas, geralmente mais cresce a inadimplência das obrigações, ensejando mecanismos de defesa e proteção dos direitos e créditos emanados das convenções e contratos*”.²

Aliás, já tivemos oportunidade, em outra sede, de afirmar que *a obrigação principal tem como objeto uma prestação de dar, fazer ou não fazer. Porém, visando à redução do risco do descumprimento total ou parcial da obrigação, poderão as partes estipular cláusulas acessórias, mediante as quais o devedor oferecerá garantias suplementares à satisfação do débito*.³

Vê-se, pois, de forma incontestada a importância da cláusula penal nas relações obrigacionais, por lhe conferir maior segurança e, via de consequência, às próprias relações sócio-econômicas. Atente-se, todavia, que essa maior garantia não poderá, no entanto, desrespeitar as garantias conferidas pelo sistema legal ao devedor. Em outras palavras, não pode violar a *dignidade da pessoa humana*⁴ do devedor.

² Cf. *Direito das Obrigações*, cit., p.251.

³ Seja consentido remeter a FARIAS, CRISTIANO CHAVES; ROSENVALD, NELSON, cf.. *Direito das Obrigações*, cit., especialmente p.420-1.

⁴ Sobre o influxo da *dignidade da pessoa humana* no Direito Civil, vide GUSTAVO TEPEDINO, cf. *Temas de Direito Civil*, cit., p. 1 e ss. e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS E NELSON ROSENVALD, cf. *Direito Civil: Teoria Geral*, cit., especialmente p.91-6.

Assim, antevendo a possibilidade de inadimplemento total ou parcial da prestação ou mesmo simples atraso, impontualidade, no pagamento, surge a cláusula penal, como a possibilidade das partes, *expressamente*⁵, estipularem indenização a ser paga se vier a ocorrer quaisquer das hipóteses (inadimplemento total ou parcial ou simples mora)⁶.

O Código Civil francês de 1804 (art. 1.226) já exprimia essa idéia, afirmando que o fito da cláusula penal era “*assegurar a execução da convenção*”, se comprometendo alguém a dar alguma coisa, em caso de inexecução.

A cláusula penal – *pena convencional* ou *stipulatio penae* – é, portanto, a previsão, sempre adjeta a um contrato, de natureza acessória, estabelecida como *reforço ao pacto obrigacional*⁷, com o fito de fixar previamente a liquidação de eventuais perdas e danos devidas por quem descumpri-lo⁸. Com LIMONGI FRANÇA, “*é um pacto acessório, cuja finalidade é garantir, em benefício do credor, através do estabelecimento de uma pena, o fiel e exato cumprimento da obrigação principal*”.⁹

Apesar de se tratar de pacto de natureza *acessória*, é preciso invocar a lição de SERPA LOPES¹⁰ para excepcionar duas hipóteses: uma em que a cláusula penal se manterá vigente, a despeito da nulidade da obrigação principal, outra, quando exteriorizar-se-á independente. No primeiro caso, é possível detectar-se quando a nulidade seja de origem tal a dar lugar a uma ação indenizatória, como, v.g., na venda civil de coisa alheia, se essa circunstância era ignorada pelo

⁵ Por óbvia regra de hermenêutica, deve a cláusula penal ser expressa, não sendo admissível sua presunção ou interpretação extensiva. Assim, WALD, *Obrigações e contratos*, cit., p.158.

⁶ Dispara, com objetividade, OROZIMBO NONATO, cf. *Curso de Obrigações*, cit., p.303, que a cláusula penal “*traduz uma obrigação de indenizar, em caso de inadimplemento ou mora*”.

⁷ Com esse pensar, EVERALDO CAMBLER, cf. *Curso avançado de Direito Civil*, cit., p.96. Identicamente, LACERDA DE ALMEIDA chegou mesmo a estudar a cláusula penal no capítulo que intitulou “*reforço da obrigação*”, justificando pelas afinidades mantidas com a teoria das perdas e interesses, *apud* SERPA LOPES, cf. *Curso de Direito Civil*, cit., p.150.

⁸ No sentido do texto, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, cf. *Instituições de Direito Civil*, cit., p.93, MARIA HELENA DINIZ, cf. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, cit., p.383 e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, cf. *Curso de Direito Civil*, cit., p.199.

⁹ Cf. *Instituições de Direito Civil*, cit., p.570. Desse entendimento não discrepa RIZZARDO, conceituando-a como “*a cominação que se estabelece em um contrato, através de disposição específica, pela qual se atribui ao inadimplente da obrigação principal o pagamento de determinada quantia, ou a entrega de um bem, ou a realização de um serviço*”, cf. *Direito das Obrigações*, cit., p.251.

¹⁰ Cf. *Curso de Direito Civil*, cit., p. 157.

comprador. O segundo caso, relativo à independência da cláusula penal, ocorreria se se destinava a garantir a própria nulidade da obrigação principal. Ora, como adverte SCUTO¹¹, se assim foi convencionada a cláusula penal, houve completa *desnaturação*, pois o pressuposto de sua eficiência deixaria de ser a existência da obrigação para ser a sua inexistência. Em outras palavras, de cláusula penal não se trata.

Releva destacar, demais de tudo isso, que o moderno conceito de obrigações como um processo (a chamada *obrigação complexa*, porque envolve não apenas o dever de dar, fazer ou não fazer algo específico, mas, antes disso, atuar com ética, respeitando as justas expectativas da outra parte), permitindo visualizar uma série de condutas tendentes ao adimplemento substancial da prestação, impõe, naturalmente, uma maior importância à cláusula penal, cuja função seria a de evitar o descumprimento de um dever de conduta.¹²

2. Forma e objeto.

É de se averbar que a pena convencional pode ser estipulada conjuntamente com a obrigação principal (*uno actu*) ou em momento posterior, dêis que *antes da verificação do fato que contempla*¹³, pois o contrário se não coadunaria com o seu escopo de prévia liquidação das perdas e danos. Em qualquer das hipóteses, terá a cláusula penal natureza *acessória*, ligando-se à obrigação de que previne o incumprimento.

Nesse sentido, o art. 409 do Código Civil: “a cláusula penal, estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora”.

¹¹ Cf. CARMELO SCUTO, *Teoria Generale delle Obbligazione*, Napoli, 3ªed., 1950, nº38, p.424.

