

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC/SP**

**LEONARDO DI COLA N. SILVA**

**CLÁUSULA PENAL  
E O CÓDIGO CIVIL DE 2002**

**MESTRADO EM DIREITO CIVIL**

**SÃO PAULO  
2008**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC/SP**

**LEONARDO DI COLA N. SILVA**

**CLÁUSULA PENAL  
E O CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais (subárea de Direito Civil) sob a orientação do Professor Doutor Renan Lotufo.

**SÃO PAULO  
2008**

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

*Aos meus pais, pelo amor e pelo apoio incondicional  
ao meu desenvolvimento pessoal, acadêmico e profissional.*

*Ao Doutor Renan Lotufo, exemplo de Professor, pelas valiosas lições.*

## RESUMO

O presente trabalho tem como principal objetivo evidenciar a necessidade de superação do modelo unitário da cláusula penal, preferido pela doutrina tradicional, e segundo o qual o instituto tem natureza de prefixação de perdas e danos, independentemente da averiguação do escopo pretendido pelas partes no momento da contratação, sendo eventual função coercitiva meramente secundária.

Para alcançar tal objetivo, inicialmente estudaremos qual a função típica realizada pelo instituto no Direito Romano, nos Códigos Civis da família romano-germânica e em *common law*, bem como cuidaremos das principais características e funções que a cláusula penal pode desempenhar.

Procuraremos demonstrar que a teoria unitária da cláusula penal gera problemas de regime que são indissolúveis, os quais somente podem ser resolvidos se reconhecermos que há duas *espécies* distintas de cláusula penal, uma que desempenha função coercitiva e a outra, função indenizatória. Também serão abordados os diferentes regimes que devem ser atribuídos a cada uma delas.

Temos, ainda, dois objetivos secundários: (i) tratar dos pressupostos de aplicação do artigo 413 do Novo Código Civil, que criou a possibilidade de revisão judicial equitativa da cláusula penal nas hipóteses de manifesta excessividade e de cumprimento parcial, e (ii) analisar quais os direitos e obrigações decorrentes da cláusula penal são transmitidos nas hipóteses de cessão de crédito, assunção de dívida e cessão de contrato.

Por fim, trataremos de diferenciar a cláusula penal de certas figuras afins, nomeadamente obrigação alternativa, arras e astreintes.

**Palavras-chave:** cláusula penal – funções da cláusula penal – teoria unitária – teoria dualista – regime aplicável a cada espécie de cláusula penal – revisão judicial da cláusula penal – cláusula penal e a transmissão das obrigações – cláusula penal e figuras afins (obrigação alternativa, arras e astreintes).

## ABSTRACT

The main purpose of this paper is to evidence the need to overrule the unitary theory of the penalty clause, which is the one adopted by the traditional doctrine and according to which the institute has the nature of a liquidated damages clause, regardless of the intent of the parties upon its creation, being any compulsory effect merely secondary.

In order to reach such goal, we will initially study the typical functions of the institute in roman law, in the Romano-germanic codes and in common law, and will also discuss the main characteristics and functions that the penalty clause may perform.

We will try to demonstrate that the adoption of the unitary theory gives rise to legal problems that are not solvable, and may only be resolved by means of recognizing that there are two different types of penalty clauses, provided that one has an compensatory function and the other has a compulsory function. We will discuss the different rules that apply to each one of them.

We have yet two secondary purposes: (i) to discuss the requirements for the equity based judicial review of the penalty clause provided for in article 413 of the Brazilian Civil Code for the cases of manifest excessiveness and partial performance of the obligation, and (ii) to analyze which rights and obligations arising from the penalty clause are transferred as a result of an assignment of credit, debt assumption and assignment of contract.

Last, we will differentiate the penalty clause from similar institutes, namely alternative obligation, advance payment (*arras*) and *astreintes*.

**Key-words:** penalty clause – functions of the penalty clause – unitary theory – dual theory – legal treatment applicable to each type of penalty clause – judicial review of the penalty clause – penalty clause and the assignment of obligations – penalty clause and similar institutes (alternative obligation, advance payment (*arras*) and *astreintes*).

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO E PLANO DE TRABALHO .....	16
TERMINOLOGIA UTILIZADA .....	18
<b>1 FUNÇÕES DA CLÁUSULA PENAL NO DIREITO ROMANO E NAS PRINCIPAIS CODIFICAÇÕES OCIDENTAIS .....</b>	<b>20</b>
1.1 O Direito Romano.....	20
1.2 A Idade Média e a Influência Canonista.....	23
1.3 Os Países de <i>Civil Law</i> .....	24
1.3.1 Código Napoleão.....	24
1.3.2 Código Civil Italiano.....	27
1.3.3 Código Civil Espanhol .....	30
1.3.4 Código Civil Português.....	31
1.3.5 Código Civil Alemão (BGB) .....	33
1.3.6 Código Civil Argentino.....	35
1.3.7 A Cláusula Penal no Código Civil Brasileiro.....	36
1.4 Os Países de <i>Common Law</i> .....	39
1.5 Principais Modificações Trazidas pelo Código Civil de 2002 .....	43
1.5.1 Topologia.....	43
1.5.2 A Possibilidade de Redução Judicial Equitativa.....	43
1.5.3 O Parágrafo Único do Artigo 416. Indenização Suplementar.....	44
1.5.4 Questões não Resolvidas.....	44
<b>2 ESTRUTURA DA CLÁUSULA PENAL.....</b>	<b>48</b>
2.1 Elementos da Cláusula Penal .....	48
2.1.1 Acessoriedade.....	48
2.1.2 Objeto.....	51
2.1.3 Consentimento .....	53
2.1.4 A Culpa.....	53
2.1.5 Forma .....	54
2.1.6 Negócios nos quais Pode ser Inserida.....	55
2.1.7 A Cláusula Penal e sua Causa.....	56
2.2 Questões Relativas ao Cumprimento.....	58
2.2.1 Introdução.....	58
2.2.2 O Cumprimento e a Extinção das Obrigações .....	59
2.2.3 Inadimplemento Absoluto e Mora.....	59
2.2.4 A Quebra Positiva do Contrato.....	61
2.3 Natureza Jurídica e Funções da Cláusula Penal .....	64
2.3.1 Natureza Jurídica .....	64
2.3.1.1 As Teorias Indenizatória e Mista .....	66
2.3.1.2 A Teoria Punitiva .....	67

2.3.2	Funções da Cláusula Penal.....	68
2.3.2.1	Função Indenizatória ou de Prefixação de Perdas e Danos .....	68
2.3.2.2	Função de Reforço ou Garantia do Cumprimento da Obrigação .....	70
2.3.2.3	Função Punitiva .....	71
3	A TEORIA DUALISTA .....	72
3.1	A Revisão do Conceito Unitário de Cláusula Penal .....	72
3.2	Teoria Dualista .....	73
3.2.1	A Cláusula Penal <i>Stricto Sensu</i> .....	73
3.2.2	Cláusula Penal Meramente Sancionatória .....	74
3.2.3	Cláusula Penal Indenizatória.....	75
3.2.4	Interpretação .....	76
3.3	A Adoção da Teoria Dualista no Direito Comparado.....	78
3.3.1	Alemanha .....	78
3.3.2	França .....	80
3.3.3	Itália .....	81
3.3.4	Espanha .....	82
3.3.5	Portugal .....	83
3.3.6	Brasil.....	85
4	QUESTÕES RELEVANTES DECORRENTES DA ADOÇÃO DA TEORIA DUALISTA .....	88
4.1	O Requisito da Existência do <i>Dano</i> .....	88
4.2	A Limitação do Artigo 412 do Código Civil .....	92
4.2.1	O Artigo 412 e o Enriquecimento sem Causa .....	98
4.3	A Redução por Manifesta Excessividade. Artigo 413 do Novo Código Civil.....	99
4.4	Indenização pelo Dano Excedente.....	100
5	REVISÃO JUDICIAL DA CLÁUSULA PENAL.....	102
5.1	Introdução .....	102
5.2	O Abuso do Direito e a Boa-fé Objetiva como Fundamentos da Revisão Judicial .....	104
5.3	Pressupostos.....	105
5.3.1	Requerimento do Interessado .....	105
5.3.2	Momento da Arguição .....	107
5.3.3	<i>Manifesta Excessividade</i> .....	108
5.4	Redução na Hipótese de Cumprimento Parcial .....	112
6	CLÁUSULA PENAL E A TRANSMISSÃO DAS OBRIGAÇÕES .....	114
6.1	Da Transmissão das Obrigações .....	114
6.1.1	Breve Nota Histórica sobre a Transmissão das Obrigações.....	115
6.2	Da Cessão de Crédito e Assunção de Dívida .....	117
6.2.1	Cessão de Crédito.....	117
6.2.2	Transmissão Singular de Dívidas – Assunção de Dívida.....	119
6.3	Os Direitos Potestativos .....	120
6.3.1	Transmissão Isolada .....	122

6.3.2 Transmissão por Força da Cessão de Crédito e Assunção de Dívidas .....	123
6.4 Os Deveres Acessórios e Laterais .....	126
6.4.1 Conteúdo da Obrigação Complexa .....	126
6.4.2 Transmissão por Força da Cessão de Crédito e Assunção de Dívidas .....	128
6.5 Cessão da Posição Contratual .....	129
6.5.1 Natureza Jurídica. Teoria Atomística .....	130
6.5.2 Crítica à Teoria Atomística .....	131
6.5.3 Teoria Unitária .....	132
6.5.4 Cessão de Contrato e Autonomia Privada .....	133
6.6 A Cláusula Penal e a Transmissão das Obrigações .....	134
7 CLÁUSULA PENAL E INSTITUTOS AFINS .....	136
7.1 Obrigação Alternativa .....	136
7.2 Arras .....	136
7.2.1 Breve Nota sobre as Arras no Novo Código Civil .....	136
7.2.2 Arras Confirmatórias .....	138
7.2.3 Arras Penitenciais .....	139
7.3 Cláusulas limitativas de responsabilidade .....	140
7.4 Astreintes .....	141
CONCLUSÕES .....	142
REFERÊNCIAS .....	146

## INTRODUÇÃO E PLANO DE TRABALHO

A idéia de escrever sobre o instituto da cláusula penal nasceu inicialmente da leitura dos textos indicados pelo Professor Renan Lotufo para o crédito de *Direito das obrigações*, no curso de pós-graduação *stricto sensu* da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Tais textos, quando confrontados com as disposições do Título IV, Capítulo V, do livro do Direito das Obrigações do Novo Código Civil, trouxeram inúmeros questionamentos, especialmente em relação ao alcance do artigo 412 do Novo Código, os quais redundaram na escolha do instituto como tema para a monografia de conclusão de crédito.

Em função dos estudos que antecederam a redação da referida monografia, tomamos contato com a primorosa obra de Antonio Pinto Monteiro, *Cláusula penal e indenização*, a qual trouxe esclarecimento sobre diversas questões que não haviam sido resolvidas, ao nosso ver, pela doutrina nacional. Em tal contexto é que a cláusula penal foi escolhida como tema da presente dissertação.

Não obstante a publicação recente de algumas obras, a doutrina nacional ainda é bastante pobre no que se refere ao estudo da cláusula penal, o que, em nosso entendimento, torna o momento bastante oportuno para abordá-la. Além disso, as alterações trazidas pelo Código Civil de 2002 demandam uma nova análise do instituto à luz dos vetores eleitos pelo novel legislador – *operatividade, socialidade e eticidade*.<sup>1</sup>

Entre tais alterações trazidas pelo Novo Código Civil, uma merecerá especial atenção por sua relevância: a cláusula geral do artigo 413, que criou a possibilidade de revisão da penalidade pelo juiz nas hipóteses em que se verificar *manifesta excessividade*.

Adicionalmente, a cláusula penal é instituto de grande utilidade prática, outro ponto que serviu de incentivo e inspiração para o desenvolvimento do tema. Esperamos que este trabalho, não obstante seu caráter eminentemente acadêmico, sirva também ao operador do

---

<sup>1</sup> REALE, Miguel. *História do novo Código Civil. Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: RT, 2005, v. I, p. 37 e seguintes.

direito para melhor entendimento do instituto – o que poderá auxiliar no momento de criação da cláusula penal, bem como para elucidar questões relevantes que possam surgir nas hipóteses de litígio.

Trataremos, inicialmente, do desenvolvimento do instituto na história. Tal análise histórica não é feita apenas por motivos formais, mas terá grande relevo, pois demonstrará os motivos pelos quais a cláusula penal é vista atualmente, pela maioria da doutrina, como uma figura unitária. Cuidaremos também dos países cujo direito positivo já reconhece expressamente mais de uma *espécie* de cláusula penal.

A partir de questionamentos práticos decorrentes da análise do artigo 412 do Novo Código Civil, que limita o valor da pena convencional ao “valor da obrigação”, colocaremos a importância de se considerar a cláusula penal como figura *dúplice*. Trataremos da tendência de aceitação da teoria dualista do instituto em diversos países da família romano-germânica.

Uma vez adotada a teoria dualista, analisaremos questões importantes que se relacionam com o regime aplicável a cada uma das espécies de cláusula penal considerada – *indenizatória* e *compulsória*, bem assim dos elementos a serem levados em conta pelo intérprete para verificar, no caso concreto, quando se está diante de um ou outro tipo.

Dedicaremos um capítulo à relevante novidade trazida pelo Novo Código Civil, qual seja, a possibilidade de revisão equitativa nas hipóteses de *manifesta excessividade*, indicando os requisitos para aplicação da norma.

No capítulo seguinte, faremos uma breve análise da *transmissão* das obrigações, especialmente o tratamento a ser dispensado aos direitos potestativos, bem como deveres secundários e anexos nas hipóteses de *cessão de crédito* e *assunção de dívidas*. Tal análise servirá como preparação para nossas conclusões acerca dos efeitos da transmissão das obrigações sobre a cláusula penal, tema que, até onde sabemos, não foi explorado pela doutrina nacional.

Para terminar, diferenciaremos a cláusula penal de institutos afins, a saber, obrigação alternativa, arras, *astreintes* e cláusula de limitação de responsabilidade.

## TERMINOLOGIA UTILIZADA

### *Cláusula Penal*

O presente trabalho trata do instituto denominado de *cláusula penal*, sendo este o exato termo que utilizamos no título. Essa é a terminologia utilizada pelo Código Civil e consagrada na doutrina, sendo adotada pela grande maioria dos autores que trataram do instituto no Brasil e alhures.

No entanto, a expressão *cláusula penal* não é unânime na doutrina. Lobato<sup>2</sup> critica a sua utilização, sustentando que, não obstante a pena seja prevista em regra em uma cláusula do contrato por meio do qual é criada a obrigação principal, não há nada que impeça que seja estipulada em um negócio separado,<sup>3</sup> de forma que a utilização do termo *cláusula penal* ficaria sem sentido. Assim, entende o autor que, nas hipóteses em que a pena é criada por meio de contrato separado, mais correto seria utilizar a expressão *pena convencional*.

Andrea Zoppini<sup>4</sup> prefere *pena contratual*, que não nos parece ser o mais exato, pois, como será analisado adiante, o campo de aplicação da pena convencional extrapola o âmbito dos contratos, alcançando a categoria mais ampla dos negócios jurídicos.

No presente trabalho faremos uso de *cláusula penal* como sinônimo de *pena convencional*, tendo em vista que o primeiro termo é mais utilizado pela doutrina, com a ressalva de que entendemos ser o segundo mais acertado do ponto de vista técnico, pois, de fato, a cláusula penal não necessariamente deve constar de uma cláusula do contrato (ou negócio jurídico) que contém a obrigação principal.

---

<sup>2</sup> BLAS, Jesus Maria Lobato de. *La cláusula penal en el derecho español*. Pamplona: Ediciones Universidade de Navarra, 1974, p. 18.

<sup>3</sup> No mesmo sentido entende Ana Maria Sanz Viola: “[d]e ahí su denominación tradicional de cláusula, que indica su inclusión, normalmente, junto a otras cláusulas en el negocio constitutivo de la obligación principal, aunque nada impede que se establezca mediante un negocio separado relacionado con aquél” (*La cláusula penal en el Código Civil*. Barcelona: Bosch Editor, 1994, p. 14).

<sup>4</sup> ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. Giuffrè, Milão, 1991.

### *Código Civil*

Os termos “Código Civil”, “Novo Código Civil” e “Código Civil de 2002” devem ser entendidos como referências à Lei Federal n. 10.406/2002, enquanto os termos “Código Civil de 1916”, “Código revogado” ou “Código anterior” dizem respeito à Lei Federal n. 3.071/16, revogada expressamente pelo Novo Código Civil.

## 1

## FUNÇÕES DA CLÁUSULA PENAL NO DIREITO ROMANO E NAS PRINCIPAIS CODIFICAÇÕES OCIDENTAIS

### 1.1 O DIREITO ROMANO

A pena convencional é uma forma de sanção que precede o direito romano, pois já estava presente no direito grego e em escritos do período helênico e, ainda antes disso, em escritos babilônicos.<sup>5</sup> Mas foi em Roma que experimentou maior desenvolvimento e utilização.

O estudo da cláusula penal no direito romano tem especial importância para os fins do presente trabalho, uma vez que nas origens do instituto se pode verificar quais as funções típicas que desempenhava e, a partir daí, analisar como evoluiu.

No direito romano, o instituto vinha inserido na *stipulatio*, que era essencialmente um negócio jurídico que tinha como finalidade criar obrigações. A *stipulatio* era eminentemente formal,<sup>6</sup> e nascia a partir de uma pergunta solene que o credor fazia ao devedor, que respondia com a palavra *spondeo*.

A *stipulatio* era configurada como negócio *abstrato*, de forma que era desnecessária a comprovação de sua causa, sendo a *exceptio doli* a única defesa cabível em caso de ilicitude, falsidade ou inexistência da causa.<sup>7</sup>

Quando tivesse como objetivo criar uma obrigação de pagar uma pena em função da não-observância da *stipulatio*, que consistia na obrigação principal, estava-se diante de uma *stipulatio poenae*.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*, p. 24.

<sup>6</sup> Conforme Limongi França, “não é admitida nenhuma divergência entre interrogação e resposta: as palavras devem ser pronunciadas em seguida, sem intervalo (*continuus actus*), pelas pessoas presentes” (*Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 18).

<sup>7</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 6.

<sup>8</sup> PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 352.

Foi concebida como modo de forçar, compelir o devedor a cumprir a obrigação, em especial aquelas obrigações que, por falta de valor patrimonial, seriam incoercíveis, tais como as de fazer e não fazer, dado que vigorava à época o princípio da indenização pecuniária.

Consistia a *stipulatio poenae*, em regra, em uma prestação de natureza pecuniária, à qual o *promissor* se obrigava. Em resumo, se o promissor não se comportasse de determinada forma, ficaria obrigado ao pagamento de uma pena, que poderia ser exigida pelo *stipulator*.

Podia ser constituída de maneira independente, ou vinculada a uma obrigação. Quando assumia o primeiro formato, era tratada como obrigação *condicional*,<sup>9</sup> bastando, para sua validade, que a prestação colocada em condição pudesse ser objeto de uma condição.

Era comumente utilizada para se burlar a proibição de criação de estipulação a favor de terceiro, não reconhecida pelo direito romano, uma vez que se poderia criar uma pena a favor do *stipulator* para o caso de o *promissor* não efetuar uma prestação a um terceiro beneficiário.

Quando assumia o segundo formato, ou seja, ligada a uma obrigação principal, a *stipulatio poenae* ganhava contornos similares à pena convencional tal como entendida atualmente. Não sendo cumprida a obrigação principal, tinha o *stipulator* a opção de exigir tal cumprimento ou reclamar a pena. A *stipulatio poenae* poderia ser exigida cumulativamente com a obrigação principal se houvesse convenção nesse sentido.<sup>10</sup> Como observa Maria Grazia Baratella:

---

<sup>9</sup> “I giuristi romani avevano avvertito che essa poteva assumere due schemi: in uno era patto isolato senza vincolo con un'altra obbligazione, ma condizionata all'inesecuzione di una prestazione; nell'altro si aggiungeva alla obbligazione principale una seconda clausola in cui si prometteva, nel caso di inesecuzione della prestazione principale, il pagamento di una somma” (ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*, p. 25). Tradução livre: “Os juristas romanos tinham advertido que essa poderia assumir dois esquemas: em um era um pacto isolado sem vínculo a uma outra obrigação, mas condicionada à inexecução de uma prestação; em outro se juntava à obrigação principal uma segunda cláusula na qual se prometia, no caso de inexecução da prestação principal, o pagamento de uma soma”.

<sup>10</sup> Andrea Zoppini refere que, inicialmente, caso ocorresse o evento posto em condição, a pena seria devida *sem prejuízo* da indenização em função do descumprimento, mas com o passar do tempo foi se orientando no sentido de assumir função indenizatória, sendo devida *alternativamente* (*La pena contrattuale*, p. 26).

“Parimenti discussa è la valenza cumulativa o alternativa dell’*actio ex stipulatu* con quella volta ad ottenere l’*id quod interest*: le fonti, pur non indicano tratti caratterizzanti della *stipulatio poenae*, prevedono frequenti ipotesi di alternativa esperibilità delle due azione, accanto a più rari casi di concorso delle medesime. Si ritiene, dunque, che la scelta in merito fosse rimessa alla determinazione dei contraenti, liberi di prevedere la pena come alternativa o cumulativa alla prestazione principale.”<sup>11</sup>

A convenção que estabelecesse a *cumulatividade* seria criada por meio da fórmula “*si pamphilium non deveris, centum dari spondes?*”.

A *stipulatio poenae* não tinha limites, não era passível de ser reduzida pelo juiz e poderia ser exigida independentemente da prova do dano. Quanto ao requisito da *culpa*, a doutrina dominante entendia que a pena seria devida independentemente de o devedor incorrer em culpa, exceção feita à hipótese em que o cumprimento houvesse sido obstado pelo próprio credor, ou no caso de obrigações criadas pelas partes no curso de um processo, em relação às quais poderia o devedor liberar-se da obrigação mediante comprovação de que não agiu com culpa.<sup>12</sup>

Antonio Pinto Monteiro<sup>13</sup> entende que essa última característica significou que, no direito romano, a cláusula penal tinha uma índole *compulsória*, e rejeita a natureza indenizatória. Por sua vez, Limongi França<sup>14</sup> inclui expressamente entre as funções da cláusula penal no direito romano a de “proporcionar ao credor a pré-avaliação das perdas e danos”, além de “reforçar o vínculo de outra obrigação” e “estimular o cumprimento da obrigação, com ameaça de uma pena”. Como se verifica, há discordância na doutrina quanto à natureza da cláusula penal já no direito romano. Essa discussão será retomada adiante.