¹² Nesse diapasão, veja-se FARIAS, CRISTIANO CHAVES; ROSENVALD, NELSON, cf.. *Direito das Obrigações*, cit., especialmente p.421.

¹³ Cf. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 704. Com igual pensamento, ORLANDO, cf. *Obrigações*, cit., p.159, alertando para a possibilidade de se instituir a cláusula penal por “*aditamento, contanto que anterior a inexecução da obrigação principal*”.

Averbe-se, outrossim, ser desnecessário o emprego de expressões tradicionais ou técnicas (tais como *cláusula penal*, *pena convencional* ou *multa*), bastando que esteja clara a estipulação para o caso de inadimplemento.

De outra banda, é possível que o seu objeto corresponda a uma quantia pecuniária, a outro bem economicamente apreciável ou, finalmente, à realização de um serviço ou abstenção em proveito do credor¹⁴. Pode até mesmo consistir na perda de uma certa vantagem por parte daquele que violou as disposições contratuais, como uma benfeitoria ou melhoramento. Como salienta WALD, também se admite “*cláusula cujo conteúdo seja a prática de ato ou mesmo uma abstenção por parte do inadimplente (‘v.g.’, se não construir a casa dentro do prazo convencional o empreiteiro deverá fazer mais um quarto).*”¹⁵

3. Função da cláusula penal.

A partir do tratamento diferenciado emprestado pelos sistemas jurídicos em torno da cláusula penal, tem-se duas posições antagônicas, justificando a sua função: *a) representaria uma prévia estipulação das perdas e danos devidos pelo inadimplemento ou pela mora do devedor; ou b) significaria punição àquele que descumpre ou retarda o implemento da prestação devida*¹⁶.

Historicamente, nota-se já no direito romano que a *stipulatio penae* foi modificada para sobrelevar-se em seu papel de elemento reparador, como forma de *composição das perdas e danos*. Disso não discrepou o sistema francês, no qual as penas cominatórias tinham função de recomposição patrimonial, perdendo a cláusula penal o seu aspecto punitivo. Por outro turno, entretentes, o Código

¹⁴ Assim, MARIA HELENA, cf. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, cit., p.384, SERPA LOPES, cf. *Curso de Direito Civil*, cit., p.159 e WASHINGTON, cf. *Curso de Direito Civil*, cit., p.200. Em sentido contrário, porém sem qualquer fundamento lógico, *venia maxima concessa*, GIORGI GIORGIO, cf. *Teoria delle obbligazioni*, Florença:Casa Editrice Libreria Fratelli Cammelli,1892, vol. II, nº421.

¹⁵ Cf. *Obrigações e contratos*, cit., p. 159.

¹⁶ Na doutrina alienígena, defendendo o caráter *ressarcitório*, de *prévia liquidação das perdas e danos*, DEMOLOMBE, PLANIOL, RIPERT & BOULANGER, COLIN ET CAPITANT e LAURENT, entendendo se tratar, apenas, da compensação por perdas e danos que o credor suporta pela inexecução obrigacional. Em sentido inverso, afirmando caráter *punitivo* na cláusula penal, JORGE PEIRANO FACIO e SJOEGREN. Buscando uma solução intermédia, entre os extremos das concepções germânica e francesa, os irmãos MAZEAUD, MAULLER e SÉCRETAN, *apud* SERPA LOPES, cf. *Curso de Direito Civil*, cit., p.154-5.

das Obrigações suíço e o *BGB* alemão avultaram o *caráter punitivo* da cláusula penal, remontando às origens primitivas romanas.

Em meio a essa dicotomia, a ordem jurídica brasileira, seguindo a trilha do art. 1.229 da lei francesa, abraça a natureza *reparatória* da cláusula penal, reconhecendo-lhe função de *indenização previamente fixada*.

Do mesmo modo que o legislador de 1916, o nosso Estatuto Civil, acertada e expressamente, ressalta a natureza *compensatória* da cláusula penal, notadamente nos arts. 410, 411 e 412, afirmando que “*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. 410) e que “*quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal*” (art. 411), além de manter a regra de que “*o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal*” (art. 412).

Abraça, pois, o Texto Codificado a posição de que a função elementar da cláusula penal é *prefixar a indenização no caso de inexecução da obrigação ou retardamento no seu cumprimento*¹⁷. Ora, pela convenção penal as partes estimam, de antemão, as perdas e danos a serem devidas por quem, eventualmente, vier a descumprir o contrato. Esse o seu objetivo e função de ordem prática! Entender diferente é desvirtuar-lhe o caráter e finalidade.

Com habitual percuciência, assevera ORLANDO que a sua “*genuína função, apresenta-se como um meio de que servem as partes de um contrato para*

¹⁷ Cf. CAVALIERI FILHO, SÉRGIO, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p.205. No mesmo diapasão, ORLANDO, cf. *Obrigações*, cit., p.159, OROZIMBO NONATO, cf. *Curso de Obrigações*, cit., p.304 e CAMBLER, cf. *Curso avançado de Direito Civil*, cit., p.98. Em sentido contrário, afirmando ter maior relevo a função coativa, embora registre uma “*tendência em salientar o caráter reparatório ou compensatório*”, RIZZARDO, cf. *Direito das Obrigações*, cit., p.253, além de CAIO MÁRIO, cf. *Instituições de Direito Civil*, cit., p.94. Em posição intermédia, enxergando função *ambivalente* (penal e indenizatória), MARIA HELENA, cf. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, cit., p.384, SÍLVIO RODRIGUES, cf. *Direito Civil*, cit., p.83, WASHINGTON, cf. *Curso de Direito Civil*, cit., p.200-1 e SALVAT, cf. *Tratado de Derecho Civil argentino: Obligaciones*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2ªed., 1967, t.I, nº182.

delimitar, de antemão, a responsabilidade pela inexecução culposa. Constitui, em síntese, prefixação convencional de perdas e danos.”¹⁸

Tem, por conseguinte, a vantagem de evitar a penosa – e muita vez de grande dificuldade prática – tarefa de liquidar o dano causado pelo descumprimento obrigacional, motivo pelo qual se dispensa, inclusive, a comprovação de qualquer prejuízo. Trata-se de uma liquidação *a forfait*, com especificação prévia do valor dos prejuízos em razão do inadimplemento.

Veja-se, ademais, que o seu caráter *punitivo* é “*meramente accidental*”, como desfecha com mestria o mestre baiano ORLANDO GOMES¹⁹, pena de desvirtuar seu verdadeiro e mais importante escopo.

Não se tente, pois, inverter (e subverter!) o resultado almejado pela estipulação da cláusula penal: se, eventualmente, atua no subjetivismo do devedor, estimulando-o ao adimplemento, é resultado secundário da sua principal atuação de pré-liquidar as perdas e danos.

4. Cabimento.

Não obstante se trate de instituto tipicamente *contratual*, não se pode negar a possibilidade da incidência da pena convencional, por igual, em outros atos jurídicos, inclusive unilaterais, como, *exempli gracia*, no testamento, com o fito de estipular indenização para a hipótese do herdeiro não pagar o legado deixado²⁰. Nesse diapasão, o preclaro mestre das Alterosas, CAIO MÁRIO, leciona ser a cláusula penal “*originariamente contratual, como contratual o seu campo de incidência mais freqüente, e mesmo o seu mecanismo.*” E conclui: “*mas seria inexato insulá-la no direito do contrato*”²¹.

¹⁸ Cf. *Obrigações*, cit., p.162.

¹⁹ Cf. *Obrigações*, cit., p.159. Comungando dessa idéia, TITO FULGÊNCIO, cf. *Do Direito das Obrigações – das modalidades das obrigações*, Rio de Janeiro: Forense, 2ªed., 1958, nº391.

²⁰ Exemplo citado, entre nós, por OROZIMBO NONATO, *Curso de Obrigações*, cit., p.308 e WASHINGTON, *Curso de Direito Civil*, cit., p.199. Na doutrina alienígena, L. BARASSI, cf. *La Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 2ªed., 1948 (reimpressão 1964), p.122, 3ºvol..

²¹ Cf. *Instituições de Direito Civil*, cit., p.95.

Demais disso, é mister salientar a possibilidade de inclusão de cláusula penal por força do próprio texto de lei, em hipóteses nas quais a própria obrigação dela diretamente derivar. Ora, se o legislador estabelecer a obrigação, nada lhe impedirá de, também, estipular prévia liquidação dos danos resultantes do eventual descumprimento, não havendo qualquer incompatibilidade para tanto.

5. Modalidades e respectivos caracteres.

5.1. – Regras gerais e fundamentais.

A partir da finalidade almejada com a sua estipulação, é possível identificar duas diferentes espécies de pena convencional, como, aliás, reza a Lei Civil, em seu art. 409: a) cláusula penal *compensatória*; b) cláusula penal *moratória*.

A cláusula penal será *compensatória* se estipulada para a hipótese *inadimplemento total* ou *parcial*. De outra banda, será *moratória*, se se apõe para a eventual *mora*, o *retardo no cumprimento da prestação devida*, embora ainda seja possível e útil para o credor o pagamento²².

Por óbvio, nada impede que, numa mesma relação obrigacional, estejam estipuladas ambas as modalidades, prevendo-se conseqüências para o inadimplemento total ou parcial e para o atraso no implemento.

Quando a cláusula penal se dirigir à *inexecução total* da obrigação, converte-se em *alternativa* para o credor²³, que gozará da faculdade de exigir uma ou outra, além da atualização monetária. Realizada a escolha, como salienta MARIA HELENA, o credor “*concentrará o vínculo, não tendo mais direito de recuar, ante a irretratabilidade de sua escolha*”.²⁴ Veda-se, pois, a cumulação do recebimento da multa com o gozo do adimplemento obrigacional, até porque

²² No sentido do texto, CAMBLER, *Curso avançado de Direito Civil*, cit., p.96, MARIA HELENA, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, cit., p.389 e WASHINGTON, cf. *Curso de Direito Civil*, cit., p.204. Em sentido contrário, entendendo ser *compensatória* a cláusula penal relativa apenas à inexecução total, enquanto a *moratória* diria respeito ao descumprimento parcial e à mora, SÍLVIO RODRIGUES, cf. *Direito Civil*, cit., p.89 e FÁBIO HENRIQUE PODESTÁ, cf. *Direito das Obrigações*, cit., p.109.

²³ Giza o art. 410 do CC: “*quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor*”.

²⁴ Cf. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, cit., p.389.

pagando aquela o devedor libera-se do vínculo, uma vez que se trata, exatamente, de indenização fixada antecipadamente

Lembre-se que a alternativa entre a prestação específica e a multa beneficia apenas o credor, não se estendendo para o devedor²⁵. Pois bem, sobreleva ir ainda mais longe, para afirmar que, *havendo estipulação contratual no sentido de conferir ao devedor o direito de escolha, se trata de cláusula nula de pleno direito, por cercear a faculdade do credor em responsabilizar civilmente o devedor, violando a função social do contrato*, acolhida expressamente pela nova ordem jurídica (CC, arts. 420 e 421) e pelo próprio Texto Constitucional implicitamente, ao erigir à categoria de princípio fundamental da República a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inciso III).

Ora, se tal escolha pudesse ser conferida ao devedor, desnaturada restaria a função indenizatória da cláusula penal, passando a se tratar de verdadeira *obrigação com faculdade de solução*²⁶, podendo o sujeito passivo se desonerar prestando o objeto *in facultatis solutionis*.

Em contrapartida, quando se refere à *inexecução parcial* ou à *mora*, o atraso, no implemento, poderá o credor exigir conjuntamente o cumprimento da obrigação mais a cláusula penal. Neste caso, assiste ao credor o direito de exigir a satisfação da prestação mais a pena cominada expressamente.

É o que emana do art. 411, CC, repetindo a antiga regra: “*quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.*”

5.2. – A imutabilidade relativa da cláusula penal e a possibilidade de revisão judicial.

²⁵ Com idêntico pensar, CAIO MÁRIO, cf. *Instituições de Direito Civil*, cit., p.97.

²⁶ A respeito das chamadas *obrigações facultativas*, não previstas expressamente em nossa ordem jurídica, embora admitidas doutrinária e jurisprudencialmente, consulte-se WALD, cf. *Obrigações e Contratos*, cit., p.51-2.