---

<sup>11</sup> *Le pene private*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 11. No mesmo sentido, PINTO MONTEIRO. *Cláusula penal e indemnização*, p. 361. Tradução livre: “Bastante discutido é o caráter cumulativo ou alternativo da *actio ex stipulatu* com aquela voltada a obter o *id quod interest*: as fontes, apesar de não indicarem os traços caracterizantes da *stipulatio poenae*, prevêm freqüentes hipóteses de cabimento alternativo das duas ações, apesar de em casos mais raros o concurso das mesmas. Considera-se, portanto, que a escolha no mérito fosse deixada à determinação dos contraentes, livres para prever a pena como alternativa ou cumulativamente à prestação principal”.

<sup>12</sup> PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula penal e indemnização*, p. 360.

<sup>13</sup> *Cláusula penal e indemnização*, p. 370.

<sup>14</sup> *Teoria e prática da cláusula penal*, p. 19.

## 1.2 A IDADE MÉDIA E A INFLUÊNCIA CANONISTA

Conforme notícia Nelson Rosenvald,<sup>15</sup> foi na Idade Média, por influência da igreja Católica, que o perfil da cláusula penal passou a tomar contornos mais compatíveis com uma cláusula de prefixação de perdas e danos.

A partir da proibição da usura, a cláusula penal passou a ser utilizada como forma de burlar tal vedação. Na hipótese de atraso no pagamento do mútuo, os altos juros eram “embutidos” na pena convencional: “O embuste não tardaria a ser descoberto: o teólogo Roberto de Courçon acabaria por denunciar que aquilo a que sofisticadamente se chamava de punição não passava, na maioria das vezes, de usura”.<sup>16</sup>

Não se mostrou viável a simples proibição da cláusula penal, o que iria de encontro com o direito romano então vigente. Houve uma primeira tentativa dos canonistas de proibir a cláusula penal nas hipóteses em que o credor *desejasse* ou *preferisse* o inadimplemento ao adimplemento, por ser aquele mais vantajoso. Tal proposição se mostrou insuficiente tendo em vista a análise *subjetiva*<sup>17</sup> que envolvia. Surgiu, então, a teoria do *interesse*.

Segundo tal teoria, caberia ao credor, na hipótese de mora, cobrar uma quantia correspondente ao *interesse* que o credor teria em que o devedor não houvesse incorrido em mora. É clara, portanto, a índole *indenizatória* do interesse – a pena somente seria legal se, e na medida em que, seu valor correspondesse ao prejuízo experimentado pelo credor por força da mora. “A concepção indenizatória da cláusula penal fazia a sua aparição”.<sup>18</sup>

Questionou-se, então, se o montante da pena poderia ultrapassar o valor do interesse, contanto que não tivesse caráter usurário. Após acaloradas discussões,<sup>19</sup> concluiu-se que o valor da pena estava definitivamente submetido à condição de ser correspondente, representativo do dano sofrido em função do não-pagamento no tempo correto, visando, assim, manter *indene* o credor.

---

<sup>15</sup> *Cláusula penal*, p. 7 e 8.

<sup>16</sup> PINTO MONTEIRO. *Cláusula penal e indemnização*, p. 372.

<sup>17</sup> Nas palavras de Andrea Zoppini, “[s]i trata, come è evidente, di un criterio meramente soggettivo, implicante un’indagine de foro interno, cioe l’ambito della coscienza, piuttosto che del foro esterno e, pertanto, ‘fatto piu per accontentare i teologi che i cannonisti’” (*La pena contrattuale*, p. 33). Tradução livre: “Trata-se, como é evidente, de um critério meramente subjetivo, que implica uma sondagem de foro interno, portanto do âmbito da consciência, mais que o foro externo e, portanto, ‘feito mais para contentar os teólogos que os canonistas’.”

<sup>18</sup> PINTO MONTEIRO. *Cláusula penal e indemnização*, p. 376.

<sup>19</sup> Vide PINTO MONTEIRO. *Cláusula penal e indemnização*, p. 376 e seguintes.

Nas palavras de Rosenvald, “[e]sse foi certamente o ponto de partida para o tratamento da matéria no Código Napoleônico e, naturalmente, nos Códigos da modernidade”.<sup>20</sup>

### 1.3 OS PAÍSES DE *CIVIL LAW*

#### 1.3.1 Código Napoleão

Conforme já referido, o *Code Napoleon*, no que diz respeito à cláusula penal, foi elaborado sob forte influência canonista. As idéias de Dumoulin foram seguidas por Pothier, sendo que a disciplina da cláusula penal no *Code* seguiu quase integralmente<sup>21</sup> as idéias deste.<sup>22</sup>

O *Code* regulou a cláusula penal em dois *topos* distintos: o artigo 1.152, que trata da imutabilidade da pena, está inserido na seção “Das perdas e danos que resultam da inexecução das obrigações” do capítulo “Dos efeitos das obrigações”, enquanto que os artigos 1.226 a 1.233 se encontram na seção denominada “Das obrigações com cláusula penal”, sob o capítulo “Das diversas espécies de obrigação”.

---

<sup>20</sup> *Cláusula penal*, p. 8.

<sup>21</sup> Exceção feita à possibilidade de redução judicial da pena, que foi expressamente afastada pelo artigo 1.152 do *Code*. A ausência de possibilidade de revisão tem fundamento na *autonomia da vontade*, que norteou o legislador da época, em função do momento histórico em que foi elaborado o Código Napoleão, no contexto da ascensão da burguesia após a Revolução Francesa. Por outro lado, tendo Pothier forte influência canonista, natural que defendesse a possibilidade de revisão das penas excessivas com fundamento no princípio da equidade. Adicionalmente, sendo a cláusula penal entendida como forma de prefixação de perdas e danos, seria natural que fosse possível sua revisão na hipótese de excessividade, pois do contrário poderia tornar-se uma *penalidade*. Nas palavras do próprio POTHIER, “é contra a sua natureza que ela (pena) possa ir além dos limites que a lei prescreve à indenização” (apud PINTO MONTEIRO. *Cláusula penal e indenização*, p. 381). Como observa Andrea Zoppini, o afastamento da possibilidade de redução, que inclusive anteriormente ao *Code* era aceita com fundamento na autoridade dos juízes franceses, encontra sua justificação ideológica no célebre artigo 1.134 do Código Napoleão, segundo o qual “[a]s convenções legalmente constituídas têm o mesmo valor que a lei relativamente às partes que a fizeram. Só podem ser revogadas pelo seu consentimento mútuo, ou pelas causas que a lei admite” (*La pena contrattuale*, p. 62).

<sup>22</sup> Como observa Pinto Monteiro, em matéria de cláusula penal, “[a] influência de Pothier é notória. Os arts. 126 a 1.233, inseridos na seção intitulada Des Obligations avec clauses pénales, reproduzem, quase integralmente, a doutrina defendida por aquele jurista no seu *Traité des Obligations (...)*” (*Cláusula penal e indenização*, p. 381) No mesmo sentido, Andrea Zoppini refere que a definição de cláusula penal constante do artigo 1.229 do Código Napoleão é uma tradução quase literal de uma frase de Pothier. (*La pena contrattuale*, p. 59).

Com efeito, o conceito de cláusula penal constante do artigo 1.229 do Código Napoleão<sup>23</sup> deixa clara a influência das idéias de Pothier ao admitir somente a função de prefixação de perdas e danos.<sup>24</sup> Não foi contemplada a possibilidade de o credor requerer indenização suplementar. O mesmo artigo permite que, havendo previsão expressa, se *cumule* a cláusula penal com a execução da obrigação principal ou indenização correspondente, mas somente na hipótese de *mora*.

No entanto, é interessante notar que, tendo em vista a imutabilidade do valor da pena proclamado pelo artigo 1.152, a penalidade poderia ganhar caráter *punitivo* se o valor da pena fosse claramente superior ao montante dos danos experimentados pelo credor.

A pena convencional, porém, era instituto de uso crescente, ficando cada vez mais evidente também sua função *coercitiva* e como meio de imposição de uma penalidade pelo particular. Isso veio a gerar uma *crise* do instituto<sup>25</sup> e uma discussão acerca da compatibilidade entre a função punitiva e a característica de liquidação *forfetaire* atribuída pelo legislador ao instituto.

Não obstante, a distinção entre forma de liquidação *forfetaire*, índole compulsória e como meio de imposição de verdadeira penalidade foi logo esquecida, prevalecendo apenas a primeira. “Daí que no direito francês, cláusula penal e cláusula de pré-liquidação de perdas e danos eram sinônimas, sendo subsumidas a um conceito unitário e neutro”.<sup>26</sup>

Embora a doutrina não negasse a função *compulsória*, entendia, quando muito, estar ela absorvida pela tese da indenização *forfetaire*, sendo uma mero *souvenir* desta, sem qualquer autonomia. Daí o conceito unitário da cláusula penal, de natureza *meramente indenizatória*, que prevaleceu em França, e que influenciou outras codificações da família romano-germânica, notadamente na Itália e em Portugal, conforme será visto.

---

<sup>23</sup> Assim dispõe o artigo 1.229: “A cláusula penal é a compensação das perdas e danos que o credor experimenta pela inexecução da obrigação principal. Não pode ele pedir, ao mesmo tempo, o principal e a penalidade, a não ser que esta tenha sido estipulada para o simples atraso”. As traduções dos artigos do *Code* constantes do presente trabalho foram retiradas da tradução do Professor Doutor Souza Diniz publicada pela Biblioteca de Legislação Estrangeira.

<sup>24</sup> O artigo 1.226, por sua vez, parece ressaltar a índole compulsória do instituto, ao prever que “[a] cláusula penal é aquela pela qual uma pessoa, **para assegurar a execução de uma convenção**, compromete-se a qualquer coisa no caso de inexecução” (g.n.).

<sup>25</sup> ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*, p. 67.

<sup>26</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal*, p. 12.

O artigo 1.152 foi objeto da revisão de 1975, oportunidade na qual ganhou um novo parágrafo prevendo a possibilidade de redução judicial da pena. Isabel Espín Alba<sup>27</sup> noticia que tal alteração legislativa se deu a partir de casos envolvendo contratos de *leasing* financeiro, nos quais foram verificadas cláusulas penais abusivas prevendo que, na hipótese de descumprimento de uma das prestações, o contrato se resolveria automaticamente e o devedor seria privado do bem por força da resolução, devendo pagar, ainda, a título de pena convencional, o resto das prestações devidas até o fim do contrato.

O desenvolvimento da jurisprudência demonstrou a necessidade de serem feitos ajustes na disciplina da cláusula penal. Não obstante a proibição expressa contida no artigo 1.152, os tribunais valiam-se de conceitos indeterminados, tais como “abuso do direito”, “fraude à lei”, bem como da teoria do “enriquecimento sem causa” e da “causa ilícita” para justificar a revisão de referidas cláusulas, claramente abusivas, quando evidente desproporção entre a penalidade e os danos experimentados.<sup>28</sup>

Assim, após a revisão de 1975, passou a ser dado ao juiz diminuir o valor da cláusula penal quando claramente excessivo, bem como para aumentá-lo quando irrisório, *limitando*, então, a autonomia privada em matéria de pena convencional em França.

Entretanto, ainda permaneceram questões sobre a possibilidade de revisão *ex officio* pelo juiz, o que veio a ser resolvido em 1985, por meio da lei de 11 de outubro que inseriu um parágrafo ao artigo 1.152, permitindo tal revisão de ofício.

As alterações legislativas ensejaram uma nova visita ao tema da cláusula penal como figura única, passando alguma doutrina a considerar a sua índole compulsória como figura autônoma em relação à prefixação de perdas e danos. Tal diferenciação gerou, ainda, um questionamento da possibilidade de revisão judicial também da cláusula penal de natureza compulsória. Segundo Espín Alba,<sup>29</sup>

“la moderación de la pena debería estar reservada únicamente para aquellos casos em que se hubiese pactado una liquidación anticipada de daños *stricto sensu*, dejando inmutables los supuestos de penas privadas, en aras del respecto de la voluntad de las partes libremente manifestada.”

---

<sup>27</sup> La cláusula penal, p. 22-23.

<sup>28</sup> ESPÍN ALBA, Isabel. La cláusula penal, p. 21.

<sup>29</sup> La cláusula penal, p. 23.

Como será referido, questionamentos dessa natureza deram e ainda dão ensejo a estudos que impulsionam a revisão do conceito de cláusula penal como figura unitária.

### 1.3.2 Código Civil Italiano

A disciplina da cláusula penal no Código italiano de 1865 foi copiada do *Code Napoleon*, de maneira que também na Itália predominou amplamente a teoria unitária, segundo a qual a cláusula penal tinha como função apenas a prefixação de perdas e danos, sendo que eventual compulsoriedade seria decorrência natural da predeterminação do valor dos danos.

O Código Civil de 1942 não representou uma novidade nesse ponto. O artigo 1.382, sob a rubrica de “Efeitos da cláusula penal”, estipula que por meio de referida cláusula se convencionou que, em caso de inadimplemento absoluto ou mora, o devedor fica obrigado a uma determinada prestação, “que tem o efeito de **limitar** a indenização à prestação prometida” (g.n.), salvo se prevista a possibilidade de indenização suplementar.

É vedado ao credor exigir, cumulativamente, a prestação devida e a cláusula penal *compensatória*, o mesmo não valendo, por óbvio, para a pena convencional moratória (artigo 1.383).

Massimo Bianca<sup>30</sup> é categórico ao afirmar que a *única* finalidade possível da cláusula penal, em conformidade com o Código Civil italiano, é a de prefixação das perdas e danos. Qualquer função compulsória seria, conforme o caso, desprovida de autonomia, “ma è un vantaggio insito nel fatto stesso della preventiva e forfetaria liquidazione del danno”, “una conseguenza indiretta della preventiva e forfetaria liquidazione del danno, più o meno favorevole al creditore”.

Ainda segundo o mesmo autor, uma cláusula penal que prevísse a pena *cumulada* com a execução da obrigação teria caráter de *pena privada*, porém seria nula por extrapolar os limites da autonomia privada e violar norma de ordem pública que proíbe a criação de disposições *autoritárias* entre particulares.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> *Diritto civile: la responsabilità*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 221 e seguintes. Tradução livre: “mas é uma vantagem implícita no fato próprio da preventiva liquidação do dano”, “uma consequência indireta da preventiva liquidação do dano, mais ou menos favorável ao credor”.

<sup>31</sup> *Diritto civile*, p. 225.

Francesco Messineo entende que a cláusula penal tem como função típica no direito italiano

“risarcire al creditore i danni arrecatigli e di limitarne, al stesso tempo, la misura (salvo che sia stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore) (...) Effetto pratico della clausola penale è che, per non incorrere nella penalità (la quale, di solito, si approssima all’ammontare dell’obbligazione principale), il debitore sarà stimolato ad adempiere. Tuttavia, l’accennato effetto è soltanto indiretto, nè pertanto esse devi ritenersi necessariamente congiunto con la funzione della clausola.”

Ou seja, Messineo<sup>32</sup> defende a natureza indenizatória da cláusula penal, admitindo, contudo, um efeito compulsório *indireto* e *eventual*, que em nada influi na determinação da função típica do instituto.

Annibale Marini,<sup>33</sup> autor italiano que dedica ao instituto obra inteira datada de 1984, tem posição diversa. O autor reconhece que a absoluta maioria da doutrina italiana entende que a cláusula penal é um esquema típico de facilitação de ressarcimento do dano, mas desenvolve seu próprio raciocínio acerca da função da cláusula penal a partir da regra contida no § 2º do artigo 1.382 do Código Civil italiano, segundo o qual “la penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno”.

Para o autor, tal norma, embora pudesse ser interpretada como uma mera regra de inversão do ônus da prova – de modo que coubesse ao devedor a prova de que não houve dano, hipótese na qual não seria devida a pena –, não foi esse o posicionamento que a doutrina italiana adotou, antes entendendo que a penalidade independia do dano.

Marini entende que a função de liquidação *a forfait* do dano, se contrastada com o entendimento segundo o qual o dano é *irrelevante*, tende a entrar em crise. O autor analisa a teoria segundo a qual o inadimplemento (absoluto ou mora) traz, intrinsecamente, um dano ao credor, a fim de analisar se tal teoria poderia dar sustentação à função unicamente ressarcitória da cláusula penal.

---

<sup>32</sup> *Dottrina generale del contratto*. Milano: Giuffrè, 1994, p. 119. Tradução livre: “(...) ressarcir ao credor os danos causados e de limitar, ao mesmo tempo, a medida (salvo se prevista a ressarcibilidade do dano ulterior) (...) Efeito prático da cláusula penal é que, para não incorrer na penalidade (a qual, comumente, se aproxima do montante da obrigação principal), o devedor será estimulado a adimplir. Todavia, o referido efeito é somente indireto, e portanto devendo ser considerado necessariamente em conjunto com a função da cláusula”.

<sup>33</sup> *La clausola penale*, p. 10 e seguintes.

Conclui que o inadimplemento não gera, necessariamente, um dano, lembrando que a doutrina e a jurisprudência aceitam a hipótese de a fase de liquidação de sentença chegar a um valor “zero” para *quantum debeatur*. Entende, assim, que tal argumento também não serviria para dar sustentação à chamada teoria unitária.

Prosseguindo em seu raciocínio, Marini sustenta que a função liquidatória da cláusula penal poderia, sim, existir, mas seria eventual, pois somente se verificaria nas hipóteses em que há, efetivamente, um dano ressarcível conforme apurado em momento posterior ao inadimplemento, sendo que, nas demais hipóteses, a função da cláusula há que ser diversa. Faz uso de tal raciocínio para demonstrar ser esse critério também inaceitável, pois a função da cláusula penal seria, então, conhecida somente em momento posterior ao inadimplemento e estaria na dependência da existência ou não do dano passível de ressarcimento.

Conclui seu raciocínio aduzindo que “l’aspetto caratterizzante la figura può rinvenirsi nel rafforzamento della posizione creditoria anche se temperato dall’introduzione di particolari cautele dirette ad evitar la sopraffazione del debitore”.<sup>34</sup>

O artigo 1.384 do Código Civil italiano prevê a possibilidade de redução eqüitativa da penalidade pelo juiz no caso de manifesta excessividade, bem como de cumprimento parcial da obrigação principal, “tendo sempre em atenção o interesse que o credor tinha na execução”.

No regime anterior ao Código de 1942, no entanto, não era dado ao juiz rever o valor da cláusula penal. Como refere Giorgio Giorgi, em obra datada de 1985, “[l]’ammontante poi della pena dipende interamente dall’arbitrio delle parti, né il giudice potrebbe mai modificarlo (...)”, exceto se a pena convencional houvesse sido criada com o objetivo de mascarar uma convenção usurária ilícita. Refere o autor, ainda, que caberia a revisão judicial nos casos em que as partes assim estipulassem e no caso de cumprimento parcial da obrigação.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Tradução livre: “o aspecto característico da figura pode se encontrar no reforço da posição creditória mesmo se temperado pela introdução de cautelas particulares com vistas a evitar o aproveitamento pelo devedor”.

<sup>35</sup> GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazione nel diritto moderno italiano*, p. 516 e seguintes. Tradução livre: “O montante da pena, portanto, depende inteiramente do arbítrio das partes, nem mesmo o juiz pode jamais modificá-lo”.

### 1.3.3 Código Civil Espanhol

O artigo 1.152 do Código Civil espanhol<sup>36</sup> trata, também, da cláusula penal como forma de prefixação de perdas e danos, “si outra cosa no se hubiere pactado”. Assim, abre expressamente espaço para a autonomia privada em matéria de cláusula penal.<sup>37</sup>

O artigo 1.153 deixa claro inclusive que, havendo previsão expressa nesse sentido, a pena poderá ser exigida *cumulativamente* com a obrigação. Por fim, o artigo 1.154 trata da redução eqüitativa da pena pelo juiz, que terá lugar “cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”. Vê-se que o Código Civil espanhol não confere expressamente ao juiz a possibilidade de redução da pena na hipótese de manifesta excessividade.

Interessante notar que o artigo 1.153 do Código Civil espanhol permite que, havendo previsão contratual expressa, possa o devedor eximir-se de cumprir a obrigação principal pagando a pena. Como bem observa Espín Alba,<sup>38</sup> trata-se nesse caso de mera multa penitencial e não propriamente de cláusula penal. Parece haver incorrido em falha técnica o legislador espanhol nesse ponto.

A possibilidade expressa de cumulação da pena convencional com a obrigação, mesmo na hipótese de inadimplemento absoluto prevista no Código Civil espanhol,<sup>39</sup> fez com que a doutrina<sup>40</sup> considerasse maciçamente a cláusula penal também como forma de *punição*.

Lobato<sup>41</sup> refere que a função penal é a predominante no sistema espanhol, sendo esta “el esencial de la figura y determinante de su propia naturaleza. (...) Consideramos

---

<sup>36</sup> Assim dispõe o artigo 1.152: “En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código”.

<sup>37</sup> Nas palavras de Javier Dávila González, “nuestro ordenamiento jurídico se muestra ‘bastante generoso’ con las cláusulas penales, pues se permite cualquier tipo o variedad e las mismas sin limitación” (*La obligación con cláusula penal*, p. 24).

<sup>38</sup> *La cláusula penal*, p. 51.

<sup>39</sup> Uma vez que, como visto supra, a possibilidade de cumulação relativamente à cláusula penal moratória é aceita por outros códigos civis, notadamente o francês, o italiano e o próprio Código Civil espanhol.

<sup>40</sup> Para uma análise compreensiva dos posicionamentos dos autores espanhóis acerca da função da cláusula penal, vide GONZALEZ, Javier Dávila. *La obligación con cláusula penal*, p. 47 e seguintes.

<sup>41</sup> *La cláusula penal en el derecho español*, p. 103.

que para ser verdadeira cláusula penal o pena convencional, debe suponer aún en su carácter liquidatorio previo, un sacrificio material o económico para la parte que incumple”. Refere ainda ser a cláusula penal uma das formas de reforço do cumprimento das obrigações, o que parece estar de acordo com o carácter de penalidade que atribui ao instituto.

Sanz Viola,<sup>42</sup> após mencionar o reconhecimento, pela jurisprudência, da função liquidatória, sancionatória e penal, aduz que “entre todas las funciones que se han señalado parece esencial *la función de garantía*”.

Espín Alba noticia que a doutrina espanhola, bem como a jurisprudência do Tribunal Supremo, referem-se de modo reiterado às funções coercitiva e liquidatória.<sup>43</sup> Para a autora, a fórmula que melhor evidencia o carácter compulsório é a cláusula penal *cumulativa*, pois o devedor sabe que, em qualquer caso e ainda que seja pequena ou reduzida judicialmente, a pena representará um aumento de sua responsabilidade patrimonial.

A autora nota que, na doutrina e na jurisprudência espanholas, não obstante algumas divergências quanto à função da cláusula penal, a figura sempre foi considerada como um conceito único, não tendo sido feita, como em outros países, distinção entre espécies de cláusula penal.<sup>44</sup>

#### 1.3.4 Código Civil Português

O Código Civil português define cláusula penal como forma de liquidação *forfataire* das perdas e danos, como se pode verificar claramente do teor do artigo 810º, 1ª parte: “As partes podem, porém, fixar por acordo o montante da indemnização exigível: é o que se chama da cláusula penal”.