Tratando-se de cláusula expressa, a pena convencional os obriga na forma pactuada. Averbese-se, todavia, que se trata de *imutabilidade relativa*, e não absoluta, como se imaginou outrora, a partir da norma do CC/16, art. 927, pela qual “o devedor não pode eximir-se de cumpri-la, a pretexto de ser excessiva”.

Com o intuito de coibir abusos, é mister que se tenha em tela a possibilidade constante (e independente de previsão contratual) de *revisão judicial do valor da cláusula penal*, em nome da ordem pública, garantindo o seu equilíbrio e função. Aliás, não se trata de novidade da lei brasileira (CC, art. 413²⁷), já constando do CC francês de 1804, art. 1.351.

Veja-se, inclusive, que o Estatuto do Cidadão não repetiu a redação do art. 927 do CC/16, com o exato propósito de esclarecer tal possibilidade, evitando confusões interpretativas. Aliás, a orientação jurisprudencial já emanava pacífica do STJ: “CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO. Rescindido o contrato de promessa de compra e venda, o juiz está autorizado a reduzir o valor da cláusula penal. Recurso especial conhecido e provido em parte.”(STJ, Ac.unân.3ªT., REsp.151527/PA, rel. Min. Ari Pargendler, DJU 11.6.2001, p.198)

Importa frisar, portanto, ser *amplíssima* a possibilidade de revisão judicial da cláusula penal (e da obrigação como um todo), apenas não se tolerando que venha o juiz a fixar cláusula penal não estipulada pelas partes ou mesmo majorá-la quando fixada em valor irrisório²⁸. Tal hipótese é vedada ao magistrado, até porque infringiria a autonomia da vontade que caracteriza o Direito Privado.

E mais. A possibilidade de alteração judicial (sempre por provocação da parte, eis que vedada a prestação jurisdicional *ex officio*, a teor do CPC, art. 2º) incide não apenas na multa *compensatória*, mas, por igual, na *moratória*.

²⁷ CC, art. 413: “a penalidade deve ser reduzida eqüitativamente 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 redação do CC/1916, art. 924, afirmava: “quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento.”

²⁸ Esta, também, é a posição de CAIO MÁRIO, cf. *Instituições de Direito Civil*, cit., p.103 e MARIA HELENA, cf. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, cit., p.388.

E não se submete à expressa previsão contratual, sendo possível a revisão judicial mesmo que as partes tenham estipulado o contrário, eis que se trata de disposição “*de ordem pública, não podendo, destarte, ser alterada pelos particulares*”, como adverte WASHINGTON²⁹.

Nessa trilha, em se tratando de cláusula penal *compensatória*, dirigida ao *inadimplemento total*, não se pode admitir que venha a exceder o valor da obrigação principal por se tratar de estipulação para reparar prejuízos (liquidando-os por estimação prévia)³⁰. Violada essa regra, cabe, pois, a revisão judicial.

Nesse sentido, a incidência da norma do comando 412 da Lei Civil: “*o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal*”.

Se a previsão é para o *inadimplemento parcial* ou a *mora*, enseja-se ao devedor reclamar em juízo a redução proporcional ao valor do pagamento realizado, acaso tendo sido estipulada em patamar exacerbado, evitando enriquecimento sem causa do credor.

Em síntese, é possível a revisão da multa de modo a reduzi-la quando estipulada em valor superior à prestação devida ou quando houver adimplemento parcial ou simples mora, tornando-a consentânea com a realidade fenomenológica dos fatos, evitando distorções e injustiças³¹. Aliás, sobreleva obtemperar *não existir, no caso do acessório superar o valor da obrigação devida, propriamente nulidade nem da obrigação principal, nem tampouco da cláusula penal*. A nulidade é apenas do excesso, o que não prejudica a validade da convenção, por isso que o juiz *ex vi legis* tem o dever de fazer a redução.³²

²⁹ Cf. *Curso de Direito Civil*, cit., p.214.

³⁰ Nas Ordenações Filipinas se encontrava regra símile, no Liv.IV, Tít.70: “*as penas convencionais, que por convença das partes foram postas e declaradas nos contratos, não podem ser maiores, nem crescer mais do que o principal.*”

³¹ Essa já é a orientação pretoriana: “Avençada pelas partes, em caso de inadimplemento do promitente-comprador cláusula penal a impor a perda das parcelas pagas, tem esta natureza compensatória das perdas e danos que, assim, hão de conter-se nos limites do que o promitente-vendedor efetivamente perdeu e razoavelmente deixou de lucrar, sob pena de lhe ser proporcionado um enriquecimento sem causa. Por isso, deve o juiz, atento às circunstâncias do caso, limitar a perda das parcelas pagas, independentemente de pedido reconventional.” (STJ, Ac.unân.3ªT., REsp.39961/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 26.6.2000, p.154)

³² Cf. CARVALHO SANTOS, citado por PODESTÁ, cf. *Direito das Obrigações*, cit., p.110.

Aliás, não é despidendo ressaltar o avanço legislativo operado com a previsão do art. 413 do Código Civil (inspirado no art. 343 do *BGB*), espelhando entendimento esposado de há muito pela doutrina e jurisprudência, de que não se trata de faculdade do juiz a redução proporcional, mas de verdadeiro *dever*, salientando mais nitidamente o caráter de justiça e eqüidade: “*a penalidade deve ser reduzida eqüitativamente 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.*”

5.3. – A cláusula penal e o prejuízo sofrido pelo credor.

O inadimplemento ou a mora obrigacional, sem dúvida, impõe consideráveis prejuízos ao credor, além de transtornos de ordem prática. Para exigir a cláusula penal estipulada, no entanto, não é necessário que se prove a ocorrência do dano sofrido, vez que se dispensa qualquer discussão sobre a matéria.

A esse respeito, o art. 416 do *Codex* é de clareza solar ao dispor que “*para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo*”, tratando-se de verdadeira presunção *juris et de jure*³³, pela qual o credor pode exigir a multa, uma vez que já se estabeleceu previamente um montante para o dano que, presumivelmente, decorre do inadimplemento.

Não se cogita do prejuízo sofrido efetivamente pelo credor, pois já se estipulou previamente quanto seria o valor devido pelo descumprimento ou mora. Daí, então, decorrer que sendo maior ou menor o dano sofrido, as partes se vincularam à multa estipulada, nada podendo alegar.

Se assim não fosse, a cláusula penal perderia a sua *função*, gerando instabilidade contratual e social, deixando o devedor sujeito a cobranças posteriores com o propósito de ampliar o valor que já pagou a título indenizatório.

³³ Nesse diapasão, RIZZARDO, cf. *Direito das Obrigações*, cit., p.278.

Ademais, a cláusula prevista “*corresponde presumidamente ao justo valor dos danos experimentados pela parte inocente*”, como salienta WASHINGTON.³⁴

Nessa esteira, vale invocar a redação do Parágrafo Único do art. 416 do Estatuto Civil, desfechando a solução aqui alvitrada: “*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.*”

6. Limite valorativo da cláusula penal.

6.1. – Noções gerais.

Reveste-se de suma importância precisar os exatos contornos do *quantum* da pena convencional deliberada. A regra geral é de que na multa *compensatória*, o valor pode corresponder até a integralidade do montante da prestação devida, enquanto na *moratória* não se admite sua excessiva gravidade, dados os princípios de ordem pública alhures vistos, pela impossibilidade de se tolerar o enriquecimento sem causa.

Vale lembrar, nessa passagem, que o Código Civil, no art. 412, manteve a limitação do *quantum* da multa *compensatória* ao valor da prestação: “*o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal*”.

Ressalte-se o caráter de equidade e justiça social presente na regra, eis que permite maior equilíbrio no tratamento da questão, evitando que o devedor seja compelido a pagar altos valores, importando em enriquecimento sem causa do credor.

6.2. – O Código de Defesa do Consumidor.

A legislação consumerista tem o condão de proteger o hipossuficiente da relação obrigacional de consumo, que entabula o negócio por absoluta

³⁴ Cf. *Curso de Direito Civil*, cit., p.216.

necessidade e não apenas pela vontade pessoal. Em outras palavras, tutela-se o consumidor, que assume obrigações pela necessidade de desempenhar suas funções na sociedade e, por que não dizer, pela necessidade de viver.

Não se contrata por exclusiva *autonomia da vontade*, mas por *necessidade pessoal e social*, dadas as inúmeras necessidades vitais da pessoa que somente pelo contrato (na sua grande maioria, de consumo) podem ser atendidas.

Com a Lei nº9.298/96, que emprestou nova redação ao CDC, art. 52, a multa moratória nos contratos de consumo não mais pode exceder a 2% do valor da prestação devida, limitando, também, a autonomia da vontade. Por evidente, tal limitação só incidirá nos contratos (inclusive de mútuo) em que as partes se enquadrem nos conceitos de consumidor e fornecedor (CDC, arts. 2º e 3º)³⁵.

Em se tratando de contrato de adesão, entretanto, como assevera, corajosamente, ALINNE ARQUETTE LEITE NOVAIS, “*a posição do aderente, independente de quaisquer outras qualidades, é suficiente para gerar uma disparidade de poderes na contratação... entendemos e defendemos que, diante dessa previsão legislativa, o CDC não pode ser considerado um microsistema aplicável somente às típicas relações de consumo, já que, no caso específico, do contrato de adesão (...) esta barreira foi transposta e as normas constituem direito obrigacional comum, pelo fato da vulnerabilidade em que se encontra qualquer aderente*”.³⁶

E conclui, com proficiência, com a assertiva de que o método de contratação por adesão, por si só, já permite que o julgador venha a considerar como sendo *consumerista* a relação obrigacional, mesmo que interempresarial, uma vez que foi a superioridade econômica e fática que permitiu a utilização de tal método. Além disso, a elaboração unilateral, pelo economicamente mais forte, das cláusulas contratuais, vem a caracterizar de forma suficiente a vulnerabilidade do outro contratante, como exigido pelo CDC, art. 4º, inciso I, confirmando a tese.

³⁵ Assim, PODESTÁ, cf. *Direito das Obrigações*, cit., p.110 e RIZZARDO, cf. *Direito das Obrigações*, cit., p.266.

³⁶ Cf. *A Teoria contratual no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: RT, 2001.

Assim, partindo de uma interpretação maximalista do CDC, notadamente de seu art. 29, pode-se afirmar que em todo contrato de adesão se tem presente a vulnerabilidade de uma das partes, motor de impulsão da aplicação das regras protetivas do CDC, com vistas a garantir o equilíbrio da relação. Daí, então, ser lícito afirmar que em todo contrato de adesão é possível aplicar o CDC.

Discussões a parte, é indubitável que as regras do CDC marcam uma nova era nas relações obrigacionais, atingindo, por óbvio, também a cláusula penal. Com efeito, na visão do CDC o contrato é *instrumento de proteção dos direitos fundamentais*, antes mesmo de ser meio de circulação de riquezas, remodelando a antiga feição individual e patrimonialista do direito privado. Assim, as cláusulas contratuais consumeristas não podem violar o equilíbrio e a igualdade (substancial!) preconizados constitucionalmente, tratando igualmente os desiguais. O CDC surge para a proteção de um sujeito especial, vulnerável e mais fraco na relação econômica, revolucionando o direito contratual, que tem alterado os seus vetores principiológicos.

É de se ver, ademais, que o valor de 2% a incidir nas cláusulas penais *moratórias* deverá ser calculado, nas obrigações de trato sucessivo (de execução continuada), sobre o valor da prestação inadimplida e não sobre a integralidade do contrato³⁷.

Registre-se, finalmente, que referindo-se, por óbvio, às cláusulas *moratórias* o art. 52 do CDC não nega a possibilidade de “*existência de cláusula penal compensatória, nem juros legais, exigíveis, ainda que não expressamente pactuados*”, consoante a lição de EDUARDO ARRUDA ALVIM³⁸.

6.3. – A Lei de Usura.

Especial referência merece o Decreto nº22.626/33, denominada de Lei de Usura, que veio a estipular em seus arts. 8º e 9º que as cláusulas penais

³⁷ Com o mesmo pensamento, EDUARDO GABRIEL SAAD, cf. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p.465.

³⁸ EDUARDO ARRUDA ALVIM *et alli*, cf. *Código do Consumidor Comentado*, cit., p.259.

convencionadas em contratos de mútuo³⁹ somente seriam exigíveis judicialmente e reputar-se-iam estabelecidas para atender aos honorários de advogados e despesas, não podendo superar a 10% do valor da dívida.