O artigo 811º, 1ª parte, veda expressamente a possibilidade de se exigir a pena e, *cumulativamente*, o cumprimento da prestação, embora permita, na 2ª parte do mesmo artigo, que o credor exija a indenização *suplementar*, que só se aplica, por óbvio, quando o valor da cláusula penal for inferior aos danos que vierem a ser apurados pelas vias ordinárias.

---

<sup>42</sup> *La cláusula penal en el Código Civil*, p. 16.

<sup>43</sup> *La cláusula penal*, p. 50 a 52.

<sup>44</sup> *La cláusula penal*, p. 54.

Na 3ª parte do mesmo artigo 811º, o legislador português vedou expressamente a possibilidade de o credor receber *indenização* em valor superior ao prejuízo experimentado em função do descumprimento. Por fim, o artigo 812º cuida da “redução equitativa da cláusula penal”, a qual se dá nos casos em que a pena se mostre manifestamente excessiva, bem assim nas hipóteses de cumprimento parcial da obrigação principal.

A própria redação dos artigos 810º e 811º deixa bastante claro o posicionamento do legislador, que atribuiu à cláusula penal função de liquidação *a forfait* do valor dos danos. De se notar, ainda, a vedação expressa de se exigir a cláusula penal em adição ao cumprimento da obrigação.

Como observa Pinto Monteiro,<sup>45</sup> tradicionalmente a doutrina portuguesa considera a cláusula penal como forma de determinação antecipada do valor dos danos, sendo a função coercitiva uma decorrência meramente eventual. Assim, se a pena for equivalente ou superior<sup>46</sup> aos danos efetivamente sofridos, avulta-se sua função *sancionatória*, e caso seja inferior ao montante dos danos (e não sendo prevista indenização suplementar), funcionaria como uma forma de *limitação* de responsabilidade do devedor. Vale notar, ainda, que não importaria qual a *finalidade* prevista pelas partes no momento da celebração do contrato, mas somente o resultado final que determinaria, posteriormente, sua função.

Segundo João Calvão da Silva:

“Dada a sua simplicidade e comodidade, a cláusula penal é instrumento de fixação antecipada, em princípio *ne varietur*, da indenização a prestar pelo devedor no caso de não cumprimento ou mora, e pode ser eficaz meio de repressão ao próprio cumprimento da obrigação. Queremos com isto dizer que, na prática, a cláusula penal desempenha uma dupla função: a função ressarcidora e a função coercitiva. (...) Proíbe, assim, a nossa lei, o cúmulo do cumprimento e da cláusula penal compensatória, admitindo-se, todavia, o cúmulo do cumprimento e da cláusula penal. Solução acertada, em harmonia com a função indenizatória da cláusula penal.”<sup>47</sup>

Filiou-se tradicionalmente a doutrina portuguesa à tese unitária, segundo a qual a cláusula penal, sendo figura única, tem função precipuamente indenizatória e, eventualmente, sancionatória, conforme a proporção que se verificar entre o dano efetivamente sofrido e o valor da penalidade.

---

<sup>45</sup> *Cláusula penal e indemnização*, p. 417.

<sup>46</sup> Ressalvado, nesse caso, o direito do devedor de pleitear a redução da penalidade com fundamento no artigo 811º, 3ª parte.

<sup>47</sup> *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 248 e 254.

O ponto de partida para a discussão da visão unitária da cláusula penal foi o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal de 3 de novembro de 1983, que estabeleceu uma diferenciação entre cláusula penal *indenizatória* e cláusula penal de função *compulsória*. Esse acórdão será objeto de ulterior análise.

Nesse contexto, de grande relevância foi a obra de Mota Pinto no direito português. O autor sustenta a tese dualista da cláusula penal, que será discutida adiante, no Capítulo 3. As lições do direito português são de grande relevância para o direito nacional, tendo em vista a similitude do tratamento dado ao instituto no Código Civil de Portugal e no Novo Código Civil.

### 1.3.5 Código Civil Alemão (BGB)

O Código Civil alemão cuida, no artigo 339, da cláusula penal em geral (moratória e compensatória), nos seguintes termos:

“§339: Se o devedor prometer ao credor o pagamento de uma importância em dinheiro,<sup>48</sup> como multa, para o caso de não executar ele o seu compromisso ou não [o executar] de modo conveniente, terá incorrido na multa quando se constituir em mora. Se a prestação devida consistir em uma omissão, ter-se-á incorrido na multa com o ato em contrário.”<sup>49</sup>

O parágrafo seguinte cuida da “multa por inexecução”, ressaltando que nessa hipótese o credor pode exigir o cumprimento da obrigação *ou* a multa. O § 340, 2ª parte, prevê expressamente que, independentemente de previsão contratual nesse sentido, pode o credor pleitear, além da pena convencional *compensatória*, o valor das perdas que exceder a pena, as quais deverá requerer e provar pelas vias ordinárias. Assim, se o *quantum debeatur* apurado for inferior ao valor da cláusula penal, nada será devido ao credor. Se for superior, a indenização *suplementar* consistirá na diferença entre o valor apurado e o valor pago por força da cláusula penal.

O § 341 cuida da pena em caso de mora, deixando claro, como se viu em outros códigos da família romano-germânica, que a pena moratória pode ser exigida juntamente com o cumprimento da obrigação.

---

<sup>48</sup> O § 342 admite e disciplina a multa que prevê prestação diferente do pagamento em dinheiro.

<sup>49</sup> As traduções dos artigos do Código Civil alemão foram obtidas de Souza Diniz, em obra publicada pela Biblioteca Legislação Estrangeira.

A redução da multa encontra fundamento no § 343, quando “for desproporcionalmente alta”, mediante requerimento do devedor, sendo que “no julgamento da conveniência [de se reduzir a multa] deve ser levado em consideração todo o interesse legítimo<sup>50</sup> do credor, não somente o interesse patrimonial”.

O Código Civil alemão, diferentemente de outros códigos da família romano-germânica, não deu especial destaque à função indenizatória da cláusula penal, embora esta esteja presente no § 340, como já visto. Como refere Espín Alba,<sup>51</sup> a cláusula penal tal como prevista no BGB desempenha dupla função, sancionadora e indenizatória, mas “la nota característica de la figura es la primera; es decir, la función sancionadora”.

Von Thur,<sup>52</sup> em seu *Tratado das obrigações*, dá destaque à função sancionatória ao afirmar que “mediante la pena convencional se ejerce una presión sobre el deudor, al que se conmina con un determinado perjuicio para el caso de infringir el contrato, perjuicio que excede generalmente de la indemnización establecida por la ley (...)”.

Este mesmo autor admite, também, a cláusula penal *cumulativa* para o caso de inadimplemento total, desde que haja previsão expressa nesse sentido, cabendo ao devedor comprovar que foi este o significado que as partes atribuíram à pena.<sup>53</sup>

Ennecerus<sup>54</sup> afirma que a principal característica da cláusula penal reside no fato de ser ela um meio de *pressão*, embora reconheça que possa desempenhar uma função de liquidação antecipada de danos e também simplesmente de uma pena, quando seja cumulada com o interesse pelo inadimplemento absoluto ou mora.

De se observar, no entanto, que tanto Von Thur quanto Ennecerus vêem a função *compulsória* como predominante, ainda que a cláusula penal não seja cumulada com o cumprimento da obrigação.

---

<sup>50</sup> Tal previsão merece aplausos, na medida em que, como visto supra, uma das funções da cláusula penal é a de liquidação prévia de danos de difícil comprovação ou quantificação, como os de natureza moral, envolvidos na relação obrigacional, e por isso é recomendável que o *interesse legítimo do credor* seja considerado quando da análise do pedido de redução da pena. A revisão da pena será objeto de estudo do Capítulo 5.

<sup>51</sup> *La cláusula penal*, p. 25.

<sup>52</sup> *Tratado de las obligaciones*. Tradução do alemão por W. Roces. Granada: Editorial Comares, 2007, p. 449.

<sup>53</sup> *Tratado de las obligaciones*, p. 453.

<sup>54</sup> ENNECERUS; KIPP; WOLF. *Tratado de derecho civil*, p. 187.

Conforme notícia Rosenthal,<sup>55</sup> nas décadas de 1960 e 1970 a jurisprudência alemã consolidou o entendimento de que há duas espécies distintas de cláusula penal: a *Vertragsstrafe*, que é aquela regulada pelo BGB e que tem índole precipuamente sancionatória, e a *Schadenpauschale*, não prevista legalmente mas admitida com fundamento na autonomia privada, que é um acordo de fixação antecipada do montante dos danos, e que não sofre variação.

Importante notar que a *Schadenpauschale* admite a prova, pelo devedor, de que o credor não sofreu quaisquer danos.

Tal diferenciação entre duas espécies distintas de cláusula penal foi positivada, posteriormente, por meio da *AGB-Gesetz*, de 12 de novembro de 1976, que cuidou das cláusulas contratuais gerais.

Conforme nota Espín Alba,<sup>56</sup> os tribunais alemães entendem que a *Schadenpauschale* não está sujeita ao controle judicial de que trata o § 343 do BGB, o qual somente pode ser aplicado nos casos em que a função indenizatória esteja precedida de uma verdadeira *intenção* de exercer uma coação sobre o devedor para que cumpra a obrigação. Vê-se, portanto, que tem relevância o elemento subjetivo.<sup>57</sup>

Em síntese, na Alemanha há dois modelos distintos, um previsto expressamente no BGB, de índole sancionatória, e outro objeto de criação jurisprudencial, de caráter indenizatório. Claro está que a concepção alemã contrasta diametralmente com a disciplina do Código Civil francês, caracterizando um rompimento com a tese unitária. A adoção da teoria dualista da cláusula penal na Alemanha será discutida mais pormenorizadamente adiante.

### 1.3.6 Código Civil Argentino

O Código Civil argentino dedicou 15 artigos ao título que cuida “De las obligaciones con cláusula penal”. O artigo 655 dispõe que a pena imposta na cláusula penal substitui a

---

<sup>55</sup> *Cláusula penal*, p. 23.

<sup>56</sup> *La cláusula penal*, p. 26.

<sup>57</sup> No mesmo sentido a nota de Rosenthal: “O Tribunal Supremo Federal (BGH) considera que a aplicação de um ou outro modelo dependerá basicamente da intenção das partes” (*Cláusula penal*, p. 23).

indenização por perdas e danos (*perjuicios e intereses*), e o credor não terá direito a qualquer outra indenização, porém abre espaço, no artigo 659, para que as partes, no exercício da autonomia privada, estipulem que a pena seja devida *cumulativamente* com a obrigação principal no caso de inadimplemento total. Consagra, assim, no texto legal, a cláusula penal *punitiva*.

Na reforma de 1968, feita por meio da Lei n. 17.711, foi introduzido um parágrafo ao artigo 656 permitindo ao juiz reduzir a pena nas hipóteses em que se verifique o abusivo aproveitamento do devedor pelo credor. As diretrizes a serem seguidas pelo juiz são a desproporcionalidade da pena em relação à gravidade da culpa do devedor, o valor das prestações (da obrigação principal) e demais circunstâncias do caso.

### 1.3.7 A Cláusula Penal no Código Civil Brasileiro

Diferentemente dos Códigos Civis de Portugal,<sup>58</sup> França<sup>59</sup> e Argentina,<sup>60</sup> o Código Civil brasileiro de 1916, assim como o Novo Código Civil, não definiu cláusula penal, ao nosso ver acertadamente, pois a definição dos institutos jurídicos cabe à doutrina e não ao legislador.<sup>61</sup>

Seguindo o modelo dos Códigos francês, italiano e português, o Código de Beviláqua, artigos 916 e 927, deu conotação *indenizatória* à cláusula penal. Nos termos do artigo 918, a cláusula penal estipulada para o caso de inadimplemento total “converter-se-á em alternativa a benefício do credor”.

Outro importante dispositivo foi o artigo 920, segundo o qual “o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal” Trata-se de dispositivo idêntico àquele constante do artigo 412 do Novo Código Civil.

---

<sup>58</sup> Assim dispõe o artigo 810º do Código Civil português: “As partes podem, porém, fixar por acordo o montante da indemnização exigível: é o que se chama cláusula penal”.

<sup>59</sup> Assim dispõe o artigo 1.226 do Código Napoleão: “A cláusula penal é aquela pela qual uma pessoa, para assegurar a execução de uma convenção, se compromete a dar alguma coisa, em caso de inexecução”.

<sup>60</sup> Segundo o artigo 652 do Código Civil argentino: “La cláusula penal es aquella em que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no efectuar la obligación”.

<sup>61</sup> Nesse sentido entende Judith Martins-Costa: “Por outro lado, manteve o Código a tradição de não definir a cláusula penal (diversamente do que faz o Código Civil francês no art. 1.226), opção novamente acertada, pois permite à doutrina construir, progressivamente, o conceito, sob a perspectiva funcional, conforme o complexo das funções efetivamente desempenhadas pela figura” (*Comentários ao novo Código Civil*, p. 419).

A liberdade de estipulação da cláusula penal no código anterior era, sem dúvida, maior que a verificada na maioria dos diplomas civis aqui analisados. Especialmente pela impossibilidade de o juiz reduzir o valor da pena, “a pretexto de ser excessiva” (artigo 927). Caberia redução judicial apenas nas hipóteses de cumprimento parcial da obrigação principal (artigo 924).

A doutrina brasileira adotou, em sua maioria, a teoria unitária da cláusula penal, ressaltando as funções de prefixação de perdas e danos e, em alguns casos, compulsória.

Orlando Gomes<sup>62</sup> entende, com fundamento da doutrina francesa, que a função da cláusula penal é de “pré-liquidar danos. Insiste-se em considerá-la meio de constranger o devedor a cumprir a obrigação, mas esse efeito da cláusula penal é acidental”. Menciona, ainda, que a genuína função da cláusula penal é limitar de antemão o valor da responsabilidade por inexecução.<sup>63</sup>

Para Silvio Rodrigues,<sup>64</sup> a cláusula penal cumpre duas funções básicas: “a) serve de reforço à obrigação principal; b) representa um sucedâneo, pré-avaliado, das perdas e danos devidos pelo inadimplemento do contrato”, ressaltando ser essa última a função “mais importante da cláusula penal, e que se prende à sua origem histórica”.<sup>65</sup>

Nota-se aqui, novamente, a influência decisiva do Código Civil e da doutrina franceses, citados reiteradamente pelo autor quando trata das funções da cláusula penal.

Caio Mário da Silva Pereira<sup>66</sup> não destoa dos entendimentos referidos, apontando como finalidade primordial da cláusula penal o reforço do vínculo obrigacional, sendo a liquidação antecipada uma função subsidiária e eventual.

Gustavo Tepedino discorre sobre a função da cláusula penal nos seguintes termos:

“Neste tempo [direito romano] a cláusula penal munia-se de natureza de ‘pena’ para reprimir o delito, desprovida, ainda, de qualquer menção acerca da reparação de danos advindos do inadimplemento obrigacional. Somente

---

<sup>62</sup> *Obrigações*, p. 86.

<sup>63</sup> *Obrigações*, p. 189.

<sup>64</sup> *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 263, v. 2: Parte geral das obrigações.

<sup>65</sup> *Direito civil*, p. 264.

<sup>66</sup> *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 144 e 146, v. II: *Teoria geral das obrigações*. Obra atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes.

mais tarde a cláusula penal adquiriu o caráter, atualmente vigente, de estimação do prejuízo causado.

(...)

Os fundamentos da cláusula penal, a despeito da discussão doutrinária sobre sua finalidade precípua, são o de servir de instrumento de pré-fixação das perdas e danos e, simultaneamente, elemento de reforço do liame contratual.”<sup>67</sup>

Pontes de Miranda<sup>68</sup> afirma que a cláusula penal tem como finalidade “estimular o devedor ao adimplemento do contrato”, bem ainda que “uma das funções mais prestantes da cláusula penal é assentar a indenizabilidade dos danos no caso de não ser pecuniária, ou ser de difícil avaliação a prestação prometida”. Assim, dá destaque às funções indenizatória e compulsória.

O autor admite a possibilidade, no entanto, de exigibilidade da pena *cumulada* com a prestação principal no caso de inadimplemento total, pois entende que a regra contida no artigo 918 (que corresponde ao artigo 410 do Novo Código Civil) é de natureza *dispositiva*.

Para Agostinho Alvim,<sup>69</sup> “[n]ão há dúvida que a cláusula penal é uma pena, segundo decorre da própria locução com que se denomina o instituto”. O ilustre Professor chega a tal conclusão por entender que o *dano* é requisito essencial da reparação, porém a cláusula penal é uma exceção a esta regra, podendo ser exigida independentemente da ocorrência do dano.

Conforme resume Rosenvald:<sup>70</sup>

“Com exceção de alguns pequenos desvios em favor de um ou outro escopo da cláusula penal – e, especificamente, a abertura preconizada por Limongi França –, a doutrina nacional gerada a partir do Código Civil de 1916 imputou-lhe natureza mista. Construiu-se uma figura unitária capaz de albergar as características de sanção compulsória e indenização.”

É interessante notar que foi justamente o inconformismo com o tratamento dado pela maioria dos grandes doutrinadores brasileiros<sup>71</sup> à cláusula penal o ponto de partida para a escolha de tal instituto como tema da presente dissertação. Conforme será referido, filiamos-nos à teoria *dualista* da cláusula penal.

---

<sup>67</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. I, p. 472 e 741.

<sup>68</sup> *Tratado de direito privado*, p. 88.

<sup>69</sup> *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, p. 196.

<sup>70</sup> *Cláusula penal*, p. 31.

<sup>71</sup> Maioria e não totalidade, pois há autores no direito pátrio que entendem de forma contrária, conforme será visto adiante.

Os autores que romperam com a concepção tradicional da cláusula penal no direito brasileiro serão referidos no item 3.3.6 infra.

Prosseguindo, o Código Civil de 2002 não alterou significativamente a disciplina da cláusula penal, de forma que não há que se falar em qualquer nova função ou alteração da natureza da cláusula penal *unicamente* por causa das alterações legislativas. Houve, no entanto, modificações pontuais relevantes que serão objeto de estudo no item 1.5 adiante.

#### 1.4 OS PAÍSES DE *COMMON LAW*

Diferentemente do quanto se verifica tradicionalmente nos países que adotam a *civil law*, os países de *common law*, notadamente Reino Unido e Estados Unidos da América, fazem uma clara distinção entre cláusula penal com conteúdo punitivo (*penalty clauses*) e cláusula penal com natureza de liquidação antecipada de perdas e danos (*liquidated damages*).

Conforme noticiam Charles Goetz e Robert Scott,<sup>72</sup> há mais de quinhentos anos que os tribunais de *common law* admitem somente cláusulas de predeterminação de perdas e danos que constituam uma estimativa razoável (*reasonable forecast*) dos danos que provavelmente resultarão do não-cumprimento do contrato, negando exigibilidade a cláusulas que imponham ao devedor uma *penalidade*.

As origens de tal diferenciação remontam aos tribunais de *equidade*.<sup>73</sup> A proibição das penalidades foi uma das primeiras intervenções dos referidos tribunais, no século XV, para reequilibrar situações consideradas contrárias à idéia de *justiça*. Inicialmente, a proibição visou evitar estipulações contratuais segundo as quais os devedores se obrigavam pelo dobro de sua dívida a título de pena, e outros casos considerados fraudulentos.

---

<sup>72</sup> Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: some notes on an enforcement model and the theory of efficient breach, *Columbia Law Review*, 77/554, p. 554.

<sup>73</sup> Conforme anotam Geoffrey C. Hazard e Michelle Taruffo, os tribunais de equidade foram criados inicialmente porque os tribunais de *common law* tinham competência limitada, a qual deixava de lado certos *wrong doings*, como as hipóteses de *fraude* ou atuação de má-fé (*American civil procedure*. Yale University Press, 1993, p. 12).

Assim, os tribunais de equidade consideravam inválidas tais cláusulas sempre que “either actual or presumptive evidence of unfairness indicated that recovery would result in an ‘unjust, extravagant or unconscionable quantum of damages in case of a breach’”.<sup>74</sup>

O entendimento de tais tribunais evoluiu no sentido de que não seriam exigíveis as cláusulas *in terrorem*, ou seja, aquelas que tivessem como objetivo *compelir* o devedor ao pagamento, e não constituíssem uma previsão razoável dos danos que decorreriam em função do descumprimento.

Segundo Oliver Wendell Homes,<sup>75</sup> que durante 30 anos (entre 1902 e 1932) foi ministro do Supreme Court of the United States, em *common law*,

“The only universal consequence of a legally binding promise is that the law makes the promissor pay damages if the promised does not come to pass. In every case it leaves him free from interference until the time for fulfillment has gone by, and therefore free to break his contract if he chooses.”

Conforme se depreende do trecho transcrito, a tradição em *common law* é que a quebra do contrato deve gerar, apenas e tão somente, uma *indenização por perdas e danos*. Assim, não são aceitas cláusulas contratuais que tenham natureza *punitiva*. São admitidas, sim, as chamadas *punitive damages*, mas somente quando impostas por um tribunal em matéria de *torts*, que corresponde, em nosso sistema, à responsabilidade civil *aquiliana*.

Adicionalmente, segundo o *Restatement of Contracts*,<sup>76</sup> “[p]unitive damages are not recoverable for a breach of contract unless the conduct constituting the breach is also tort for which punitive damages are recoverable”.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> GOETZ, Charles; SCOTT, Robert. Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: some notes on an enforcement model and the theory of efficient breach. *Columbia Law Review*, 77/554, New York, 1977, p. 555. Tradução livre: “prova, de fato ou presumida, de injustiça indicasse que a recuperação resultaria em ‘um quantum injusto, extravagante ou inescrupuloso de danos em caso de quebra’”.

<sup>75</sup> HOMES, Oliver Wendell. *The common law*. Boston: Little, Brown and Company, 1881, p. 301. Tradução livre: “A única consequência universal de uma promessa legalmente vinculante é que a lei faz com que o promitente indenize se a promessa não for cumprida. Em qualquer caso fica ele livre de interferência até que o tempo de cumprimento tenha passado, e então livre para quebrar o contrato se assim escolher”.

<sup>76</sup> O *Restatement of Contracts* é uma fonte secundária de direito nos Estados Unidos da América. É uma compilação de entendimentos criada por juristas em matéria de contratos que é importante fonte de referência e comumente citada na doutrina e em decisões judiciais.

<sup>77</sup> *Restatement (Second) of Contracts*, § 355. Tradução livre: “danos punitivos não são exigíveis por quebra de contrato a não ser que a conduta constitua também responsabilidade extracontratual para a qual sejam exigíveis danos punitivos”.

Como se vê, apenas quando a conduta que constitui a quebra do contrato implicar, também, responsabilidade civil extracontratual, é que se pode falar em *punitive damages*. Além disso, segundo William S. Dodge,<sup>78</sup> as únicas outras exceções à regra geral são: não cumprimento de uma promessa de casamento, descumprimento de contrato por uma empresa que presta serviço público, quebra de contrato que significa também quebra de obrigação fiduciária (*fiduciary duty*) e, mais recentemente, inadimplemento de má-fé em um contrato de seguro. Nem mesmo a quebra *intencional* ou *maliciosa*<sup>79</sup> do contrato pode dar ensejo a uma punição, exceto nos casos supra-referidos.

As *punitive damages* são em regra consideradas, em matéria contratual, contrárias à ordem pública. Tal proibição caracteriza clara limitação à *autonomia privada*. Apenas cláusulas penais que tenham a natureza de liquidação antecipada de perdas e danos são válidas. E para que sejam assim consideradas, as penas contratuais devem preencher determinados requisitos, conforme será discutido adiante.

Para distinguir entre um e outro tipo de cláusula, os tribunais têm entendido que, na cláusula penal de natureza *punitiva*, a pena é estipulada *in terrorem*,<sup>80</sup> enquanto na cláusula penal que busca fixar antecipadamente o valor das perdas e danos, a pena é genuinamente uma pré-estimativa das perdas que se verificariam na hipótese de inadimplemento.

Conforme noticia Richard A. Lord, em geral são três os critérios utilizados pelos tribunais norte-americanos para diferenciar uma *liquidated damages clause* de uma *penalty clause*. A cláusula de liquidação de perdas e danos estará presente e será, portanto, exigível quando:

---

<sup>78</sup> DODGE, William S. The case for punitive damages in contracts. *Duke Law Journal*, 48/629, 1998.

<sup>79</sup> "(...) exemplary or punitive damages are not generally recoverable in breach of contract actions, even where the contract is maliciously or intentionally breached." (LORD, Richard A. *Williston on contracts*. 4. ed. Thomsom West, 2001, p. 243). Tradução livre: "(...) danos exemplares ou punitivos não são em geral exigíveis em ações de quebra de contrato, mesmo nos casos em que o contrato é quebrado maliciosa ou intencionalmente".

<sup>80</sup> Vale notar o comentário de Richard A. Lord acerca da cláusula penal *in terrorem*. Para o autor, a própria possibilidade de indenização por perdas e danos, inclusive quando levada a efeito pelos meios tradicionais, representa um *estímulo* para o cumprimento da obrigação, e portanto tem o mesmo efeito *in terrorem* da cláusula de prefixação de perdas e danos. Assim, conclui o autor que a cláusula não deve ser considerada inválida apenas por induzir o devedor ao pagamento, mas somente quando tal indução se dê de forma *ilegítima*, o que se verificará quando houver uma desproporção entre os danos previsíveis decorrentes do descumprimento e o valor das perdas e danos estipuladas em contrato (*Williston on contracts*, p. 231).

- (i) os danos causados pelo inadimplemento forem de prova difícil ou impossível;
- (ii) o valor das perdas e danos previsto seja uma estimativa razoável dos danos que provavelmente resultarão do inadimplemento;
- (iii) as partes tenham criado a cláusula com a intenção de que fosse compensatória e não de punitiva.

Segundo o *Restatement of Contracts (Second)*, § 365(1):

“Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount that is reasonable in the light of the **anticipated or actual** loss caused by the breach and the difficulties of proof of loss. A term fixing unreasonably large liquidated damages is unenforceable on grounds of public policy as a penalty.”<sup>81</sup> (g.n.)

Quer nos parecer que o ponto principal a ser considerado na diferenciação entre um ou outro tipo de cláusula seja a *razoabilidade* do valor predeterminado (i) frente ao danos que razoavelmente se espera que decorram do descumprimento ou (ii) frente ao dano *efetivo*.

Vale notar que, caso a cláusula seja considerada uma *penalidade*, não será exigível, e a liquidação das perdas e danos deverá ocorrer pelas vias ordinárias,<sup>82</sup> não havendo que se falar em *redução eqüitativa*, como é comum nos países de *civil law*.

Em resumo, os países de *common law* distinguem claramente duas espécies de cláusula penal, a *penalty clause*, de caráter punitivo, e a cláusula de *liquidated damages*, sendo que os tribunais consideram exigível somente essa última.

---

<sup>81</sup> Tradução livre: “Perdas e danos por quebra por qualquer das partes podem ser liquidados mas somente em um valor que seja razoável à luz das perdas e danos **antecipáveis ou efetivos** decorrentes da quebra e as dificuldades de prova do dano. Uma estipulação fixando perdas e danos grandes sem razoabilidade não é exigível como penalidade em função de norma de ordem pública” (g.n.)

<sup>82</sup> “If excessive, the liquidated damages provision may be deemed unenforceable as a ‘penalty’, in which event, presumably, the injured party’s damages will be determined under customary standards” (CHIRELSTEIN, Marvin A. *Concepts and case analysis in the law of contracts*. 5. ed. New York: Foundation Press, 2006, p. 212.) Tradução livre: “Se excessiva, a estipulação de liquidação de perdas e danos pode ser considerada inexigível, e em tal caso, presumivelmente, os danos da parte lesada serão determinados conforme os padrões costumeiros”.

## 1.5 PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002

### 1.5.1 Topologia

A cláusula penal era tratada, no Código de 1916, sob a rubrica “Das modalidades das obrigações”. Serpa Lopes<sup>83</sup> já criticava tal colocação, afirmando que “melhor seria incluí-la [a cláusula penal] no capítulo inerente à inexecução das obrigações, pois uma de suas funções consiste, precisamente, em prover a inexecução das obrigações”.

Tal modificação vem, parece-nos, na esteira da *operabilidade*<sup>84 85</sup> que norteou o legislador de 2002. Concordamos com Judith Martins-Costa quando afirma que “essa nova sistematização auxilia melhor a compreender a própria noção de cláusula penal”.<sup>86</sup>

Jorge Cesa Ferreira da Silva<sup>87</sup> também elogia a alteração topológica promovida pelo Novo Código Civil, nos seguintes termos:

“... é de ser aplaudida a alocação no Novo Código Civil, sensivelmente mais voltada à sua função. (...) Incluindo-se entre as normas dedicadas ao inadimplemento das obrigações, o novo Código optou pela alocação – sistemática e didaticamente – mais correta.”

### 1.5.2 A Possibilidade de Redução Judicial Equitativa

O artigo 413 do Novo Código Civil, seguindo a tendência das demais codificações da família romano-germânica, criou, por meio do artigo 413 do Novo Código Civil, o dever de o

<sup>83</sup> *Curso de direito civil*, p. 187.

<sup>84</sup> Conforme referido por Miguel Reale acerca da operabilidade, “muito importante foi a decisão tomada no sentido de estabelecer soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do Direito. Nessa ordem de idéias, o primeiro cuidado foi eliminar dúvidas que haviam persistido durante a aplicação do Código anterior” (*História do novo Código Civil. Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*, v. I, p. 40).

<sup>85</sup> Conforme refere Gustavo Tepedino, colocando a questão sob a ótica civil-constitucional, “O Título II do Livro do Direito das Obrigações reproduz, em grande parte, o texto revogado, tendo deslocado, contudo, suas normas, que no CC 1916 se situavam logo após o título que disciplinava os efeitos das obrigações, sua extinção e inexecução. A alteração se fez em prestígio da melhor técnica, pois as formas de transmissão aqui dispostas neste título caracterizam-se justamente pela conservação do vínculo obrigacional, que não se modifica, a despeito das substituições subjetivas de que se cuida” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, p. 567).

<sup>86</sup> *Comentários ao novo Código Civil*, p. 419. Gustavo Tepedino observa que “[a] modificação, que atende ao aprimoramento técnico, não atingiu somente o instituto da cláusula penal, incluindo-se também sob o título de inadimplemento das obrigações as disposições sobre mora, que se encontravam no âmbito do pagamento, a as referentes às arras, que se encontravam na parte geral dos contratos” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, p. 741).

<sup>87</sup> *Inadimplemento das obrigações*, p. 235.

juiz reduzir equitativamente a penalidade “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”.

Considerando a relevância da alteração trazida pelo artigo 413 do Novo Código Civil, esta será objeto de capítulo separado.<sup>88</sup>

### 1.5.3 O Parágrafo Único do Artigo 416. Indenização Suplementar

Sendo a cláusula penal indenizatória uma forma de fixar antecipadamente o valor das perdas e danos, em regra, mesmo sendo o valor do prejuízo experimentado pelo credor superior à pena, este não tem direito a pleitear a diferença.

O parágrafo único do artigo 416 prevê a possibilidade de as partes estipularem expressamente que, além da pena, o credor terá direito a pleitear o prejuízo excedente (indenização *suplementar*). Nesse caso, caberá ao credor valer-se dos meios ordinários de prova com relação aos danos que superarem o valor da cláusula penal.

Na verdade, deverá o credor comprovar a *totalidade* do dano sofrido para que se apure, então, se este é superior ao valor da pena e, então, possa ser exigida a diferença. Assim, poderá pleitear desde logo o montante previsto na cláusula penal e, caso comprove pelas vias ordinárias que o *dano efetivo* foi superior àquele valor, poderá pleitear a diferença a maior. Importante notar que, caso se apure que o dano efetivo foi inferior à pena, prevalece a cláusula penal, de modo que a previsão de indenização suplementar não poderá, em nenhuma hipótese, *agravar* a posição do credor.

### 1.5.4 Questões não Resolvidas

Conforme vimos, o instituto da cláusula penal nasceu no direito romano como maneira de *compelir* o devedor a cumprir a obrigação, e não tinha natureza indenizatória, tanto assim que poderia, mediante expressa previsão das partes, ser cumulada com a indenização por perdas e danos decorrente do descumprimento.

---

<sup>88</sup> Vide Capítulo 5 infra.

Foi durante o período medieval, por influência da igreja Católica, que assumiu contornos de uma cláusula de prefixação de perdas e danos, sendo que sob tal influência foi promulgado o *Code* em 1804.

A doutrina que se seguiu viu, tradicionalmente, a cláusula penal como forma de predeterminação de perdas e danos, sendo que a função *compulsória* seria meramente eventual e dependente da relação entre o valor da cláusula e o dano efetivo. No entanto, houve também quem vislumbrasse, com base em fundamentos diversos, a função *compulsória* como primordial em determinados casos. Houve, ainda, vozes no sentido de ser a função punitiva o caractere *essencial* da figura.

Importante notar que todas as análises referidas foram feitas considerando-se a cláusula penal como *figura única* (teoria unitária). Alemanha e os países de *common law*, por outro lado, diferenciam claramente duas espécies de cláusula penal, atribuindo a cada uma delas efeitos diferentes, como se viu.

Vejamos, então, se é possível compatibilizar a cláusula penal, concebida como *figura única*, com as regras constantes do Novo Código Civil, ou se é mais acertado conceber mais de uma *espécie* de cláusula penal, tal como se verifica na Alemanha e em *common law*.

Inicialmente, nos termos do artigo 410 do Novo Código Civil, quando prevista a cláusula para a hipótese de total inadimplemento da obrigação, “esta converter-se-á em **alternativa** a benefício do credor” (g.n.). Depreende-se da leitura do texto legal não ser permitida a *cumulação* da pena com o cumprimento da obrigação, o que somente é possível quando prevista a cláusula penal para a hipótese de mora (artigo 411).

Sendo a cláusula penal uma figura única, estaria terminantemente vedada então a cláusula penal *punitiva* ou *meramente sancionatória*, assim entendida aquela que é devida *cumulativamente* com a indenização por perdas e danos?

Caso se entenda que não, está-se afastando a possibilidade de criação de uma cláusula penal meramente punitiva, “que tem por função estabelecer tão somente uma pena, para o caso de inadimplemento”.<sup>89</sup> Renan Lotufo<sup>90</sup> admite ser lícita a cláusula penal *punitiva*;

---

<sup>89</sup> FRANÇA, Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*, p. 205.

<sup>90</sup> *Código Civil comentado*, p. 482.

uma vez estipulada, pode ser exigida *cumulativamente* com as perdas e danos pelo inadimplemento.

Limongi França<sup>91</sup> também admite a cláusula penal *punitiva*. Embora reconhecendo que não tivesse como base nenhum dispositivo específico, sustenta que encontrava fundamento para o acolhimento do instituto na autonomia privada, pois entende que não viola norma de ordem pública, salvo casos em que alguma limitação estivesse expressa, tal como ocorria na Lei de Usura. Admite, assim, a cumulação da pena com o cumprimento da obrigação.

Há, ainda, outro artigo que torna o entendimento da cláusula penal, tal como disciplinada pelo Novo Código Civil, ainda mais complicado. Trata-se do artigo 412, segundo o qual “[o] valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”.

Ora, estando o valor da cláusula penal para a hipótese de total inadimplemento *limitado* definitivamente ao valor da obrigação principal, como encontrar na pena convencional qualquer caráter *sancionatório*? De que modo estaria o devedor compelido a cumprir a obrigação se o *valor da obrigação* tende a ser, na maioria dos casos, inferior às perdas e danos devidos em função do descumprimento? Vale lembrar que as perdas e danos englobam não somente o dano emergente, mas também o lucro cessante.

Parece claro que o artigo 412 do Novo Código Civil é incompatível com o conceito de *compulsoriedade*, e parece aproximar a cláusula penal da cláusula de limitação de responsabilidade. Ademais, sendo o valor da obrigação inferior às perdas e danos, a cláusula penal nem sequer desempenharia função *indenizatória*.

Ainda que prevista a indenização suplementar, nos termos do artigo 416, parágrafo único, estaria a penalidade limitada ao valor das perdas e danos decorrentes do inadimplemento, e não teria função compulsória. Conforme se verificou, a função compulsória é identificada nas hipóteses em que a penalidade impõe ao devedor uma situação *mais gravosa*, o que não acontece na hipótese de o valor da pena *coincidir* com as perdas e danos devidas por causa do inadimplemento.

---

<sup>91</sup> *Teoria e prática da cláusula penal*, p. 205 e seguintes.

Outro ponto importante: estando o valor da cláusula penal *limitado* ao valor da obrigação ou, de acordo com o caso, ao valor das perdas e danos conforme comprovadas, qual seria o âmbito de aplicação do artigo 413 para a hipótese de penalidade *manifestamente excessiva*?

Na hipótese de a cláusula penal para o caso de total inadimplemento ter valor *superior* ao da obrigação principal ou das perdas e danos (mas não *excessivo*), deveria o juiz reduzir o valor da pena?

Para elucidar todas essas questões, é necessário analisar qual a correta interpretação que se deve atribuir aos dispositivos do Código Civil, notadamente os artigos 410, 412 e 416, pois a simples leitura do texto legal pode levar a conclusões equivocadas. Esse tema é objeto do Capítulo 4 infra.

Questões da mesma natureza foram colocadas e debatidas pela doutrina e pelos Tribunais. Vale observar que, na Alemanha, a distinção entre duas espécies de cláusulas penais teve como ponto de partida decisões judiciais.

## 2

## ESTRUTURA DA CLÁUSULA PENAL

## 2.1 ELEMENTOS DA CLÁUSULA PENAL

## 2.1.1 Acessoriedade

As definições trazidas pela doutrina<sup>92</sup> não diferem muito no que diz respeito ao caráter acessório da cláusula penal. A cláusula penal é, com efeito, acessória à obrigação principal, pois tem como objetivo sancionar o inadimplemento de determinada obrigação, ficando, assim, dependente da obrigação que visa proteger.

Do caráter acessório da cláusula penal, decorrem as seguintes conseqüências: (i) se for inválida ou ineficaz a obrigação principal, o mesmo ocorrerá com a cláusula penal; (ii) não sendo imputáveis ao devedor o descumprimento ou o atraso, não será devida a pena; (iii) a cessão da obrigação, tanto pelo credor quanto pelo devedor, importa, em princípio, na cessão do direito objeto da cláusula penal;<sup>93</sup> (iv) não sendo exigível a obrigação principal, não é exigível a cláusula penal.

---

<sup>92</sup> Para Judith Martins-Costa, a cláusula penal é uma “cláusula acessória em que se impõe, convencionalmente, uma sanção econômica, de regra em dinheiro (podendo também constituir outro bem pecuniariamente estimável), contra a parte inadimplente de uma obrigação” (*Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. V, t. II: Do inadimplemento das obrigações, p. 420). Segundo Orlando Gomes, “é o pacto acessório pelo qual as partes de um contrato fixam, de antemão, o valor das perdas e danos que por acaso se verificarem em conseqüência da inexecução culposa de obrigação” (*Obrigações*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 187). Para Limongi França, “[a] cláusula penal é um pacto acessório ao contrato ou outro ato jurídico, efetuado na mesma declaração ou em declaração à parte, por meio do qual se estipula uma pena, em dinheiro ou outra utilidade, a ser cumprida pelo devedor ou por terceiro, cuja finalidade precípua é garantir, alternativa ou cumulativamente, conforme o caso, em benefício do credor ou de outrem, o fiel e exato cumprimento da obrigação principal, bem assim, ordinariamente, constituir-se na pré-avaliação das perdas e danos e em punição do devedor inadimplente” (*Teoria e prática da cláusula penal*, p. 156). Segundo Antunes Varela, “cláusula penal é a estipulação pela qual as partes fixam o objeto da indemnização exigível do credor devedor que não cumpre, como sanção pela falta de cumprimento” (*Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997, v. II, p. 138). Ennecerus conceitua a cláusula penal como “una prestación, generalmente de carácter pecuniário, que el deudor promete como pena al acreedor para el caso de que no cumpla su obligación o no la cumpra del modo pertinente” (ENNECERUS; KIPP; WOLF. *Tratado de derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1934. t. II, v. I: Derecho de obligaciones, p. 187). Para Jesus Maria Lobato de Blas, cláusula penal é “aquella convención accesorria añadida a una obligación, generalmente pecuniaria, para el caso de que una de las partes no cumpla o cumpla irregularmente lo prometido” (*La cláusula penal en el derecho español*, p. 17).

<sup>93</sup> Ver Capítulo 6.

Exceção feita ao item (iv) está prevista no Código Civil argentino, que prevê, em seu artigo 666, que a cláusula penal pode assegurar o cumprimento de uma obrigação *inexigível*, desde que não seja contrária à lei.

A proibição contida no artigo 666 do Código Civil argentino, de estipulação de cláusula penal tendo como objeto uma obrigação principal nula ou ilegal, parece valer como uma regra geral, pois, como observa Giorgio Giorgi,

“(...) poiché é anche un mezzo di rafforzare l'obbligazione principale, non sarebbe tollerabile, che mediante l'apposizione de una pena convenzionale le parte eludessero la proibizione della legge, e attribuissero efficacia anche indiretta alle stipulazioni aventi un oggetto o una causa illecita.”<sup>94</sup>

Pontes de Miranda<sup>95</sup> alude à hipótese de promessa de submissão a uma pena sem que se tenha assumido uma obrigação, ou seja, sem que exista um *ato devido* por parte do promitente, como ocorre, por exemplo, na hipótese de A prometer a B o pagamento de uma soma em dinheiro caso não pratique algum ato ao qual não está obrigado, afirmando que não se trata, na hipótese, de cláusula penal, mas de *dívida condicional*.

O mesmo autor classifica a cláusula penal como uma *promessa condicional de dívida*,<sup>96</sup> pois o pagamento da pena está *condicionado* ao inadimplemento ou à mora. Judith Martins-Costa corrobora tal entendimento, afirmando ainda ser esta característica mais marcante que a própria acessoriedade.<sup>97</sup>

Entendemos que, embora a cláusula penal caracterize, sim, uma espécie de *promessa condicional de prestação*, a *acessoriedade* é ainda seu elemento principal, dado que a *condição* a que está subordinada a *prestação* diz respeito, sempre, à obrigação principal (inadimplemento da obrigação principal ou mora).

---

<sup>94</sup> GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazione nel diritto moderno italiano*. 4. ed. Firenze: Casa Editrice Libreria 'Fratelli Camelli', 1895, v. IV, p. 512. Tradução livre: “(...) tendo em vista que é também um meio de reforçar a obrigação principal, não seria tolerável que, mediante a criação de uma pena convencional as partes iludissem a proibição da lei, e atribuíssem eficácia mesmo que indireta à estipulação que tenha um objeto ou causa ilícita”.

<sup>95</sup> *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2003, t. 26, p. 89.

<sup>96</sup> *Tratado de direito privado*, p. 90.

<sup>97</sup> “A acessoriedade, embora existente, não aponta à característica principal da cláusula: esta pode ser mais adequadamente definida como uma promessa condicional de prestação” (*Comentários ao novo Código Civil*, p. 420).

Nas palavras de Maria Grazia Baratella,<sup>98</sup> o “inadempimento (o il cui ritardato inadempimento) viene in considerazione quale elemento costitutivo – e non condizionante – della fattispecie”.

A questão foi abordada por Miguel Maria de Serpa Lopes.<sup>99</sup> Citando Lacerda de Almeida, o autor ressalta que

“se a penal fosse condicional, a pena passaria a ser objeto da obrigação, e a prestação o evento condicional: pagar-me-ás uma pena de x, se não realizares tal prestação. Na condicional, o fato – o evento futuro e incerto – é apenas a condição, não prometida, mas posta em incerteza.”

Além disso, e ainda segundo o mesmo autor, tornando-se impossível a obrigação por caso fortuito e força maior, desaparece a cláusula penal, enquanto que, na obrigação condicional, a impossibilidade de cumprimento da obrigação não tem tal efeito.<sup>100</sup>

Sobre a possibilidade de se impor uma cláusula penal que tenha como obrigação principal uma *obrigação natural*, admitida expressamente pelo Código Civil argentino, Massimo Bianca<sup>101</sup> observa que

“[a] obrigação natural não é uma obrigação jurídica porque não é socialmente garantida. Essa não dá lugar a uma pretensão juridicamente protegida: quem tem uma mera obrigação moral ou social é juridicamente livre para cumpri-la ou não cumpri-la.”

Como parece ficar claro do conceito trazido supra, é característica essencial da obrigação natural a *liberdade jurídica* de que goza o obrigado para cumpri-la ou não. Por outro lado, a existência de cláusula penal, em qualquer de suas modalidades, tal como será discutido a seguir, constituiria uma forma de pressão, de se compelir o obrigado ao cumprimento da obrigação, sob pena de ficar sujeito à sanção prevista na cláusula penal.

Conclui-se, assim, que a cláusula penal é incompatível com a obrigação natural, tendo em vista que é da própria natureza desta a liberdade concedida ao credor para deixar de cumprir a obrigação sem que sofra, em contrapartida, qualquer consequência jurídica.

---

<sup>98</sup> *Le pene private*, p. 16.

<sup>99</sup> *Curso de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 199.

<sup>100</sup> *Curso de direito civil*, p. 199.

<sup>101</sup> BIANCA, Massimo. *Diritto civile – L'obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1993, v. 4, p. 783.

Como observa com propriedade Antonio Pinto Monteiro,<sup>102</sup> nada obsta que se crie uma cláusula penal para a hipótese de descumprimento de uma obrigação natural, porém, em tal hipótese, esta se tornaria automaticamente uma obrigação civil.