Advirta-se, por oportuno, que acenava a orientação pretoriana no sentido da aplicação restrita da Lei de Usura aos contratos de mútuo. Veja-se ilustrativamente: *“Cláusula penal. Limite. A cláusula penal de 100% sobre o valor da dívida pode ser reduzida a 10%, quando se trata de descumprimento parcial. A regra do art. 9º do Decreto 22.626/33 não contém nenhuma limitação quanto a incidir apenas sobre os contratos de mútuo.”*(STJ, Ac.unân.4ªT., REsp.229776/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 17.12.99, p.381)

A situação é outra na fase contemporânea do Direito Civil.

Primus, em razão dos novos princípios norteadores do Direito Obrigacional (acolhidos, inclusive, pela Lei de 2002), da *boa-fé objetiva* e da *função social do contrato*, dando novos contornos limitativos. Observe-se, inclusive, que o Código Civil ao regular o contrato de mútuo (arts. 586 a 592) nada disciplinou a respeito do limite da cláusula penal em tais avenças, deixando antever a aplicação das regras gerais.

Secundus, não se olvide que, na grande maioria dos casos, o mútuo caracteriza típica relação consumerista (*v.g.*, o mútuo concedido por um banco a seu correntista), sendo aplicável a regra do CDC, art. 52. Tudo sem olvidar, ainda, a caracterização de contrato de adesão, o que, como afirmado alhures, igualmente enseja a aplicação do CDC.

Assim, não há que se cogitar da aplicação das disposições da Lei de Usura aos novos contratos, ante a incidência indubitosa do CDC e dos novos princípios

³⁹ Nesse sentido a curiosa decisão do STF publicada em RT 157:371. No mais, registre-se que a matéria está pacificada de acordo com a Súmula nº596 do STF, vazada nos seguintes termos: *“as disposições do Decreto nº22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional”*

obrigacionais, tratando da matéria com ideais de justiça social e isonomia substancial, fazendo eco às normas constitucionais.

6.4. – Outros dispositivos legais (as promessas de compra e venda e a taxa condominial).

Além das limitações antes referidas, merecem referência, também, outras disposições estabelecendo, igualmente, limites ao valor da pena convencionada.

Assim, a Lei nº6.766/79, art. 26, V, não permite cláusula penal excedente a 10% do débito nas promessas de compra e venda de imóveis loteados. Aqui, mais uma vez, relembre-se a incidência do CDC, tornando obsoleta a disposição legal referida. Não fosse o suficiente, com as regras axiológicas do Código Civil, a realidade é outra.

Por outro turno, no que concerne à taxa condominial (no condomínio edilício) o Código Civil, no seu art. 1.336, revogando as disposições da Lei nº4.591/64, dispõe que, dentre outros, é dever do condômino *“I - contribuir para as despesas do condomínio, na proporção de suas frações ideais.”* E mais adiante conclui: *“§1º - o condômino que não pagar a sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de um por cento ao mês e multa de até dois por cento sobre o débito.”*

Estipulou, pois, a Codificação limitação para a cláusula penal incidente sobre a taxa condominial, fixando-a em até 2% sobre o valor devido, valendo-se do mesmo percentual utilizado pela legislação consumerista, não podendo nem mesmo a Convenção Condominial ultrapassar este patamar.

Mais ainda. O Código Civil inova sobremaneira e prevê a possibilidade de outra sanção a ser imposta ao condômino que venha a inadimplir com suas obrigações previstas no art. 1.336. Assim, no art. 1.337 vem estampada a regra de que *“o condômino, ou possuidor, que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de três quartos dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa correspondente até ao*

quíntuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem.” Evidentemente, a multa aqui tratada não se confunde com a cláusula penal, constituindo-se espécie de sanção dirigida ao condômino ou possuidor que insiste em descumprir seus deveres, causando prejuízo à coletividade.

6.5. – A questão na ótica do Direito Civil-Constitucional.

Não se imagine que, afora os contratos consumeristas (com a limitação dada pelo CDC, art. 52) e demais hipóteses limitativas, haveria plena liberdade de estipulação do valor da pena convencional, invocando-se o princípio da autonomia da vontade.

É de se observar que nas demais avenças a liberdade de estipular cláusula penal (esta sim, decorrente da autonomia da vontade) se concretiza dès que não implique em onerosidade excessiva da parte, quebrando a boa-fé objetiva.

É que, desde a Constituição da República de 1988, notadamente com os princípios da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), da *solidariedade social* (art. 3º) e da *isonomia substancial* (art. 5º) foi alterado o eixo fundamental principiológico do Direito Civil, deslocando-se para a sede constitucional, com fundamentos e preocupações nitidamente *sociais*. Trata-se de uma nova *tábua axiológica de valores*, na fantástica expressão de GUSTAVO TEPEDINO⁴⁰.

O texto constitucional optou, nitidamente, por um Estado social de direito, submetendo a vontade dos particulares, sempre, a preceitos gerais de alcance e função nitidamente sociais.

Deste modo, *“os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias tipicamente de direito privado,*

⁴⁰ Cf. *Temas de Direito Civil*, cit., p.1 e ss..

passam a integrar uma nova ordem pública constitucional”, conforme a lição de TEPEDINO.⁴¹

Por conseguinte, não se pode admitir (na norma infraconstitucional ou mesmo no plano contratual) disposição conflitante com os valores determinados pela *Lex Mater*, que estabelece a *dignidade da pessoa humana* como princípio vetor da ordem jurídica e garante a *igualdade jurídica*, alcançando, por óbvio, igualmente, os contratos.

Veja-se, por conseguinte, voltando os olhos para a questão da cláusula penal estipulada nos contratos (tradicionalmente submetidos ao princípio da autonomia da vontade), que a vontade das partes não pode importar em conseqüências concretas violadoras da *dignidade* de um dos contratantes ou mesmo impor excessivo gravame a um deles. Não se toleram disposições contratuais que venham a desestabilizar o equilíbrio entre as partes.