Ainda com relação ao carácter acessório da cláusula penal, vale observar que, em obediência ao princípio segundo o qual “o acessório segue o principal, mas o principal não segue o acessório”, consagrado no artigo 184 do Código Civil, ainda que se verifique a nulidade da cláusula penal, permanecerá válida a obrigação principal a ela relativa.

### 2.1.2 Objeto

É assente na doutrina que a pena convencional não deve, obrigatoriamente, ser fixada em dinheiro – embora a hipótese seja a mais comum –, podendo consistir na entrega de um bem móvel, imóvel ou mesmo em obrigação de uma declaração de vontade.<sup>103</sup>

Incide, aqui, a *autonomia privada*, podendo as partes estipular livremente o objeto, desde que observado o regime geral aplicável às obrigações, notadamente a licitude, possibilidade e determinação.

Nessa linha de raciocínio, não sendo necessário que a prestação principal tenha carácter *patrimonial*,<sup>104</sup> este também não é requisito da pena. Pode-se imaginar, inclusive, a

---

<sup>102</sup> PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula penal e indemnização*, p. 93.

<sup>103</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, p. 109.

<sup>104</sup> Mário Júlio de Almeida Costa analisa a *patrimonialidade* da obrigação sob duplo aspecto. Primeiro, como necessidade ou não de que a prestação se revista de *natureza econômica* e, em segundo plano, tendo em consideração que hoje, diferentemente do que ocorria nos sistemas antigos, o credor somente pode agir contra o património do devedor, e não contra a sua pessoa. Conclui, assim, que “quanto à primeira das mencionadas acepções – exigência de que a prestação devedora possua valor económico, seja avaliável em dinheiro – mostra-se inexacto integrar a patrimonialidade no conceito de obrigação, embora a maior parte dos vínculos obrigacionais que se constituem se revistam dessa natureza. Contudo, já a característica da patrimonialidade se revela pertinente no segundo sentido acima indicado – querendo-se com ela significar que a execução, em caso de incumprimento, não incide sobre a pessoa do obrigado, mas exclusivamente sobre os seus bens” (*Direito das obrigações*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 87). Antunes Varela, após analisar a posição da doutrina portuguesa no que diz respeito à patrimonialidade da *prestação*, sustenta que “a doutrina mais qualificada responde hoje em sentido afirmativo à questão da validade das obrigações de *prestação não patrimonial*, baseando-se na protecção que merecem alguns deveres de conteúdo não patrimonial estipulados entre as partes e na função disciplinadora da vida social atribuída ao direito, que não se confina aos valores de pura expressão económica” (*Das obrigações em geral*, v. II, p. 106). Relativamente ao sistema italiano, Annibale Marini observou que “[p]ossiamo, dunque, affermare che, contrariamente a quanto emerge dai lavori preparatori, la patrimonialità della prestazione non può ritenersi collegata alla sanzionabilità della promessa, né costituisce un requisito necessario ai fini

hipótese de a pena consistir em uma obrigação de fazer *infungível*.<sup>105</sup> Nesse caso, desapareceria, por óbvio, a função compulsória, pois mesmo o cumprimento da pena dependeria de um ato do devedor, dada a impossibilidade de execução específica, bem como o caráter de prefixação das perdas e danos.<sup>106</sup>

Como observa Antonio Pinto Monteiro,<sup>107</sup>

“[p]oderá a função compulsória da pena evidenciar-se melhor, é certo, quando esta revestir-se de carácter patrimonial, máxime quando constistir, logo à partida, numa soma pecuniária. Mas isso não quer dizer, parece-nos, que a pena não possa consistir numa prestação de carácter não patrimonial.”

No mesmo sentido o artigo 653 do Código Civil argentino<sup>108</sup> e o § 342 do BGB.<sup>109</sup>

Com efeito, ainda que a prestação objeto da cláusula penal não tenha carácter patrimonial, não perde esta totalmente sua função, já que, no caso de descumprimento, o credor poderá optar por pleitear o cumprimento da pena e, ainda, conforme o caso, uma indenização por causa do não-pagamento da pena.

dell'eventuale risarcimento del danno derivante dell'adempimento” (*La clausola penale*. Napoli: Jovene Editore, 1984, p. 46). Tradução livre: “Podemos, assim, afirmar que, contrariamente ao quanto emerge dos trabalhos preparatórios, a patrimonialidade da prestação não pode ser considerada em conjunto com a sancionabilidade da promessa, nem constitui um requisito necessário aos fins do eventual ressarcimento do dano que deriva do inadimplemento”. A solução parece não ser outra no direito brasileiro. Segundo sustenta Fernando Noronha, “não nos parece necessário, para que uma obrigação seja válida, que a prestação tenha conteúdo patrimonial; o fundamento é o *interesse do credor*, que deve ser merecedor de tutela. Quando este seja *sério e útil*, numa valoração feita do ponto de vista social (...) a obrigação será válida” (*Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 24). Emilio Betti, citando o exemplo do contrato de seguro, ressalta que a *prestação* não precisa, sequer, ter um *conteúdo valorável* ou ter como objeto o *resultado útil* de uma atividade, mas pode configurar simplesmente uma *garantia*, uma *segurança*, uma assunção de risco em benefício do credor (*Teoria generale delle obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1953, p. 43-44).

<sup>105</sup> “A raggiungere tale intento sogliono le parti stabilire la pena in una somma di danaro, (...); ma non sarebbe proibito di pattuire cosa diversa, o anche la prestazione di un fatto.” Tradução livre: “Para alcançar tal intento as partes podem estabelecer a pena como uma soma em dinheiro (...) mas não é proibido pactuar coisa diversa, ou mesmo a prestação de um fato” (GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazione nel diritto moderno italiano*, p. 512 e 515).

<sup>106</sup> PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula penal e indemnização*, p. 56.

<sup>107</sup> PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula penal e indemnização*, p. 56.

<sup>108</sup> “Puede tener por objeto el pago de una suma en dinero, o cualquier otra prestación que pueda ser objeto de las obligaciones.”

<sup>109</sup> “Se, como multa, for prometida uma outra prestação diferente do pagamento em dinheiro, encontrarão, as disposições dos §§ 339 a 341, aplicação (...).”

### 2.1.3 Consentimento

Tendo em vista o seu caráter de *negócio jurídico*, o consentimento é requisito essencial da cláusula penal. Com efeito, somente mediante consentimento prévio é possível impor a alguém uma penalidade em valor previamente fixado.

Segundo Limongi França,<sup>110</sup> aplicam-se à cláusula penal as mesmas regras sobre consentimento vigentes em relação ao negócio jurídico, inclusive a teoria da lesão, atualmente positivada no artigo 157 do Código Civil. Para o autor, “o vício do consentimento é causa de anulabilidade do ato jurídico e, na espécie, pelas mesmas razões que dominam em geral a respectiva teoria, da cláusula penal”.

Antonio Pinto Monteiro<sup>111</sup> analisa a hipótese de cláusula penal inserida em promessa unilateral. Observa o autor que, em se tratando de promessa unilateral que contenha uma cláusula penal para a hipótese de seu descumprimento, tal cláusula penal é eficaz, tendo em vista que consentida pelo próprio devedor que estará sujeito à pena.

### 2.1.4 A Culpa

A culpa é elemento *essencial* de exigibilidade da cláusula penal, conforme a uníssona doutrina.<sup>112</sup> Essa conclusão se pode depreender da própria leitura do artigo 408 do Código Civil, segundo o qual “[i]ncorre de pleno direito na cláusula penal o credor que, **culposamente**, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora” (g.n.).

O Código revogado não fazia referência expressa à culpa, portanto trata-se de *inovação* do novel legislador. No entanto, segundo Judith Martins-Costa,<sup>113</sup> a doutrina contemporânea ao Código revogado já considerava a *culpa* como “pressuposto implícito” da cláusula penal.

---

<sup>110</sup> *Teoria e prática da cláusula penal*, p. 175.

<sup>111</sup> PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula penal e indemnização*, p. 70.

<sup>112</sup> Nesse sentido: “O devedor só incorre na pena caso tenha procedido com culpa. Ao nosso ver, trata-se de requisito indispensável (...)” (PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula penal e indemnização*, p. 683). Vide também GOMES, Orlando. *Obrigações*, p. 187; ESPÍN ALBA, Isabel. *La cláusula penal*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997, p. 79; MARINI, Annibale. *La clausola penale*, p. 117; ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*, p. 197.

<sup>113</sup> *Comentários ao novo Código Civil*, p. 422.

Como bem observa Jorge Cesa Ferreira da Silva,<sup>114</sup> “ocorrendo o inadimplemento, presume-se a culpa do devedor, cabendo a ele o ônus de demonstrar o oposto”. Uma vez que o credor comprove que o inadimplemento se deu por caso fortuito ou força maior, estará desobrigado da obrigação principal e, por conseqüência lógica, da cláusula penal.

Podem as partes contratantes estipular que a penalidade será exigível ainda que não se verifique *culpa* do credor, mas nessa hipótese não se tratará de cláusula penal, e sim de cláusula de *assunção de risco*.<sup>115</sup> Não terá aplicação, portanto, a disciplina da cláusula penal.

### 2.1.5 Forma

Conforme já referido, a cláusula penal pode ser objeto de um contrato autônomo. Ainda que tal hipótese não seja a mais comum, é importante analisar se tal pacto autônomo deve observar a mesma *forma* do contrato principal, quando este for solene.

Para Andrea Zoppini<sup>116</sup> e Paolo Gallo,<sup>117</sup> a cláusula penal estipulada não deve, obrigatoriamente, seguir a forma solene do contrato principal, tendo em vista ser um pacto *autônomo* e em obediência ao princípio da liberdade das formas previsto no Código Civil italiano. No mesmo sentido entende Sanz Viola<sup>118</sup> relativamente ao direito espanhol, com a ressalva, a nosso ver acertada, de que a não-observância forma solene exigida ao contrato que contém a obrigação principal pode trazer, eventualmente, problemas de prova e de eficácia contra terceiros, mas não de invalidade.

No mesmo sentido o entendimento de Javier Dávila Gonzalez:<sup>119</sup> “[s]i la forma exigida para la constitución de la obligación principal se completa, la cláusula penal no sería nula aunque se estableciera sin esa forma, si la pena, por su objeto, no exige una formalidad especial”.

---

<sup>114</sup> *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: RT, 2007, p. 247.

<sup>115</sup> “Ciò non significa, tuttavia, che una penale esigibile anche in caso de inadempimento incolpevole sia invalida, ma in questo caso lo schema deve essere correttamente qualificato come clausola de assunzione del rischio.” Tradução livre: “Isso não significa, todavia, que uma penal exigível mesmo em caso de inadimplemento sem culpa seja inválida, mas neste caso o esquema deve ser corretamente qualificado como cláusula de assunção de risco” (ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*, p. 197). No mesmo sentido, ANNIBALE MARINI. *La clausola penale*, p. 117-118; PINTO MONTEIRO. *Cláusula penal e indenização*, p. 686 (este autor prefere utilizar o termo “cláusula de garantia”).

<sup>116</sup> *La pena contrattuale*, p. 227. O autor discute a posição de outros doutrinadores acerca do mesmo tema.

<sup>117</sup> *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 82.

<sup>118</sup> *La cláusula penal en el Código Civil*, p. 68.

<sup>119</sup> *La obligación con cláusula penal*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1992, p. 262.

No direito brasileiro, Renan Lotufo<sup>120</sup> entende que “não se interpreta o artigo [409 do Código Civil] como exigente da mesma forma da obrigação principal (...)”.

Concordamos com os posicionamentos referidos acerca da *forma* da cláusula penal. Com efeito, a penalidade é pacto autônomo, e seu caráter acessório não parece ser suficiente para exigir que adote a mesma forma solene da obrigação principal. Não há dúvida, no entanto, que, sendo exigida e não observada forma especial para a obrigação principal, será por consequência nula a pena convencional, dado seu caráter acessório.

### 2.1.6 Negócios nos quais Pode ser Inserida

Se, como visto, a cláusula penal é criada por meio de um acordo de vontades, seu domínio é, por excelência, o dos *contratos*. Nada impede, no entanto, que seja inserida nas *promessas unilaterais de vontade*, que também são fontes de obrigações, tais como a promessa de recompensa.<sup>121</sup>

Em regra, pode ser inserida na quase totalidade dos negócios jurídicos,<sup>122</sup> em obediência ao princípio da liberdade contratual, exceto nos casos em que haja limitação legal expressa, por meio de normas de natureza cogente.

No sistema jurídico brasileiro, as restrições mais relevantes para a criação e o conteúdo da cláusula penal, em relação à natureza do contrato na qual está inserida, são as seguintes:

(i) contrato de trabalho: dada a natureza do contrato de trabalho, especialmente no que diz respeito à desigualdade existente entre as partes contratantes, o artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho veda a criação de cláusula penal contra o descumprimento de obrigação primária do empregado;

(ii) contrato de consumo: embora não seja vedada a estipulação de cláusula penal nos contratos de consumo, seu conteúdo está sujeito à limitação de que

---

<sup>120</sup> *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 471.

<sup>121</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, p. 88.

<sup>122</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, p. 424.

tratam o artigo 51, § 1º,<sup>123</sup> e, mais especificamente, o artigo 53<sup>124</sup> da Lei n. 8.078/90; e

(iii) contratos de mútuo: o artigo 9º do Decreto-Lei n. 22.626/33 dispõe que “não é válida a cláusula penal superior a importância de 10% do valor da dívida”. Muito se questionou sobre a aplicabilidade de tal limitação, se estaria restrita aos contratos de mútuo ou não, discussão que não cabe retomar aqui.

As restrições no que diz respeito ao *conteúdo* da cláusula penal aplicáveis à totalidade dos contratos serão analisadas a seguir.

### 2.1.7 A Cláusula Penal e sua Causa

Embora não conteste o caráter acessório da cláusula penal, Lobato,<sup>125</sup> citando Trimarchi, questiona se o instituto em questão teria uma *causa jurídica própria*, constituindo um negócio autônomo.

Como já visto, a cláusula penal tem como objetivo estipular que, não sendo cumprida ou sendo cumprida de forma irregular a obrigação principal pelo devedor, fica este sujeito a uma *prestação*. Trata-se de um efeito novo, independente daquele do contrato na qual está inserida a cláusula penal. Sustenta assim Lobato que “el fin práctico del contrato no se modifica por la cláusula, así como el fin práctico de ésta no es influenciado por el contrato”.<sup>126</sup>

Marcelo Benacchio<sup>127</sup> sustenta que a *autonomia* da cláusula penal

---

<sup>123</sup> Assim dispõe o artigo 51: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...)

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:

I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.”

<sup>124</sup> Assim dispõe o artigo 53: “Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado”.

<sup>125</sup> *La cláusula penal en el derecho español*, p. 29.

<sup>126</sup> *La cláusula penal en el derecho español*, p. 28.

<sup>127</sup> *Cláusula penal: revisão crítica à luz do Código Civil de 2002, 2007* (Obra inédita).

“é manifesta ao se constatar a diversidade de causas, ou seja, o interesse que a operação contratual visa a satisfazer, entre a obrigação principal e a estipulação relativa à cláusula penal, pois, enquanto a primeira tem por objeto determinado interesse, a cláusula penal tem por escopo o regramento a respeito do cumprimento da obrigação assumida, o que é diverso do conteúdo da prestação da obrigação.”

Com efeito, entendendo-se a *causa* como “la ragione pratica del contratto, cioè l’interesse che l’operazione contrattuale è diretta a soddisfare”,<sup>128</sup> consideramos correto afirmar que a obrigação principal e a cláusula penal possuem causas distintas.

De se notar que essa não é a opinião dominante na doutrina. Conforme observa Pinto Monteiro,<sup>129</sup> tal posição, defendida também por Trimarchi e Magazzu, é minoritária. O próprio Pinto Monteiro é enfático ao afirmar que “esta [criada pela cláusula penal] sanção se reporta ao não cumprimento de determinada obrigação, ficando na dependência desta, quer no tocante ao seu nascimento como no que concerne à sua subsistência e exigibilidade”.

No mesmo sentido afirma Nelson Rosenvald: “[a] acessoriedade é da essência da cláusula penal. Ela não possui causa própria distinta da obrigação principal, a ponto de ser considerada um negócio jurídico autônomo”.<sup>130</sup>

É interessante notar que, via de regra, a questão da (i) *causa* é discutida conjuntamente com (ii) a *autonomia* ou *acessoriedade* da cláusula penal em relação à obrigação principal; no entanto, parece-nos que o fato de se admitir a diversidade de causas não necessariamente implica questionar o caráter acessório da cláusula penal.

Nesse contexto, vale citar lição de Annibale Marini<sup>131</sup> que parece sintetizar com êxito o ponto em discussão: “(...) la questione rischia di diventare insolubile essendo egualmente esatta, sotto un certo aspetto, l’autonomia dello scopo della penale rispetto a quello del contratto e, sotto un diverso aspetto, la stretta connessione tra clausola e contratto”.

---

<sup>128</sup> BIANCA, Massimo. *Diritto civile – Il contratto*. Milano: Giuffrè, v. 3, p. 448. Tradução livre: “a razão prática do contrato, ou seja, o interesse que a operação contratual visa a satisfazer”.

<sup>129</sup> *Cláusula penal e indemnização*, p. 87.

<sup>130</sup> *Cláusula penal*, p. 36.

<sup>131</sup> *La clausola penale*, p. 69. Tradução livre: “Arrisca-se tornar a questão insolúvel sendo igualmente exata, sob um certo aspecto, a autonomia do escopo da penal em relação ao do contrato e, sob um aspecto diverso, a estreita conexão entre cláusula e contrato”.

Maria Grazia Baratella<sup>132</sup> entende que “la clausola e il contratto perseguono scopi autonomi ed indipendenti, agendo su due piani, sebbene collegati”, bem como que é um pacto autônomo, “benché accessorio al contratto al quale inerisce”.

Conclui-se, assim, que a cláusula penal tem uma função jurídica típica, independentemente da natureza do contrato na qual está inserida, isto é, da obrigação da qual é acessória, não obstante seu caráter acessório relativamente à obrigação principal.

## 2.2 QUESTÕES RELATIVAS AO CUMPRIMENTO

### 2.2.1 Introdução

Sendo a cláusula penal uma penalidade aplicável ao credor para as hipóteses de *descumprimento*, ou de *cumprimento defeituoso*, da obrigação principal da qual é acessória, é imprescindível falar brevemente, sem a pretensão de esgotar o tema, sobre cumprimento das obrigações, bem como diferenciar o descumprimento (ou inadimplemento) absoluto do inadimplemento defeituoso (mora).

A relação obrigacional<sup>133</sup> constitui um direito do credor à prestação, e um correspondente dever de prestar por parte do credor. O credor ingressa no vínculo obrigacional por acreditar, *crer* que o credor irá efetuar a prestação e, por consequência, extinguir o liame. Daí o caráter iminentemente transitório da relação obrigacional, em contraposição à propriedade, que tende a se prostrar no tempo.

O direito das obrigações protege o *interesse do credor*, que é o elemento constitutivo da relação obrigacional e a razão de existir da obrigação.<sup>134</sup> Em regra, tal interesse é atendido por meio do *cumprimento*, que nada mais é que a execução da obrigação. O cumprimento da obrigação pode se dar pela omissão ou realização de uma atividade, entrega de uma coisa, celebração de negócio jurídico, entre outras hipóteses.

---

<sup>132</sup> *Le pene private*, p. 23 e 25. Tradução livre: “a cláusula e o contrato perseguem escopos autônomos e independentes, agindo sob dois planos, ainda que conjuntos”, “ainda que acessório ao contrato ao qual é inerente”.

<sup>133</sup> Fazemos referência ao conceito *simples* de obrigação. O conceito de *relação obrigacional complexa* é tratado no item 6.4.1, *infra*.

<sup>134</sup> CALVÃO DA SILVA, João. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 62.

## 2.2.2 O Cumprimento e a Extinção das Obrigações

O cumprimento, adimplemento ou pagamento<sup>135</sup> é uma das formas de extinção das obrigações. Como refere Perlinger, há fatos extintivos *satisfatórios* e *não-satisfatórios* de extinção das obrigações,<sup>136</sup> conforme o credor obtenha a *prestação devida* ou um resultado substitutivo, sendo o cumprimento uma das formas de extinção satisfatória.

Não há que se olvidar, porém, que a relação obrigacional *complexa* inclui não somente o crédito e o débito, envolvendo também poderes, faculdades, expectativas, sujeições, ônus etc., de modo que podem ocorrer situações em que o adimplemento não tem como efeito a extinção da relação obrigacional, já que subsistem deveres laterais, anexos ou instrumentais, inclusive após a extinção do contrato.<sup>137</sup>

Sempre que ocorrer uma causa extintiva da obrigação principal, será extinta também a cláusula penal relacionada àquela. Por tal motivo, tendo em vista o escopo restrito do presente trabalho, não iremos analisar cada uma das formas de extinção das obrigações, estudaremos apenas o *adimplemento* e, por conseqüência, o *inadimplemento*, em função de ser este o *fato gerador* da aplicação da pena convencional. O inadimplemento, por sua vez, se subdivide em inadimplemento absoluto e mora. Trataremos, ainda, da violação positiva do contrato.

## 2.2.3 Inadimplemento Absoluto e Mora

O artigo 408 do Código Civil prevê que incorre de pleno direito na cláusula penal o devedor que, culposamente, deixar de cumprir a obrigação *ou* incorrer em mora. Dado que a cláusula penal moratória tem efeitos diversos em comparação com a cláusula penal relativa ao inadimplemento total, é importante analisar no que difere o *inadimplemento absoluto* da *mora*, tarefa bastante tormentosa.

---

<sup>135</sup> Os termos são aqui utilizados como sinônimos. Para uma distinção sobre as diferentes formas de utilização dos vocábulos na doutrina nacional e estrangeira, vide Judith Martins-Costa, *Comentários ao novo Código Civil*, p. 81.

<sup>136</sup> PERLINGERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazione*. Napoli: Jovene Editore, 1972, p. 1. Conforme Judith Martins-Costa, “pelo fato de não produzirem a satisfação do credor, não podem ser consideradas ‘modos’ de adimplemento (nem em sentido lato) mas, meramente, modos de extinção das obrigações, a remissão, a prescrição, a impossibilidade superveniente (seja em razão de caso fortuito ou força maior, art. 393, ou de impossibilidade econômica por excessiva onerosidade, art. 478), bem como outras formas de extinção sem qualquer pagamento. Assim ocorrerá também quando se realiza condição resolutiva ou advento de termo extintivo, ou quando se reconhece nulidade ou anulação” (*Comentários ao novo Código Civil*, p. 92).

<sup>137</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, p. 86-87.

Para evidenciar a importância de tal diferenciação em matéria de cláusula penal, basta pensar na hipótese de um contrato no qual haja previsão de cláusula penal moratória e também uma pena de natureza indenizatória para o caso de descumprimento total da obrigação.

Havendo somente mora, pode o devedor pleitear a pena moratória, *acrescida* do cumprimento forçado da obrigação. Havendo inadimplemento absoluto, deve o credor exigir a pena aplicável a esta hipótese, excluída a pena moratória (exceto se o devedor houver incorrido em mora antes de se verificar o descumprimento) e, em regra, não pode exigir o cumprimento forçado da obrigação principal.

Como refere Agostinho Alvim,<sup>138</sup> em princípio, a distinção entre inadimplemento absoluto e mora (que são, ambos, espécies de inadimplemento) está na possibilidade ou impossibilidade do cumprimento da obrigação. Sendo possível, ainda, o cumprimento da obrigação, tratar-se-á de mora, e não mais persistindo a possibilidade, de inadimplemento absoluto.

Ainda segundo o mesmo autor, não é exato averiguar a ocorrência do inadimplemento tendo como base somente a possibilidade de o *devedor* cumprir a obrigação, nem mesmo o lapso de tempo transcorrido após o vencimento da obrigação, e tampouco o ânimo manifesto do devedor de não cumprir a obrigação (salvo, quanto a essa última hipótese, o comentário feito a seguir).

Ocorre inadimplemento absoluto toda vez que não seja mais possível<sup>139</sup> o cumprimento da obrigação em momento posterior, e a mora, quando ainda exista tal possibilidade de execução.

Assim, nas obrigações de não fazer, uma vez praticado o ato, caracteriza-se imediatamente o inadimplemento absoluto. Um exemplo simples de impossibilidade de cumprimento da obrigação que se pode mencionar é o seguinte: A obrigou-se a entregar a B uma escultura; perecendo a escultura por culpa do devedor, verifica-se o inadimplemento absoluto.

---

<sup>138</sup> *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 50.

<sup>139</sup> Cuida-se aqui de impossibilidade *superveniente*, dado que a originária é causa de nulidade da obrigação.

O ponto-chave da questão reside, no entanto, segundo Agostinho Alvim,<sup>140</sup> no fato de a prestação dever ser analisada sob o ponto da possibilidade ou não de o *credor* receber a prestação.

Assim, enquanto persistir o *interesse* do credor em ver cumprida a obrigação, e enquanto o cumprimento for *possível*, ocorre mora e não inadimplemento absoluto. Uma exceção a tal regra ocorre na hipótese de obrigação de fazer infungível, na qual, havendo recusa formal do devedor em cumprir a obrigação, verifica-se o inadimplemento absoluto, dada a impossibilidade de terceiro realizar a prestação devida.

Nessa esteira, mesmo sendo possível ainda o cumprimento da obrigação, a mora se converte em inadimplemento absoluto a partir do momento em que a prestação se tornar inútil ao *credor*. Tal ocorre, no exemplo sempre citado na doutrina, se A deve fornecer a B um banquete em determinada festa; não sendo cumprida no tempo e no modo contratados a obrigação, o credor deixa de ter interesse no cumprimento, embora este ainda se afigure possível.

Vale citar, por fim, a lição de Almeida Costa,<sup>141 142</sup> que resume com propriedade o quanto foi aqui exposto:

“A primeira hipótese [inadimplemento absoluto] ocorre, ‘maxime’, quando a prestação, que ficou por efectuar na altura exacta, não mais poderá sê-lo, pois tornou-se para sempre irrealizável, mercê da sua impossibilidade material ou da perda do interesse do credor. (...) Do não cumprimento definitivo autonomiza o simples retardamento na prestação – a que se dá o nome de mora. Neste caso, a prestação ainda poderá ser cumprida, embora não tempestivamente.”

#### 2.2.4 A Quebra Positiva do Contrato

Conforme noticia Menezes Cordeiro, a teoria da violação positiva do contrato surgiu em 1902 com STAUB. Seu nascimento se deu em função de o BGB regular, no § 280, a

<sup>140</sup> *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, p. 50 e 55.

<sup>141</sup> *Direito das obrigações*, p. 956.

<sup>142</sup> No mesmo sentido Antunes Varela: “há casos em que a prestação, não tendo sido efectuada, já não é realizável no contexto da obrigação, porque se tornou impossível ou o credor perdeu o direito a sua realização, ou porque, sendo ainda materialmente possível, perdeu o interesse para o credor, se tornou praticamente inútil para ele” (*Das obrigações em geral*, v. II, p. 63). Também Judith Martins-Costa ressalta que “podemos divisar diferentes causas para essa definitividade da não prestação: ou a impossibilidade, ou a perda do interesse para o credor, por inútil, então, a prestação” (*Comentários ao novo Código Civil*, p. 148).

obrigação do devedor de indenizar o credor na hipótese de impossibilidade do cumprimento, e dispor no § 286 sobre a obrigação de indenizar os danos decorrentes da mora. Não havia qualquer disposição que disciplinasse os casos em que o devedor atuasse mediante uma conduta positiva, “fazendo o que devia omitir ou efectuando a conduta devida, mas em termos imperfeitos”.<sup>143</sup>

Ocorre a *violação positiva* do contrato quando o cumprimento acontece, porém de maneira imperfeita, causando prejuízos ao credor.<sup>144</sup>

A evolução da doutrina aproximou a teoria da quebra positiva do contrato da violação dos deveres *secundários* ou *acessórios* do contrato, impostos em função da concepção da obrigação como um *processo*, como corolário do princípio da boa-fé.<sup>145</sup>

Antunes Varela aprofunda-se no tema do *cumprimento defeituoso* das obrigações, campo no qual se situa a quebra positiva do contrato. Segundo o autor, nas hipóteses em que a prestação é realizada irregularmente, mas o credor a recusa, está-se diante de uma hipótese de simples inadimplemento absoluto ou mora, conforme o caso. Noutros casos, porém, em que não obstante a prestação se afaste do *modelo exigível* em função de sua má qualidade, o credor a aceita e não sofre com ela quaisquer danos, não há que se falar de cumprimento *defeituoso*.<sup>146</sup>

“Há casos, porém, em que o defeito ou irregularidade da prestação – a má prestação, (...) causa danos ao credor ou pode desvalorizar a prestação, impedir ou dificultar o fim a que esta objectivamente se encontra afectada, estando o credor disposto a usar outros meios de tutela do seu interesse, que não sejam o da recusa pura e simples da obrigação.”

Nesses casos, bem assim naqueles em que se verifica a violação dos deveres secundários de prestação ou acessórios de conduta, é que reside o *cumprimento defeituoso*.

---

<sup>143</sup> *Da boa-fé no direito civil*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2001, p. 595. O autor traz, nas páginas 595 e seguintes, uma análise compreensiva da figura. Vide, ainda, OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Quebra positiva do contrato. *Revista de Direito do Consumidor* 25/98, sobre a aplicabilidade da teoria no direito civil brasileiro.

<sup>144</sup> NEVES, José Roberto de Castro. *O Código do Consumidor e as cláusulas penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 10.

<sup>145</sup> Vide item 6.4.1, infra.

<sup>146</sup> *Das obrigações em geral*, v. II, p. 128-131.

Tal como a teoria da imprevisão no direito brasileiro relativamente ao Novo Código Civil (atualmente albergada nos artigos 478 a 480 sob a rubrica de “resolução por onerosidade excessiva”), a quebra positiva do contrato era uma figura doutrinária amplamente aceita pelos tribunais alemães, e passou a ser parte do direito positivo por ocasião da reforma do BGB de 2001.<sup>147</sup>

Conforme noticia Menezes Cordeiro:<sup>148</sup>

“- o § 280/01 comete ao devedor que viole um dever proveniente de uma relação obrigacional (qualquer que seja ela) o dever de indemnizar;  
- o § 324 permite, perante a violação de um dever proveniente de relação obrigacional (e seja, ele também, qualquer um) a resolução do contrato pelo credor.”

Ainda segundo Menezes Cordeiro,<sup>149</sup> a adoção da quebra positiva do contrato, que é corolário do conceito moderno de obrigação, “permite dar corpo à tese da doutrina unitária dos deveres de protecção (e outros), propugnada por Canaris desde a década de 60 (...)”. A adoção, pelo direito positivo alemão, da noção moderna do direito obrigacional fica ainda mais evidente do teor do item 2 do § 241 do BGB, segundo o qual “A relação obrigacional pode abrigar, conforme o seu conteúdo, qualquer parte com referência aos direitos, aos bens jurídicos e aos interesses da outra”.

A violação positiva é classificada, na doutrina do direito das obrigações, como uma das modalidades de “violação do dever de prestar”<sup>150</sup> ou, nas palavras de Menezes Cordeiro,<sup>151</sup> um “*tertium genus* no universo do incumprimento em sentido lato”, daí seu interesse prático para o presente trabalho. Entre nós, a reparação pela quebra positiva do contrato tem fundamento no artigo 389 do Código Civil, devendo o devedor responder por perdas e danos causados em função de tal violação.

---

<sup>147</sup> A reforma foi introduzida por meio da *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, ou Lei de Modernização do Direito das Obrigações, promulgada em 11 de outubro de 2001 após longo processo legislativo.

<sup>148</sup> *Da modernização do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 114, v. I: Aspectos gerais.

<sup>149</sup> *Da modernização do direito civil*, p. 114.

<sup>150</sup> O termo é utilizado por Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, v. II, p. 126. Como observa Mach de Oliveira, “[a] quebra positiva do contrato integra o universo das perturbações da prestação, ao lado das clássicas impossibilidade e mora. Em vista de que a impossibilidade é uma situação mais raramente verificada, no fundo, a violação positiva do contrato disputa com a mora o lugar de modalidade principal, porque mais freqüente, de inadimplemento” (Quebra positiva do contrato, p. 54).

<sup>151</sup> *Da modernização do direito civil*, p. 113.

Sendo uma das formas de “violação do dever de prestar”, parece não haver dúvida de que possa ser prevista cláusula penal para a hipótese de quebra positiva do contrato, notadamente a violação dos deveres secundários e acessórios impostos pela boa-fé, agora inserida como cláusula geral no artigo 422 do Novo Código Civil.

Pinto Monteiro<sup>152</sup> corrobora tal entendimento, adicionando, acertadamente, que a cláusula penal deve fazer menção expressa à forma de violação contratual que é objeto da pena convencional:

“Admitamos que a prestação, em si mesma, não apresenta defeitos, mas o devedor, ao efectuá-la, causa danos à contraparte: por exemplo, ao colar o papel de parede, o devedor danifica um móvel que se encontra na sala. O cumprimento defeituoso, nesta hipótese, não provém de qualquer deficiência da prestação principal, antes da violação culposa de um dever acessório de conduta, de desrespeito para com o patrimônio da contraparte. Tendo sido estipulada uma pena entre os contraentes, haverá que se apurar se a mesma fora prevista para esta hipótese: **sendo este o caso, não haverá obstáculos a que ela seja exigida**, apesar de o devedor ter cumprido a prestação principal, ou seja, haver colocado o papel de parede.” (g.n.)

Nesses casos em que é prevista pena específica para a hipótese de adimplemento defeituoso, pode o credor exigir não somente a cláusula penal, mas *também* (cumulativamente) a prestação principal, caso esta também não tenha sido adimplida.<sup>153</sup>

## 2.3 NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÕES DA CLÁUSULA PENAL

### 2.3.1 Natureza Jurídica

A breve descrição do desenvolvimento histórico da cláusula penal no direito positivo e os variados posicionamentos adotados pela doutrina evidenciam que determinar a sua natureza jurídica não é tarefa simples.

Com efeito, embora o instituto tivesse índole de *pena* no direito romano, foi ganhando um perfil eminentemente indenizatório por influência do direito canônico, que vislumbrou na *pena* uma forma de fraude às normas que vedavam a prática da usura. E foi em tal contexto histórico e sob tal influência que foi promulgado o *Code Napoleon*, que, por sua redação, deu significativo impulso à concepção indenizatória da cláusula penal.

---

<sup>152</sup> *Cláusula penal e indemnização*, p. 430.

<sup>153</sup> Conforme ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal*, p. 63.

No entanto, com o advento de codificações posteriores, notadamente o Código italiano e o Código alemão (BGB), ganhou relevância a concepção mista, que atribui à cláusula penal natureza de *sanção* e *indenização*, ora ressaltando a prevalência de uma dessas características sobre a outra.

Tal entendimento não é, entretanto, unânime. Conforme verificado, o direito alemão distinguiu claramente duas espécies de cláusula penal – aquela de simples fixação antecipada de indenização, e outra denominada cláusula penal propriamente dita, que tem cunho *punitivo*. O mesmo se verifica em *common law*.

O Código Civil espanhol, apesar de fazer referência à função indenizatória, admite expressamente outras modalidades de cláusula penal e, conforme entendimento doutrinário naquele país, o direito local admite uma cláusula penal de natureza meramente *punitiva*.

Um exemplo ilustrativo do problema da natureza da cláusula penal ocorreu por ocasião da elaboração do Convênio de Belenux, assinado em 26 de novembro de 1976. Os limites exatos do instituto foram discutidos na ocasião, quando se optou por reconhecer uma função exclusivamente indenizatória, bem como seu papel de pena privada. No entanto, como observa Espín Alba:<sup>154</sup>

“Asimiso, con una clara opción por el modelo francés de la Reforma de 1975, se prevé la moderación judicial de la pena, condicionada a que se solicite por el deudor y que si el Juez cree correcto en equidad llevarla a cabo, respete el límite de los daños e intereses debidos en virtud de la Ley. Se da un margen bastante amplio a la reductibilidad, lo cual desnaturaliza la cláusula penal con una finalidad eminentemente cominatória.”

O mesmo se deu quanto à Resolução relativa às cláusulas penais em direito civil, promulgada pelo Conselho da Europa em 20 de janeiro de 1978 (Resolução), a qual, inclusive, teve como fonte inspiradora o Conselho de Benelux. O conceito de cláusula penal adotado na Resolução procurou abarcar todas as funções de que se reveste o instituto nos diversos Estados-membros,<sup>155</sup> e “acabou por consagrar um regime uniforme para a cláusula penal, independentemente do objetivo buscado pelas partes”.<sup>156</sup>

---

<sup>154</sup> *La cláusula penal*, p. 30.

<sup>155</sup> ESPÍN ALBA, Isabel. *La cláusula penal*, p. 320.

<sup>156</sup> PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula penal e indemnização*, p. 320.

Segundo Pinto Monteiro,<sup>157</sup> não obstante a admissão conceitual da pena de natureza meramente cominatória, “a regulamentação consagrada (...) não conferiu qualquer relevo específico a este aspecto [punitivo], partindo exclusivamente do caráter indenizatório daquela soma e disciplinando a figura em conformidade com ele”.

Dessa maneira, não contribuiu a Resolução para o esclarecimento da questão da natureza jurídica da cláusula penal, mas antes evidenciou a dificuldade de que se reveste a matéria.

A seguir serão discutidas, brevemente, cada uma das teorias sobre a natureza jurídica da cláusula penal. Tendo em vista suas similitudes, as teorias indenizatória e mista serão tratadas em um mesmo item.

### **2.3.1.1 As Teorias Indenizatória e Mista**

Conforme se verifica da evolução histórica do instituto, o advento do Código Civil francês trouxe consigo a predominância da tese indenizatória, segundo a qual a pena nada mais é que uma *compensação* devida ao credor na hipótese de descumprimento. Poderia existir, eventualmente, uma função compulsória se o montante da cláusula penal fosse maior que o montante que caberia ao credor se a reparação fosse obtida pelas vias ordinárias. Tal circunstância, porém, “não alteraria sua qualificação jurídica nem legitimaria qualquer revisão judicial”.<sup>158</sup>

Ainda dentro da função indenizatória, há autores que admitem ou não a função compulsória, que é sempre indireta ou subsidiária, e eventual. Entre os que não admitem encontram-se Massimo Bianca, Orlando Gomes, Lokasier e Pessoa Jorge.<sup>159</sup>

Entre os que admitem a função compulsória, ora como sendo a primordial, ora como indireta ou subsidiária da função indenizatória, estão Messineo, Calvão da Silva, Antunes Varela, Von Thur, Ennecerus e Dávila Gonzalez.

---

<sup>157</sup> *Cláusula penal e indemnização*, p. 30.

<sup>158</sup> PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula penal e indemnização*, p. 323.

<sup>159</sup> Apud PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula penal e indemnização*, p. 325.

De se notar que alguns dos autores referidos admitem a função penal, em geral de maneira subsidiária, como corolário da função sancionatória. Isso se verifica especialmente na Alemanha, onde a pena *cumulativa* é expressamente aceita. Nesse caso, como refere Pinto Monteiro,<sup>160</sup>

“aceitar a função ‘penal’ não quer dizer que se esteja perante uma medida punitiva ou represália, mas, somente, que se trata de ameaça de uma sanção que impende sobre o devedor e que será aplicada ainda que não haja dano ressarcível. Numa palavra, não uma sanção punitiva, antes uma sanção (ou pena, ‘hoc sensu’), coercitiva.”

Os adeptos da teoria mista, em regra, entendem que o elemento *sancionatório* surge como consequência da estipulação de uma indenização elevada, e não de maneira autônoma. Daí a identidade e a semelhança entre as duas teorias.

### **2.3.1.2 A Teoria Punitiva**

Os adeptos dessa teoria defendem que a cláusula penal impõe ao devedor, pela via negocial, uma *penalidade*, caracterizando uma *pena privada*. A pena tem como finalidade castigar, punir o devedor que inadimpliu a obrigação, ainda que possa assumir uma função reparatória que, entretanto, em nada alteraria a sua função primordial.

Este é o posicionamento defendido, entre outros,<sup>161</sup> por Trimarchi e Lobato. Para o primeiro, que diferencia a cláusula penal pura (de natureza unicamente punitiva) e não-pura (de natureza punitiva e indenizatória), a pena privada exerce *sempre* uma função punitiva, que é *insoprimibile*, sendo a função indenizatória meramente eventual.<sup>162</sup> Para o segundo, o caráter penal é essencial para a figura e determinante de sua própria natureza.

---

<sup>160</sup> *Cláusula penal e indemnização*, p. 340.

<sup>161</sup> Vide, por todos, PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula penal e indemnização*, p. 328 e seguintes.

<sup>162</sup> Apud PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula penal e indemnização*, p. 329 e seguintes.

## 2.3.2 Funções da Cláusula Penal

### 2.3.2.1 Função Indenizatória ou de Prefixação de Perdas e Danos

A prática de um ato ilícito ou abusivo causador de dano<sup>163 164</sup> dá ensejo, preenchidos os pressupostos legais, à responsabilidade civil do autor (artigo 927 do Código Civil). As *perdas e danos* devidas ao lesado abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, também o que deixou de lucrar (artigo 402 do Código Civil).

Em regra, a indenização é integral, nos termos do artigo 944 do Código Civil. Preferencialmente, a reparação deve ser feita *in natura*, a qual é cabível quando o dano pode ser materialmente reparável, colocando a vítima na situação em que estaria se o dano não tivesse sido produzido.<sup>165</sup> Nesse sentido dispõe o artigo 566º do Código Civil português.<sup>166</sup> Como já referiu Díez-Picazo:<sup>167</sup> “a primeira e mais lógica medida de reação é a que se dirige a obter o cumprimento omitido, e a obtê-lo em forma específica, na mesma forma em que deveria ter sido, e não foi, realizado pelo credor”.

O legislador pátrio de 2002 também *prefere* o cumprimento específico da obrigação, o qual se assemelha à reparação *in natura*, conforme se pode inferir da redação do parágrafo único dos artigos 249 e 251. O mais comum, porém, é a reparação por equivalente pecuniário, posto que, na maioria das vezes, mostra-se materialmente impossível a restituição *in natura*.

Mas o próprio Código Civil traz exceções ao princípio da indenização integral. O parágrafo único do artigo 944, por exemplo, impõe a redução do valor da indenização caso haja “excessiva desproporção entre o a gravidade da culpa e o dano”. A responsabilidade do transportador está limitada ao valor do conhecimento (artigo 750 do Código Civil). Por outro

---

<sup>163</sup> Como observa Renan Lotufo, o dano é elemento essencial da obrigação de indenizar: “ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo”, com a ressalva de que tal assertiva “não implica que o praticante do ilícito não possa sofrer restrições outras dentro do âmbito civil, tais como a inibição da reiteração da prática da ilicitude” (*Código Civil comentado*, p. 457-458).

<sup>164</sup> O artigo 186 do novel diploma civil deixa expresso que é passível de indenização o dano “ainda que exclusivamente moral”.

<sup>165</sup> Até porque a reparação *in natura* é que mais se aproxima do objetivo de indenizar, pois o vocábulo *indenização* significa tornar indene, ou tornar sem dano.

<sup>166</sup> Assim dispõe o artigo 566º, 1ª parte, do Código Civil: “A indemnização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare efetivamente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor”.

<sup>167</sup> Díez-PICAZO, Luís Maria. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 2. ed., 1. reimp. Madrid, 1986, v. I, p. 745.

lado, ao juiz também é dado *umentar* o valor da penalidade, concedendo *indenização suplementar* quando os juros moratórios não cobrirem o prejuízo experimentado pelo credor (artigo 404, parágrafo único).

Podem, também, as partes limitar previamente, por meio de *convenção*, o valor da indenização.<sup>168</sup> Nesse contexto, ganha relevo a cláusula penal, de *utilidade* inegável, pois por meio dela “previnem-se dificuldades e incertezas de vária ordem”.<sup>169</sup> Inicialmente, tal utilidade se deve ao fato de a cláusula penal dispensar que o credor faça a prova do dano, principalmente da extensão dele, ônus do qual nem sempre é fácil se desincumbir, especialmente quando se trata de danos *não-patrimoniais*.<sup>170</sup>

Como observa Aguiar Dias,<sup>171</sup> a norma segundo a qual cabe ao autor comprovar os danos sofridos, “tomada a rigor, em sentido estreito, atribui ao prejudicado [por vezes] um esmagador handicap: impõe-lhe demonstrações de fatos que, por sua própria natureza, pelas próprias circunstâncias que o cercam, impossibilitam à vítima qualquer prova”.

Em regra, além do dano *efetivo, real*, é necessário que o autor comprove, ainda, o *quantum*, a extensão do dano.

É evidente também a utilidade da predeterminação da indenização relativamente às obrigações *sem patrimonialidade*, hipótese na qual a comprovação do dano apresenta enorme dificuldade. Por meio da cláusula penal, pode o credor determinar de antemão, convencionalmente, qual o seu *interesse* na prestação em questão, condicionando o contrato à contratação de cláusula penal que preveja tal quantia.

Evitam-se, ainda, todos os custos inerentes aos processos judiciais, notadamente aqueles relacionados às provas periciais, por vezes complexas. Além disso, o credor não fica obrigado a esperar todo o curso de um processo judicial, geralmente longo e custoso,

---

<sup>168</sup> Embora seja importante frisar que, no direito brasileiro, no caso de cláusula penal fixada para quando há total inadimplemento da obrigação, o credor possa buscar o próprio cumprimento da obrigação, quando cabível; a indenização por perdas e danos pelas vias ordinárias ou, ainda, cobrar o valor previsto na cláusula penal, nos termos do artigo 410 do Código Civil.