E não se tente justificar na *autonomia da vontade* a liberdade de estipulação de tais cláusulas. É que na sociedade contemporânea o contrato se presta a um *fim social*, é mecanismo essencial de acesso a bens de consumo essenciais (v.g., alimentos, vestuário, saúde, educação, lazer, etc.). Ora, na profusão de tais contratos e considerada a necessidade de contratar, é possível que, muita vez, a parte se submeta a uma cláusula penal excessiva por não ter meios de discuti-la ou pela premente necessidade de ter acesso ao bem objeto do contrato.

Enfatiza CAIO MÁRIO que “*o mundo moderno é o mundo do contrato. E a vida moderna o é também, e em tão alta escala que, se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização de nosso tempo, a conseqüência seria a estagnação da vida social. O ‘homo aeconomicus’ estancaria as suas atividades. É o contrato que proporciona a subsistência de toda a gente. Sem ele, a vida individual regrediria, a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários*”.⁴²

⁴¹ Cf. *Temas de Direito Civil*, cit., p. 7.

⁴² Cf. *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 8ªed., 1990, p. 9.

Ora, como a celebração de contratos é uma *necessidade do homem moderno*, e não apenas uma faculdade limitada à sua liberdade de escolha, já se vê claramente mitigada a autonomia da vontade. Já não se cogita da liberdade de estipular cláusulas e convenções, dada a imperiosidade de contratar para sobreviver na sociedade contemporânea, porosa, aberta, plural e globalizada.

Nesta linha de intelecção, é preciso reconhecer a necessidade de impor freios na liberdade de contratar e de estipular cláusulas contratuais (como a pena convencional), de modo a garantir o respeito aos objetivos fundamentais da República e às garantias individuais. Com acuidade, ALEXANDRE DAVID MALFATTI alerta que *“as limitações à liberdade contratual são formas de garantia de outras liberdades e direitos. Ou seja, sacrifica-se a liberdade contratual em prol de outra liberdade (ou direito) mais importante”*.⁴³

Sem dúvida, o CDC já deu importante passo nesse sentido, assegurando, e.g., dentre outras garantias, a impossibilidade de cláusula penal superior a 2%.

É preciso salientar, todavia, que não apenas no âmbito consumerista, mas em qualquer contrato (civil ou mercantil), os ditames de ordem pública, decorrentes do influxo do Texto Constitucional, têm de prevalecer, afastando disposições que gerem desequilíbrio entre as partes ou possam infringir a dignidade de uma delas.

Não se olvide, nesse passo, que o Código Civil expressamente acolhe tais princípios, nos arts. 421 e 422, norteando todo o Direito Obrigacional com a *boa-fé objetiva* e a *função social do contrato*⁴⁴. Assim, também na ótica da Lei Civil, harmonizando-se com a *Lex Legum*, não se admite cláusula penal que não se coadune com a concepção *social* do contrato, afastando as disposições que subvertam o bem comum, sob a alegação de prestigiar a autonomia da vontade.

⁴³ Cf. Liberdade contratual, in *Cadernos de Direito Civil Constitucional*, cit., p.31.

⁴⁴ Sobre a função social do contrato, vide, ainda, ROGÉRIO FERRAZ DONNINI, cf. A Constituição Federal e a concepção social do contrato, in VIANA, RUI GERALDO CAMARGO & NERY, ROSA MARIA ANDRADE (organizadores), *Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal*, São Paulo : RT, 2000, p.69 e ss..

Afigura-se-nos imperioso concluir, portanto, pela impossibilidade de que, no direito contemporâneo, com as influências constitucionais, sejam formuladas contratualmente disposições gerais (inclusive cláusula penal) em dissonância com a *função social do contrato*, o princípio da *boa-fé objetiva*⁴⁵ e o *equilíbrio da relação obrigacional*⁴⁶, o que violaria frontalmente as disposições e garantias constitucionais.

É de se afirmar, inclusive, a possibilidade de revisão judicial da cláusula penal e outras disposições contratuais (inclusive de ofício, quando o juiz conhecer do contrato por outros motivos, por se tratar de preceito de ordem pública, envolvendo garantia individual de alcance social) da cláusula que não se amolde a essas regras e princípios.

7. A questão dos honorários advocatícios, custas processuais e juros.

Sobreleva, ainda, afirmar a harmônica e pacífica convivência da cláusula penal com honorários de advogados, custas processuais e juros.

Como anota RIZZARDO, *“nenhuma inconveniência se apresenta para impedir a cumulação, eis que distintas as naturezas e finalidades”*.⁴⁷

Tal conclusão resulta, inclusive, da exegese do CPC, vindo a jurisprudência a cimentar entendimento na Súmula nº616 do STF: *“é permitida a cumulação da multa contratual com os honorários de advogado, após o advento do CPC vigente”*.

8. Momento da exigibilidade da cláusula penal.

⁴⁵ Trata-se do reconhecimento de *“deveres secundários (não diretamente pactuados), independentes da vontade manifestada pelas partes, a serem observados durante a fase de formação e cumprimento da obrigação e mesmo, em alguns casos, após o adimplemento”*, como explicita MAURÍCIO JORGE MOTA, cf. A pós-eficácia das obrigações, *in Problemas de Direito Civil-Constitucional*, TEPEDINO, GUSTAVO (coord.), Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 237.

⁴⁶ Já se afirma, com razão, que se não é necessário considerar de uma *nova* teoria contratual, resta reconhecer a existência *“de um direito dos contratos profundamente renovado”*, cf. LEONARDO MATTIETTO, O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos, *in Problemas de Direito Civil-Constitucional*, TEPEDINO, GUSTAVO(coord), Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.182.

⁴⁷ Nesse sentido, RIZZARDO, cf. *Direito das Obrigações*, cit., p.264.

Dúvida inexistente quanto a exigibilidade da cláusula penal com o vencimento da obrigação, previsto no título originário da obrigação. É a previsão do art. 921 do CC/16 que, embora inacolhida pelo Código vigente, sem dúvida, continua a vigor. Trata-se da mora *ex re*, operada *pleno iure*, automaticamente, com o inadimplemento da prestação no prazo avençado, resultando na sua exigibilidade desde logo⁴⁸.