<sup>169</sup> MONTEIRO PINTO, Antonio. *Cláusula penal e indenização*, p. 30.

<sup>170</sup> Antonio Pinto Monteiro faz, em sua obra, uma análise da doutrina portuguesa sobre a possibilidade ou não de os danos não patrimoniais serem objeto de reparação no campo contratual, concluindo que “quando há ofensa a bens *não patrimoniais*, mas ela ocorre no cumprimento de um contrato, parece-nos fora de dúvida que o credor/lesado poderá ter direito à reparação por danos não patrimoniais” (*Cláusula penal e indenização*, p. 33). A solução nos parece ser a mesma no direito brasileiro.

<sup>171</sup> *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 101.

para que possa buscar reparação pelos prejuízos já experimentados. Essa é, em síntese, a função indenizatória da cláusula penal.

### **2.3.2.2 Função de Reforço ou Garantia do Cumprimento da Obrigação**

Uma das funções que se pode atribuir à cláusula penal é a de *garantia* ou *reforço* da obrigação. Estando o devedor sujeito à cláusula penal na hipótese de descumprimento da obrigação, independentemente da existência ou comprovação de danos, tem um *estímulo* para adimplir.

Traçando um breve paralelo com as arras *penitenciais*, que serão abordadas adiante, a cláusula penal *reforça* o vínculo contratual na medida em que se espera que o devedor, temendo a penalidade, seja levado ao *cumprimento*, que é o fim último da obrigação, enquanto que as arras *penitenciais* permitem que o devedor termine o vínculo, sem cumprimento, mediante pagamento de determinada quantia.

Nas palavras de Pinto Monteiro,

“ao mesmo tempo que zela pela satisfação do interesse do credor, esta relevante medida de autotutela contribui para o próprio fortalecimento do mecanismo contratual. É a própria confiança gerada pelo contrato (*die Vertragstreue*) que a cláusula penal visa, assim, tutelar.”<sup>172</sup>

Considerando que, com o cumprimento, obtém o devedor a prestação devida e, assim, a satisfação de seu interesse, e que, não havendo cumprimento, pode ainda o credor buscar obter, se possível, a reparação *in natura*, para somente em seguida buscar a reparação das perdas e danos, é possível afirmar que a função *compulsória* antecede a de pré-avaliação de perdas e danos.

O caráter *sancionatório*, que tem como função, na verdade, prevenir o descumprimento, fortalecendo o vínculo contratual, ganha relevância na medida em que vêm fracassando os meios de tutela do Estado com vistas a indenizar o lesado, o que se nota especialmente no Brasil. Além disso, por vezes, o inadimplemento interessa ao devedor, o que ocorre, por exemplo, quando as perdas e danos terão valor inferior ao benefício obtido pelo devedor com o descumprimento, hipótese na qual fica mais evidente a utilidade do caráter *compulsório* da pena para o credor.

---

<sup>172</sup> *Cláusula penal e indemnização*, p. 41.

Parece questionável, no entanto, a existência da função compulsória nas hipóteses em que o valor da pena seja *manifestamente inferior* ao montante que poderia o credor obter se buscasse indenização pelas vias ordinárias, não tendo sido prevista a hipótese de indenização suplementar. Não há como negar que, em tal hipótese, a cláusula penal não serve como *estímulo* ao cumprimento da obrigação, sendo suprimida, portanto, sua função compulsória e prevalecendo a função de prefixação de indenização.

### **2.3.2.3 Função Punitiva**

A cláusula penal, especialmente quando convencionada sua cumulação com o cumprimento da obrigação (cláusula penal pura), nos casos de inadimplemento absoluto, evidencia seu caráter de simples *punição* para o devedor, sendo desprovida de qualquer função de prefixação de danos.

A própria origem do instituto no direito romano, quando era evidente seu caráter penal, e sua nomenclatura levam a crer ser esta uma das funções mais relevantes da cláusula penal.

É possível, assim, sustentar que a cláusula penal dá ensejo a uma *pena privada*.<sup>173</sup> Lobato considera que o caráter penal é “o essencial da figura em estudo e o determinante da sua própria natureza”,<sup>174</sup> muito embora, como visto, não seja expressamente admitida na maioria das legislações, notadamente nos países de *common law*.

---

<sup>173</sup> Embora a questão seja controvertida, conforme PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula penal e indenização*, p. 665 e seguintes.

<sup>174</sup> *La cláusula penal en el derecho español*, p. 103.

## 3

## A TEORIA DUALISTA

## 3.1 A REVISÃO DO CONCEITO UNITÁRIO DE CLÁUSULA PENAL

Conforme se procurou demonstrar, considerar a cláusula penal como figura única, segundo a qual o instituto tem apenas uma finalidade precípua, seja, conforme o caso, de prefixação de perdas e danos ou compulsória, traz questionamentos e dificuldades de ordem prática que parecem intransponíveis.

A limitação da pena ao “valor da obrigação”, o fato de o Código Civil mencionar somente a possibilidade de se exigir a pena ou, *alternativamente* (e não cumulativamente), o cumprimento da obrigação (exceto nos casos de mora), as hipóteses de aplicação da revisão judicial objeto do artigo 413 geram questionamentos e problemas de regime de difícil solução.

Espín Alba aduz que, não obstante a prevalência da doutrina unitária na doutrina e jurisprudência,

“esa tendencia sufre un vuelco en la medida en que los Tribunales de los distintos países empiezan a buscar soluciones para conflictos tales como la reducción de penas excesivas, el control de las condiciones generales de la contratación, la indemnización del mayor daño, etc.; y no las encontraron en el referido modelo unitario. La utilidad de un planteamiento dualista del tema reside en que se puede configurar tanto una cláusula que guarde únicamente una función indemnizatoria, y que por ello puede ser modificada según sea excesiva o irrisoria en relación al daño, como una estipulación con cariz compulsorio que debe ser mantenida en aras del respeto a la autonomía privada.”<sup>175</sup>

Talvez por esse mesmo motivo o direito alemão e o sistema da *common law* tenham diferenciado, de maneira clara, a cláusula penal indenizatória da cláusula penal meramente compulsória, tratando-as de forma autônoma.

---

<sup>175</sup> *La cláusula penal*, p. 55.

E a adoção da teoria dualista tem ganhado cada vez mais adeptos na doutrina e nos Tribunais.<sup>176</sup> Assim, em conformidade com a teoria dualista, há que se diferenciar as *espécies* distintas de pena convencional e o regime aplicável a cada uma delas, o que será objeto do próximo subitem.

## 3.2 TEORIA DUALISTA

### 3.2.1 A Cláusula Penal *Stricto Sensu*

A cláusula penal *stricto sensu* é aquela que tem como finalidade *constranger, compelir* o devedor ao cumprimento. Tal constrangimento se dá por meio da estipulação de uma pena que, embora seja exigível alternativamente ao cumprimento da obrigação, seu valor é superior aos *danos previsíveis*.

Há que se fazer, todavia, uma importante diferenciação. Conforme visto, é próprio da teoria unitária considerar que o caráter sancionatório da pena é exercido *por meio* da indenização devida em caso de descumprimento, o que fica evidenciado nas hipóteses em que referida indenização é superior ao valor estimado dos danos sofridos pelo devedor.

Não é esse o entendimento relativamente à cláusula penal *stricto sensu* na teoria dualista, segundo a qual a prestação devida a título de pena não tem qualquer caráter indenizatório. Para Pinto Monteiro,<sup>177</sup> “a pena não constitui a indemnização, não é exigível a esse título, pelo que a função coercitiva não é prosseguida através de uma soma indenizatória”.

No mesmo sentido a lição de Nelson Rosenvald:<sup>178</sup>

“A cláusula penal em sentido estrito exerce função exclusivamente coercitiva. O fundamento da fixação de uma pena é exatamente o de afastar a discussão sobre a obrigação de indenizar não pelo fato de constituir uma indenização predeterminada, mas por se tratar de uma prestação diferenciada.”

---

<sup>176</sup> “Existe, por lo tanto, una clara tendencia doctrinal y jurisprudencial, ya reflejada con textos legales de otros países, a separar la cláusula penal en sentido estricto, con una función eminentemente sancionatoria (aunque pueda traer consigo la liquidación anticipada de los daños), de lo que sería una cláusula de indemnización sin más” (ESPÍN ALBA, Isabel. *La cláusula penal*, p. 56). A autora sugere a adoção da teoria dualista no direito espanhol, nos seguintes termos: “[d]esde nuestro punto de vista, lo más correcto sería una reformulación del texto legal, que partiendo de la problemática jurisprudencial diera cobijo a las dos figuras, cláusula penal en sentido estricto y cláusula de indemnización sin más” (*La cláusula penal*, p. 57).

<sup>177</sup> *Cláusula penal e indemnização*, p. 612.

<sup>178</sup> *Cláusula penal*, p. 107.

Nesse contexto, a cláusula penal assume a feição de obrigação *com faculdade alternativa* a favor do credor, na medida em que, uma vez que não seja cumprida a obrigação, o credor tem a *faculdade* de exigir a pena em vez da prestação. Trata-se de direito *potestativo* do credor.

Também nesse ponto a cláusula penal *stricto sensu* se diferencia da indenizatória, pois naquela a pena é criada em benefício do credor, que tem a faculdade de exigí-la, enquanto que nesta o valor da indenização é prefixado no interesse de *ambos* os contratantes, sendo a pena um *substituto* da indenização, o único que pode ser exigido.

Assim, a pena funciona, aprioristicamente, como *incentivo* ao cumprimento e, uma vez ocorrido o inadimplemento, como forma de *satisfação* do interesse do credor, e não de *indenização* deste.

Não tendo a pena qualquer caráter de *indenização*, é devida independentemente da *existência* de qualquer prejuízo. Tal conclusão não decorre do quanto previsto no artigo 416 do Código Civil, mas da própria natureza da prestação, que, não tendo conotação de indenização, não deve estar de nenhum modo *vinculada* ou *condicionada* aos eventuais danos sofridos pelo credor.

### 3.2.2 Cláusula Penal Meramente Sancionatória

Por meio da cláusula penal meramente sancionatória se estabelece uma penalidade exigível *cumulativamente* com cumprimento da obrigação ou o pagamento das perdas e danos que derivarem do inadimplemento absoluto. Embora possua características que a diferenciam da cláusula penal *stricto sensu*, podem as duas ser qualificadas genericamente como cláusulas penas de natureza *compulsória*. A primeira questão que se põe relativamente a ela é saber se é aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nelson Rosenvald<sup>179</sup> entende que a cláusula penal *meramente compulsória* é aceita em nosso ordenamento e observa que “há que se atentar para a diversidade de efeitos da cláusula penal *stricto sensu* para a cláusula penal exclusivamente compulsória. Nessa figura poderá incidir o cúmulo entre a pena e a indenização”.

---

<sup>179</sup> *Cláusula penal*, p. 123.

Pinto Monteiro admite expressamente o cabimento da cláusula penal meramente *sancionatória*. Suas conclusões são interessantes, pois o autor parte da análise do artigo 811º, n. 1 do Código Civil português, que *veda expressamente* a exigência da pena *cumulada* com a obrigação principal. A mesma vedação se pode depreender do artigo 410 do Novo Código Civil.

O autor, partindo da premissa básica, já referida, de que o Código Civil português tratou tão somente da cláusula penal *indenizatória*<sup>180</sup> e que seus dispositivos não se aplicam à cláusula penal meramente sancionatória, entende que:

“Esta pena [compulsória] não é convencionada como reparação pelo dano do incumprimento, ela é estritamente compulsória exactamente porque não se destina a substituir o cumprimento da prestação ou a indenização pelo não cumprimento, o que significa que esse interesse do credor não é considerado ao estipulá-la, ela não coenvolve esse interesse, não constitui uma sua avaliação; assim não cumprindo o devedor *sponte sua*, o facto de a pena acrescer à execução específica ou à indemnização pelo inadimplemento não conduz a uma situação de cúmulo, pois o interesse que o credor satisfaz, por qualquer dessas vias, não coincide nem absorve o que o levara a estipular a pena – essa falta de identidade de interesses exclui o cúmulo, razão por que a pena não é abrangida pela proibição constante do artigo 811º, n. 1.”<sup>181</sup>

Creemos que a conclusão – cabimento da cláusula penal meramente compulsória – deve ser a mesma no direito brasileiro. Isso porque, não sendo a cláusula penal meramente compulsória prevista pelo Código Civil, que tratou somente daquela *indenizatória*, *nenhum* de seus preceitos se aplicam a ela. Conseqüentemente, não há proibição de cumulação no Código Civil, sendo aceita, por outro lado, com fundamento na autonomia privada.

### 3.2.3 Cláusula Penal Indenizatória

A cláusula penal indenizatória tem como função prefixar o valor do dano futuro em um negócio jurídico. É de grande utilidade nos casos em que a prova do dano, por sua natureza, seja de difícil ou demorada comprovação. As partes buscam evitar, por meio da determinação prévia e *ne varietur* do dano, o desgaste gerado por um processo judicial demorado e custoso.

---

<sup>180</sup> “A figura regulada pelo Código Civil é, hoje, uma *cláusula meramente reparatória*” (*Cláusula penal e indemnização*, p. 472).

<sup>181</sup> *Cláusula penal e indemnização*, p. 606.

Conforme referido anteriormente, não é criada em benefício do credor como maneira de reforçar o vínculo obrigacional, persuadindo o devedor a cumprir a obrigação sob pena de ser punido. Ambas as partes, credor e devedor, têm interesse na predeterminação das perdas e danos. O credor livra-se do ônus de ter que provar o dano sofrido e sua extensão, e o devedor já sabe, de antemão, o valor máximo da indenização que poderá suportar.

Ambas as partes beneficiam, então, e da mesma forma ficam submetidas a uma *alea*, pois o valor da pena convencional pode ser, conforme o caso, *superior* ou *inferior* ao prejuízo efetivo que poderia ser objeto de indenização pelas vias ordinárias. Importante observar que o valor da pena deve consistir em uma estimativa razoável das perdas e danos que decorrerão no caso de inadimplemento.

Sendo assim, não há que se falar, como ocorre na cláusula penal de natureza meramente compulsória (que engloba a cláusula penal *stricto sensu* e a meramente sancionatória), de obrigação com faculdade alternativa em favor do credor, pois na cláusula penal indenizatória o valor determinado vincula ambos os contratantes, sendo um *substituto* da indenização.

A distinção feita entre cláusula penal indenizatória e cláusula penal compulsória traz alguns questionamentos acerca do regime a ser aplicado a cada uma dessas figuras. O capítulo seguinte tem como finalidade estudar e apresentar soluções para os mais relevantes desses questionamentos. Antes, porém, há que se perquirir como se identificar quando se está diante de uma ou outra modalidade de pena convencional.

#### 3.2.4 Interpretação

Uma vez feita a distinção entre cláusula penal *compulsória* e *indenizatória*, cabe ao intérprete identificar, no caso concreto, uma ou outra modalidade. Como refere Pinto Monteiro,<sup>182</sup> deve-se apurar

“o escopo ou finalidade prosseguida pelos contratantes com a estipulação da pena, a fim de qualificar a espécie acordada. A designação por que estes se lhe referem não será decisiva, podendo, embora, constituir um primeiro indício acerca da intenção prosseguida.”

---

<sup>182</sup> *Cláusula penal e indemnização*, p. 640.

A cláusula penal *meramente compulsória* é de constatação mais simples, tendo em vista que o negócio deverá prever expressamente a *cumulação* da pena (aplicável no caso de inadimplemento absoluto) com a indenização por perdas e danos devida em função do inadimplemento total. Uma vez presente tal disposição, não há como se falar de cláusula penal indenizatória ou *stricto sensu*, conforme demonstramos anteriormente. Tarefa um tanto mais complexa, no entanto, é diferenciar as outras duas modalidades de pena convencional – *indenizatória* e *stricto sensu* – entre si.

O critério principal a ser verificado é, nos termos do artigo 121 do Código Civil, a *efetiva intenção* das partes. Nesse sentido, é importante lembrar a ligeira alteração da redação do dispositivo legal aqui citado no Novo Código Civil, a fim de deixar claro que se deve atender à vontade das partes “nelas [declarações de vontade] consubstanciada”.

Como observa Moreira Alves,<sup>183</sup> “visou ele [Projeto do Código Civil] deixar bem explícito que a regra determina que se atenda à intenção consubstanciada na declaração, e não ao pensamento íntimo do declarante”.

Um dos parâmetros que podem auxiliar nessa verificação da intenção das partes é a utilização de termos como “pena” e “sanção”, ou “indenização” e “liquidação de danos”.<sup>184</sup> Nesse sentido a lição de Renan Lotufo:<sup>185</sup>

“São meios auxiliares na interpretação: as tratativas preliminares, o caráter habitual das relações mantidas entre as partes, as manifestações anteriores do declarante e do destinatário, que reconhecidamente se ligam à declaração, tais como uma expressão típica do declarante, conhecida pelo destinatário, bem como o lugar, o tempo e as circunstâncias inerentes.”

Outro indício relevante para identificar a intenção das partes é o valor da pena *relativamente* ao dano previsível no momento da contratação. Se o valor for *claramente superior* aos danos previsíveis no momento da conclusão do negócio, deve provavelmente tratar-se de cláusula penal *compulsória*. Por outro lado, se o montante da cláusula for *inferior* ou *próximo* aos danos previsíveis, é provável que se cuide de cláusula penal indenizatória.

---

<sup>183</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 108.

<sup>184</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal*, p. 114.

<sup>185</sup> *Código Civil comentado*, p. 309.

Conforme Nelson Rosenvald:<sup>186</sup>

“O magistrado terá de valorar a cláusula consoante a concepção a ela dada no tempo da contratação, sem levar em consideração a evolução real do dano. O juízo de adequação não deverá considerar o prejuízo efetivo – a posteriori –, mas os danos previsíveis de acordo com as circunstâncias vigentes ao tempo da contratação.”

No mesmo sentido a lição de Pinto Monteiro:<sup>187</sup> “*Esse juízo de adequação terá de ser feito, não em função do prejuízo efetivo – isto é, a posteriori – antes em função do dano previsível – o que implica, pois, um juízo ex ante*”.

Em síntese, embora haja parâmetros objetivos que auxiliem o intérprete a diferenciar os dois tipos diversos de cláusula, esses são instrumentais na busca da verdadeira *intenção* das partes no momento da celebração do negócio. Nesse sentido, deve o interprete valer-se das regras atinentes à interpretação das declarações de vontade, algumas das quais citadas sem a pretensão de se esgotar o tema, tendo em vista o escopo restrito do presente trabalho.

### 3.3 A ADOÇÃO DA TEORIA DUALISTA NO DIREITO COMPARADO

#### 3.3.1 Alemanha

Não obstante já termos feito algumas notas sobre a diferenciação existente no direito alemão entre cláusula penal em sentido estrito e cláusula de prefixação de perdas e danos, cabe aqui uma análise um pouco mais aprofundada sobre a gênese de tal diferenciação. A análise é relevante na medida em que foi a Alemanha o primeiro país da família romano-germânica onde se diferenciaram, claramente, dois tipos distintos de cláusula penal, atribuindo-lhes tratamento diferenciado.

Conforme já demonstramos, o BGB adotou um conceito unitário de cláusula penal, de caráter primordialmente coercitivo. Segundo noticia Pinto Monteiro,<sup>188</sup> após décadas de aceitação do conceito unitário, surgiu na década de 1960, a partir de casos concretos levados a juízo, um questionamento sobre a aplicabilidade das regras contidas nos §§ 339 a 345 BGB a uma cláusula cuja função fosse, tão somente, fixar previamente o montante da indenização.

---

<sup>186</sup> *Cláusula penal*, p. 115.

<sup>187</sup> *Cláusula penal e indemnização*, p. 643.

<sup>188</sup> *Cláusula penal e indemnização*, p. 509 e seguintes.

Consolidou-se no Supremo Tribunal o entendimento de que há duas espécies distintas de cláusula: (i) quando esta tivesse como objetivo *compelir* o devedor a cumprir a obrigação, estar-se-ia perante uma autêntica cláusula penal (*Vertragsstrafe*), sendo a modalidade tratada pelo Código Civil alemão; (ii) quando a estipulação contratual tivesse como objetivo *liquidar* antecipadamente o dano, tratar-se-ia de um acordo não regido pelo Código Civil alemão, que tomou o nome de “fixação antecipada e invariável do montante da indenização” (*Schadensersatzpauschalierung*).

Ainda segundo Pinto Monteiro, houve um *leading case* que levou o Supremo Tribunal alemão a confirmar a diferenciação supra-referida e estabelecer o regime aplicável a cada uma das espécies de cláusula. Decidiu o Supremo Tribunal alemão que

“se está perante uma cláusula penal quando o montante prometido se destina, em primeira linha, a reforçar o cumprimento do contrato e a exercer sobre a contraparte uma pressão tanto quanto possível eficaz; ao invés, tratar-se-á de uma cláusula de fixação antecipada de indemnização, se o montante acordado servir para simplificar a obtenção de um direito, no pressuposto de que o mesmo existia.  
(...) o BGH averiguou o escopo das partes através do teor das fórmulas por si utilizadas, na redacção da cláusula (...).”<sup>189</sup>

Relativamente ao regime aplicável, considerou o Tribunal que, em se tratando de cláusula de prefixação de indenização, a existência do *dano* seria pressuposto inafastável, e que o § 343 do BGB – que cuida da hipótese de redução da pena – seria aplicável apenas à cláusula penal *stricto sensu* (*Vertragsstrafe*), cabendo a revisão da *Schadensersatzpauschalierung* com fundamento apenas nos §§ 138 e 242, respeitantes às cláusulas contratuais gerais.

Em outros julgamentos relevantes, entendeu o BGH que, relativamente à cláusula de prefixação de perdas e danos, seria dado ao devedor comprovar que o *dano efetivo* foi inferior ao montante acordado antecipadamente pelas partes, bem como que o critério distintivo das duas cláusulas não seria primordialmente a terminologia utilizada pelas partes, mas a adequação do montante estipulado com os *danos previsíveis* no momento da contratação.

O legislador houve por bem positivar a diferenciação entre as duas cláusulas por meio da AGB-Gesetz, promulgada em 12 de novembro de 1976, e cujo âmbito de aplicação, vale mencionar, restringia-se aos *contratos de adesão* (cláusulas contratuais gerais).

---

<sup>189</sup> *Cláusula penal e indemnização*, p. 516.

Nos termos da AGB-Gesetz,<sup>190</sup> para que a cláusula de prefixação de perdas e danos seja eficaz, o valor da pena não deve exceder os danos previsíveis, e não se pode retirar do devedor a possibilidade de comprovar que não houve danos ou que eles foram em montante inferior ao valor acordado antecipadamente. Por outro lado, a cláusula penal foi proibida em algumas hipóteses pontuais, “não tendo sido acolhida uma proposta, ventilada no seio dos trabalhos preparatórios, a favor de uma proibição geral”.<sup>191</sup>

Operou-se, portanto, a superação do conceito unitário de cláusula penal, adotando-se a teoria dualista, e não somente em relação aos contratos de adesão<sup>192</sup> (os quais foram objeto de intervenção legislativa), mas também em relação às cláusulas tratadas pelos §§ 339 a 345 do BGB.