Por outro turno, não havendo expressa previsão convencional quanto a data do vencimento, constituir-se-á o devedor em mora pela interpelação, notificação ou protesto. É o que WASHINGTON bem denominou “*mora ‘ex persona’, que depende de prévia provocação do credor*”.⁴⁹

Por conseguinte, tem-se a inadimplência de pleno direito (quando houver data apazada para o pagamento) ou pela constituição em mora, se não há data prevista no título para o implemento.

9. Achegas para a compreensão da cláusula penal consentânea com os paradigmas do novo Direito Civil.

Não se pode duvidar que a liberdade de contratar, guiada pela autonomia da vontade, sempre permitiu a elaboração de cláusulas penais abusivas, principalmente em razão do desequilíbrio das partes, fruto da necessidade de contratar, não sendo possível, em muitos casos, se furtar à formação do vínculo obrigacional, submetendo-se às cláusulas penais estabelecidas.

Valores extremamente elevados, falta de relação da pena prevista com os prejuízos a serem efetivamente experimentados pela vítima, pouca transparência na elaboração das cláusulas e a transferência à parte hipossuficiente (principalmente o consumidor) de riscos tipicamente negociais⁵⁰ (naturais em qualquer relação), revelam uma crise de identidade no instituto da cláusula penal.

⁴⁸ Assim, MARIA HELENA, cf. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, cit., p.390.

⁴⁹ Cf. *Curso de Direito Civil*, cit., p.210.

⁵⁰ Com esse raciocínio, CLÁUDIA LIMA MARQUES, cf. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p.487.

É preciso, pois, uma posição de combate, de verdadeira guerrilha armada, contra a possibilidade de estipular cláusulas deste jaez.

Tome-se o exemplo da legislação alemã que, em 1976, incluiu em sua lista negra (§ 11,6) as cláusulas penais (*Vertragsstrafe*), vedando peremptoriamente disposições que permitiam ao credor o recebimento de quantias *punitivas* em face da violação ou mora em contratos de adesão⁵¹.

Também o direito francês já afirma, com as Leis de 9.7.75 e 11.10.85, a possibilidade do juiz exercer um poder de revisão geral (*pouvoir de révision ex officio*), transferindo o controle da legalidade e adaptação ao sistema jurídico das cláusulas penais à casuística, aos casos concretos.

Parece-nos possível essa solução já no estágio atual do direito brasileiro, partindo da possibilidade de revisão judicial das cláusulas penais (CC, art. 413, inclusive afirmando tratar-se de *dever* do juiz o controle da abusividade das cláusulas penais e não uma mera faculdade) e vislumbrando as disposições constitucionais que ressaltam uma preocupação com o equilíbrio das relações econômicas e sociais (CF, arts. 1º, 3º, 5º e 170), afastando o tradicional e superado, em boa hora, *pacta sunt servanda*. Cuida-se, pois, de preceito constitucional que não pode ser olvidado no caso concreto, pena de violação frontal à norma maior.

Afigura-se, em relação à cláusula penal, muito mais eficaz um amplo controle *ex judice* do que nos moldes apregoados pela legislação de 1916. Se legislação há de se prever, tem de ser no sentido de limitar, cada vez mais, a liberdade de estipular valores nas penas convencionais, evitando que a parte mais forte na relação prevaleça, quebrando o equilíbrio almejado pela norma jurídica e o senso de justiça.

É mister avultar uma atuação efetiva do magistrado nos casos concretos levados a juízo (inclusive *ex officio*, dado o interesse público) – e, Oxalá!, *de lege*

⁵¹ CLÁUDIA LIMA MARQUES, cf. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p.488, inclusive, alerta não se ter notícia de que o mercado de consumo alemão tenha sofrido qualquer paralisação ou perda por conta disso.

ferenda com disposições mais rígidas, na esteira dos exemplos alemão e francês – evitando que a cláusula penal (na maioria das vezes, estipulada unilateralmente em contratos de adesão) possa vir a alterar as expectativas e pretensões contratuais, criando desequilíbrio e rompendo a justiça contratual inicial.

Cumpra, destarte, evitar que a cláusula penal seja um “*poderoso instrumento para destruir o equilíbrio contratual entre direitos e obrigações*”⁵², evitando que o devedor suporte unilateralmente os riscos de descumprimento contratual, conferindo vantagens excessivas à parte contrária.

Que o descumprimento (especialmente o doloso) da obrigação deve ser repudiado, não há a menor dúvida – deixando explícita a importância da cláusula penal para o Direito das Obrigações. Entretanto, não se pode tolerar que a sanção decorrente dessa violação atente contra os valores atinentes à dignidade do devedor!

Enfim, é preciso garantir o império e o papel primordial dos direitos humanos.

Bibliografia.

ARRUDA ALVIM, Eduardo *et alli*. *Código do Consumidor Comentado*, São Paulo: RT, 2ªed., 1995

CAMBLER, Everaldo. *Curso avançado de Direito Civil – Direito das Obrigações*, São Paulo: RT, 2001, vol.2

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, São Paulo: Malheiros, 2ªed., 2000

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, Coimbra: Almedina, 7ªed., 1999

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 13ªed., 1999, 2º vol.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

_____. *Direito Civil: Teoria Geral*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 5ªed., 2006

⁵² Cf. CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p.493.

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

GOMES, Orlando. *Obrigações*, Rio de Janeiro: Forense, 10ªed., 1995

MALFATTI, Alexandre David. Liberdade Contratual, *in* LOTUFO, Renan (coord.), *Cadernos de Direito Civil Constitucional*, Curitiba: Juruá, 2001

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: RT, 2ªed., 1999

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações*, São Paulo: Saraiva, 30ªed., 1999, 4ºvol.

NERY JR., Nelson *et alli*. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro: Forense universitária, 6ªed., 1999

NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações (generalidades – espécies)*, Rio de Janeiro: Forense, 1959, vol. II

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 19ªed., 2001, vol. II

PODESTÁ, Fábio Henrique. *Direito das Obrigações*, São Paulo: Atlas, 2ªed., 2000

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*, Rio de Janeiro: Forense, 2000

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Parte geral das obrigações*, São Paulo: Saraiva, 28ªed., 2000, vol.2

SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: LTr, 4ªed., 1999

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil – Obrigações em geral*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 7ªed., 2000, vol. II

TEPEDINO, Gustavo (org.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

WALD, Arnaldo. *Obrigações e Contratos*, São Paulo: RT, 14ªed., 2000