### 3.3.2 França

No direito francês, a idéia de que o *Code* contempla duas espécies de cláusula penal – uma compulsória e uma de mera liquidação de perdas e danos – é recente. Isso se deu a partir dos estudos de Jaques Mestre, que analisou o comportamento dos tribunais franceses após a reforma de 1975, a qual trouxe a possibilidade de revisão da pena. Havia dúvida nos Tribunais quanto à noção de cláusula penal, noção essa importante para se definir o âmbito de aplicação da nova possibilidade de *revisão* aberta pelo legislador.<sup>193</sup>

Segundo o autor, o artigo 1.152 do *Code* trata da cláusula de prefixação de perdas e danos, enquanto os artigos 1.226 a 1.229 cuidam da cláusula penal de natureza compulsória, e o poder revisional está limitado à cláusula de prefixação de perdas e danos, tendo em vista ser essa a norma que o consagra.

As questões postas por Jaques Mestre chamaram a atenção da doutrina francesa, notadamente sobre o requisito da existência do dano relativamente à cláusula penal indenizatória. No entanto, não se verifica, atualmente, um amadurecimento da questão como se viu, por exemplo, no direito alemão. Trata-se de matéria a ser desenvolvida de maneira mais relevante pela doutrina e jurisprudência francesas.

---

<sup>190</sup> Conforme notícia Menezes Cordeiro, por ocasião da reforma de 2001/2002 do BGB, “[o] AGBG foi transposto ‘em bloco’, para o BGB reformado” (*Da modernização do direito civil*, p. 121).

<sup>191</sup> PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula penal e indemnização*, p. 536.

<sup>192</sup> PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula penal e indemnização*, p. 539.

<sup>193</sup> PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula penal e indemnização*, p. 548 e seguintes.

### 3.3.3 Itália

Assim como em França, a doutrina tradicional italiana não aceita a teoria dualista da cláusula penal. Foi Trimarchi<sup>194</sup> quem chamou atenção para a teoria dualista ao diferenciar entre cláusula penal *pura* da *não-pura*. A *não-pura* seria a figura abarcada pelo artigo 1.382 do Código Civil italiano, segundo a qual a pena, além de uma função punitiva, estabelece também o valor indenizatório. A *pura*, por outro lado, de finalidade unicamente *punitiva*, seria aquela que prevê uma pena que acresce à indenização.

Annibale Marini<sup>195</sup> também diferenciou, em 1984, a cláusula penal do pacto de prefixação de perdas e danos. Defende que a cláusula penal de que trata o artigo 1.382 do Código Civil italiano tem natureza compulsória, afastando a função *indenizatória* por constatar que o § 2º do artigo 1.382 exclui a *relevância do dano*. Ou seja, se a cláusula de que trata o Código tivesse função indenizatória, seria dado ao devedor comprovar a *inexistência* do dano; não sendo isso possível, afastada estaria a natureza indenizatória.

Andrea Zoppini<sup>196</sup> faz referência à tendência mais recente de se determinar a função da cláusula penal de acordo com a finalidade prática que as partes tenham buscado realizar por meio do acordo, de forma que “il tipo legale si presti a realizzare ogni singolo scopo che le parti possano prevedere”.

Em obra mais recente, Maria Grazia Baratella<sup>197</sup> refuta a função meramente indenizatória e meramente punitiva, e identifica uma função dúplice e complexa, “tendente, da un lato, allá tutela del creditore, dall’altro, alla sanzione del debitore inadempiente”. Interessa notar que a autora, embora fale em função dúplice, dá relevância apenas ao caráter sancionatório e afasta a função de liquidação de perdas e danos.

No entanto, entende ser incabível falar-se em uma cláusula penal com função de mera prefixação de perdas e danos, que seria “un tipo eccessivamente distante da quello

---

<sup>194</sup> Vale notar que, já em 1955, GINO GORLA diferenciava várias espécies de cláusula penal, atribuindo a cada uma delas regimes distintos, emprestando relevo à intenção das partes a fim de determinar qual modalidade foi efetivamente utilizada no caso concreto (Apud PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula penal e indemnização*, p. 570).

<sup>195</sup> *La clausola penale*, p. 15 e seguintes.

<sup>196</sup> *La pena contrattuale*, p. 186.

<sup>197</sup> *Le pene private*, p. 37. Tradução livre: “tendente, de um lado, à tutela do credor e, de outro, à sanção do devedor inadimplente”.

normativo e, sotto taluni profili, addirittura violativo di quest'ultimo”, não sendo um pacto sancionatório.<sup>198</sup>

Ou seja, embora a autora entenda que um pacto de prefixação de perdas e danos não possa ser considerado uma cláusula penal, admite duas figuras distintas – a cláusula penal *sancionatória* tratada pelo Código Civil italiano, e uma cláusula que tem como finalidade predeterminar o valor indenizatório, e cuja condição seria a existência de um dano.

Esses posicionamentos reconhecem, de uma forma ou de outra, modalidades distintas de cláusula penal e, portanto, aproximam-se da teoria *dualista*.

### 3.3.4 Espanha

Espín Alba constata que na Espanha não foi superada a teoria unitária da cláusula penal, mas, segundo seu entendimento,

“lo más correcto sería una formulación del texto legal, que partiendo de la problemática jurisprudencial diera cobijo a las dos figuras, cláusula penal en sentido estricto y cláusula de indemnización sin más. (...) Mientras tanto, llamamos la atención para la necesidad de reflexionar sobre salidas más ajustadas a la legalidad vigente y a los criterios doctrinales y jurisprudenciales ya consolidados, con vistas a solucionar de un modo más racional los principales conflictos en materia de cláusula penal. Tal vez fuese conveniente empezar a reformular la tesis unitaria respecto la naturaleza de la cláusula penal.”<sup>199</sup>

Interessante notar que a autora constata, fazendo uma análise jurisprudencial, que a teoria unitária não é capaz de resolver certos problemas de regime da cláusula penal, sugerindo, assim, ser oportuna uma reflexão sobre a teoria dualista.

Dávila Gonzalez<sup>200</sup> faz distinção entre diferentes *modalidades* de cláusula penal – cumulativa, substitutiva e moratória – a fim de analisar quais as funções de cada uma delas.

---

<sup>198</sup> *La pene private*, p. 40 e 54. Tradução livre: “um tipo excessivamente distante daquele normativo e, sob tal aspecto, absolutamente violador deste último”.

<sup>199</sup> *La cláusula penal*, p. 57-58.

<sup>200</sup> *La obligación con cláusula penal*, p. 53.

A cumulativa é aquela que permite ao credor cobrar a pena e também os danos sofridos em função do inadimplemento total; a substitutiva é aquela devida no lugar do cumprimento da obrigação; e a moratória é aquela prevista para a hipótese de atraso no cumprimento. “La cláusula penal, según sus modalidades, tendrá, (...) una o varias funciones”.

O autor considera duas funções típicas: a *coercitiva* e a *liquidatória*. A primeira estaria presente na cláusula penal cumulativa, bem como na substitutiva, sempre que o valor da pena fosse superior ao valor dos danos que o credor previsivelmente experimentará em função do inadimplemento. Isso porque, em tais casos, se o devedor não cumprir a obrigação, terá agravada sua responsabilidade.

A função liquidatória estaria presente quando a cláusula penal servisse para determinar antecipadamente um valor para os danos e prejuízos, evitando, assim, questões futuras sobre o *quantum* devido.

### 3.3.5 Portugal

A diferenciação entre as duas espécies de pena convencional em Portugal teve origem em um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal de 3 de novembro de 1983 que cuidou da diferenciação entre cláusula penal *compulsória* e *indenizatória* e da aplicabilidade das regras do Código Civil português a cada uma dessas modalidades, especialmente aquela que trata da redução em caso de *manifesta excessividade*. O caso interessa, também, porque foi objeto de detida análise pela doutrina.

Resumidamente, o caso levado à apreciação do referido Tribunal cuidava de hipótese na qual se questionava se a uma cláusula penal que tinha nítida feição *compulsória* se poderia aplicar a redução por equidade de que trata o artigo 812º do Código Civil português.

O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, ao analisar o caso, distinguiu entre a cláusula penal *compulsória* e a cláusula penal com intuito *indenizatório*, entendendo tratar-se, no caso concreto, da primeira, enquanto que o Código Civil português cuidava, tão somente, da segunda.

Concluiu o Tribunal, dessa forma, não ser aplicável ao caso o artigo 812º, n. 1, do Código Civil português, visto que o regime ali estabelecido aplicava-se, tão somente, à cláusula penal indenizatória, que é, de resto, a única de que trata o Código. Não obstante, ratificou a validade da estipulação da cláusula penal de índole meramente *sancionatória*.

Ao processo foi anexado parecer de Antunes Varela, no qual este autor, em resumo, diferencia também a cláusula *compulsória* da *indenizatória*, ressaltando ser *extremamente duvidosa* a possibilidade de o Tribunal valer-se, no caso, da regra que cuida da redução da cláusula por ser excessiva, vez que tal redução seria aplicável, tão somente, à cláusula indenizatória, que é, de resto, a única tratada pelo Código Civil português.

Ferrer Correia e Henrique Mesquita também analisaram a questão, concluindo que a cláusula penal pode ter uma função indenizatória e uma função compulsória, porém o n. 1 do artigo 812º não está restrito à cláusula penal compensatória, antes se aplicando, com muito mais razão, à compulsória, visando corrigir eventuais *iniqüidades* e *imoralidades* que esta possa significar.<sup>201</sup>

Houve, ainda, posicionamento no sentido de que o direito português nem sequer admitiria a cláusula penal compulsória, mas somente a indenizatória, que é aquela consagrada no direito positivo.<sup>202</sup>

Interessa-nos o fato de o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal considerar que a cláusula penal não deve ser vista como figura única, havendo uma cláusula penal de natureza *compulsória* e outra de natureza *indenizatória*, sendo que apenas a última foi tratada pelo Código Civil português.

A obra que tratou com maior profundidade do tema no direito português, e que serviu, inclusive, de inspiração para o presente trabalho, foi *Cláusula penal e indemnização*, de Antonio Pinto Monteiro. Na referida obra, o autor analisa as origens e o desenvolvimento da cláusula penal em Portugal e no direito comparado, e defende com propriedade a teoria dualista como único meio capaz de resolver, no direito português, diversos problemas de regime do instituto.

---

<sup>201</sup> A obra *Intelectual como Objecto do Contrato de Empreitada. Direito do Dono da Obra Desistir do contrato e efeitos da desistência*, separata da ROA, ano 45, 1985, p. 154. Apud PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula penal e indemnização*, p. 486.

<sup>202</sup> Nesse sentido é a posição de CALVÃO DA SILVA, João. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 257 e seguintes.

Despiciendo citar aqui os posicionamentos defendidos pelo autor em questão, tendo em vista que permeiam o presente trabalho, sendo citados em capítulos específicos.

### 3.3.6 Brasil

No Brasil, foi relevante a contribuição de Fabio de Mattia, quem, com base nas lições de Trimarchi, fez uma diferenciação entre cláusula penal *pura* e *não-pura* no direito brasileiro.<sup>203</sup> Entende o autor que ambas têm natureza *punitiva*, que lhes é essencial, mas que devem ser diferenciadas nos seguintes termos:

“... as partes ao elaborarem um negócio jurídico com cláusula penal estarão fazendo uma opção: se escolherem apenas a cláusula penal pura exteriorizam intenção de coagir o devedor a cumprir a obrigação. Se não adimplir o prometido será onerado pela multa que o castigará. Neste caso se houver algo a pleitear em decorrência de perdas e danos encontrará o caminho natural ao prová-los através das vias judiciais. É a cláusula penal pura. Não se fazendo referência ao problema das perdas e danos só se pode tratar de cláusula penal pura. Se as partes contratam negócio jurídico em que seja difícil avaliar os possíveis danos ou as partes queiram abreviar o recebimento da indenização evitando a morosidade e as dificuldades da prova ao resolver o caso judicialmente, surge a figura da cláusula penal não pura. Destaque-se, porém, que pode haver por escolha das partes o acúmulo dos dois tipos, formando um bloco monolítico.”<sup>204</sup>

Limongi França também rompeu com a concepção tradicional de cláusula penal ao fazer uma distinção entre diferentes espécies, a saber: (i) cláusula penal *punitiva* e cláusula penal *compensatória*, que por sua vez se subdivide em *compensatória alternativa* e *cumulativa*.<sup>205</sup> Para o autor:

“Punitiva é aquela que tem por função estabelecer, tão-somente, uma pena, para o caso de inadimplemento.  
Compensatória é aquela que tem por função compensar as perdas e danos presumidos, em virtude do inadimplemento. (...)  
Compensatória alternativa é aquela que confere ao credor o arbítrio de exigi-la em lugar da obrigação (CC, arts. 917, princípio e 918).  
Compensatória cumulativa é aquela que confere ao credor a faculdade de exigi-la conjuntamente (cumulativamente) com a obrigação (CC, arts. 917, *in fine*, e 919).”

---

<sup>203</sup> Cláusula penal pura e cláusula penal não pura. *Revista dos Tribunais* 383/35.

<sup>204</sup> *Cláusula penal pura e cláusula penal não pura*, p. 54.

<sup>205</sup> *Teoria e prática da cláusula penal*, p. 126.

Ressalta o autor, ainda, que “os efeitos da cláusula penal dependem da sua espécie, e, de modo particular, da variedade que resulta da respectiva função”,<sup>206</sup> sendo que a cláusula *punitiva* não tem fundamento em nenhum dos artigos do Código Civil (de 1916) que tratam da cláusula penal, não sendo, portanto, disciplinada pelo Código.<sup>207</sup>

Não avançou muito o autor, no entanto, no que tange ao *regime aplicável* a cada uma das referidas espécies. Por outro lado, não há dúvida de que rejeitou a teoria unitária da cláusula penal, antes reconhecendo uma figura *punitiva* e outra, diversa, de função *compensatória*.

Entendimento similar adotou Serpa Lopes.<sup>208</sup> Em seu *Curso de direito civil*, após discorrer sobre a evolução histórica da cláusula penal e as teorias sobre a sua natureza jurídica, observa que:

“Não representa uma pena a obrigação de pagar o equivalente do dano produzido por esse inadimplemento. Por outro lado, dizemos nós, a indenização pressupõe um prejuízo, e, nada obstante, a cláusula penal é devida, mesmo na ausência desse prejuízo e é inalterável, ainda quando o prejuízo tenha maior monta que o valor da pena.”

Conclui, assim, que o instituto apresenta elementos radicalmente incompatíveis com a *pena* ou a idéia de *ressarcimento*. Não se aprofunda, no entanto, no tema.

Marcelo Bennachio<sup>209</sup> sustenta que o Código Civil de 2002 se afasta expressamente da função indenizatória ao estipular no artigo 416 que, “para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo”, sendo o dano, portanto, irrelevante, tendo a pena convencional correlação apenas com o *inadimplemento*. Conclui o autor, embora reconhecendo algumas dificuldades decorrentes do texto legal, que a cláusula penal tem, nos termos previstos no Novo Código Civil, natureza de *pena privada*.

Jorge Cesa Ferreira da Silva acolhe a teoria dualista, afirmando que, “aceitando-se a separação conceitual entre cláusula penal e cláusula de perdas e danos, restam mais claras as funções e mecanismos de cada uma”,<sup>210</sup> e propõe uma diferenciação de regime. Nelson

---

<sup>206</sup> *Teoria e prática da cláusula penal*, p. 199.

<sup>207</sup> *Teoria e prática da cláusula penal*, p. 205.

<sup>208</sup> *Curso de direito civil*, p. 196.

<sup>209</sup> *Cláusula penal*, cit.

<sup>210</sup> *Inadimplemento das obrigações*, p. 241.

Rosenvald,<sup>211</sup> em notável obra publicada em 2007 dedicada à cláusula penal, também adere à teoria dualista e se aprofunda nas questões de regime decorrentes da diferenciação entre cláusula penal compulsória e indenizatória como figuras distintas.

O posicionamento dos dois autores referidos no parágrafo anterior será analisado no capítulo seguinte, no qual trataremos das questões que se colocam em função da adoção da teoria dualista.

---

<sup>211</sup> *Cláusula penal*, p. 105 e seguintes.

## 4

**QUESTÕES RELEVANTES DECORRENTES  
DA ADOÇÃO DA TEORIA DUALISTA**

A teoria dualista descrita anteriormente, ao mesmo tempo que traz soluções, gera questionamentos bastante relevantes e com inegável aplicação prática. Com efeito, sendo a cláusula penal de prefixação de perdas e danos eminentemente indenizatória, pode ser exigida na hipótese de o devedor comprovar a *inexistência* de dano? Não sendo a cláusula penal compulsória regida pelo Código Civil, caberia a redução no caso de manifesta excessividade de que trata o artigo 413 do Código Civil? Se a resposta for positiva, como deveria ser apurada tal excessividade?

O presente capítulo tem como objetivo tratar de questionamentos que se põem em decorrência da admissão da teoria dualista.

**4.1 O REQUISITO DA EXISTÊNCIA DO DANO**

Conforme já referido, a cláusula penal compulsória, por sua natureza, independe da existência e da extensão dos danos. No que diz respeito à cláusula penal indenizatória, Pinto Monteiro<sup>212</sup> entende que, na hipótese de o devedor comprovar a *inexistência* do dano, retira-se o pressuposto da indenização, pelo que a pena não será devida. Por outro lado, não há que se falar em *ajuste* a fim de fazer coincidir o montante da pena com o prejuízo real. Assim, a não ser que o devedor comprove a *inexistência* do dano, é devido o valor exato previsto na cláusula penal, ressalvada a hipótese de revisão judicial quando ocorrer manifesta excessividade.

---

<sup>212</sup> *Cláusula penal e indemnização*, p. 604. Jorge Cesa Ferreira da Silva faz referência ao tratamento dispensado ao tema pela doutrina alemã, nos seguintes termos: “Em texto sempre citado, datado de 1972, Volker Beuthien referiu aos parâmetros distintivos de cada uma das cláusulas [*Inadimplemento das obrigações*, p. 498]. Segundo ele, a cláusula penal (Vertragsstrafe) fundamenta, frente ao dever de prestação que ela visa reforçar, uma outra vinculação. Em sentido contrário, a cláusula de perdas e danos (Schadensersatzpaulache) só diz respeito ao âmbito da pretensão indenizatória que decorre do direito de prestação. A cláusula penal independe de prejuízo efetivo. Ela pode ser reduzida se for desproporcional, mas não pode ser de todo afastada. Por sua vez, as cláusulas de perdas e danos não são aplicáveis se não houver prejuízo concreto (cf. Volker Beuthien, op. loc. cit)” (*Inadimplemento das obrigações*, p. 241).

No mesmo sentido entende Nelson Rosenvald, para quem, em se tratando de cláusula penal indenizatória, “[d]e enorme importância será a demonstração pelo devedor da ausência de qualquer dano. A falta do prejuízo retira qualquer fundamento para a exigência da liquidação pré-fixada”.<sup>213</sup>

O fato de a pena convencional, em se tratando de cláusula penal indenizatória, não ser devida na hipótese de comprovação de *ausência* de danos é um dos pilares da teoria dualista.

No entanto, parece-nos que esse ponto não é totalmente pacífico. Inicialmente, o artigo 416 do Novo Código Civil, segundo o qual, “[p]ara exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo”, não dispensa somente a comprovação do prejuízo, mas também a própria alegação, o que pode levar à conclusão de que o *dano* não é um requisito para a incidência da pena, mas somente o *inadimplemento*.<sup>214</sup>

Segundo Judith Martins-Costa,<sup>215</sup> “(...) o devedor não pode eximir-se de prestar alegando que, do inadimplemento, nenhum prejuízo decorreu ao credor, pois a condição não é o ‘prejuízo’, mas o inadimplemento”.

Nesse particular, vale trazer à colação a lição do ilustre Professor Agostinho Alvim:

“É imprescindível que haja dano, salvo casos excepcionais. (...) Não são propriamente casos de indenização sem dano, e sim de dispensa da alegação de prejuízo. Mas, como não se trata de uma presunção que apenas remova o ônus da prova, o resultado é que bem se pode dar a hipótese de indenização sem dano algum. (...) O Cód. Civ. não fala em ressarcimento, independentemente de prejuízo, quando trata da cláusula penal (art. 927) e sim de exigência de pena, independentemente da alegação de prejuízo, adotando técnica muito exata.”<sup>216</sup>

De se notar, entretanto, que o Professor Agostinho Alvim<sup>217</sup> entende que “a cláusula penal é uma pena, segundo decorre da própria locução com que se denomina o instituto”. Assim, ao mesmo tempo que admite ser a cláusula penal uma *exceção* ao princípio previsto no artigo 402 do Novo Código Civil (correspondente ao artigo 1.059 do Código revogado),

---

<sup>213</sup> *Cláusula penal*, p. 112.

<sup>214</sup> *Cláusula penal*, p. 481.

<sup>215</sup> *Comentários ao novo Código Civil*, p. 481.

<sup>216</sup> *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, p. 196.

<sup>217</sup> *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, p. 197.

que diz respeito a *ressarcimento*, *indenização* por perdas e danos, entende que a cláusula penal é pena, o que vai de encontro à natureza da cláusula penal indenizatória segundo a doutrina dualista.

Uma questão que a tese da inexigibilidade da cláusula penal no caso de *ausência* de danos parece não responder satisfatoriamente é a seguinte: se o valor da pena pode ser *inferior* ou *superior* ao dano efetivo, o que se admite expressamente, por que motivo não poderia haver indenização mesmo sem que haja danos? É exigível a pena no montante de 100 mesmo que o *dano efetivo* seja de 10, porém não é exigível a pena convencional de 10 se o devedor comprovar que não houve danos, ou seja, que os danos correspondem a 0 (zero). Ademais, se é dado ao devedor comprovar que não houve danos, por que não seria da mesma forma possível comprovar que os danos efetivos foram inferiores ao montante da cláusula penal, reduzindo-se assim o valor desta proporcionalmente?

Pode-se entender que a cláusula penal indenizatória constitui uma *exceção* legal (artigo 416 do Código Civil) à regra contida no artigo 403. Tratando-se de normas de mesma hierarquia, deve prevalecer aquela mais específica, qual seja, o artigo 416. Parece questionável o argumento de que a pena possa ser bastante *superior* ou *inferior* aos danos sofridos (desde que não haja manifesta excessividade), mas sua exigibilidade possa ser elidida mediante comprovação de *ausência* de dano efetivo.

Vale lembrar que a pena convencional não corresponde exatamente à indenização, do contrário deveria ser, em qualquer hipótese, pelo menos igual ao valor do prejuízo *efetivo* experimentado pelo credor, pois se for inferior não mantém *indene* (ou seja, sem dano) o credor. Tem a pena, sim, *natureza* indenizatória.

Nesse contexto, pode-se entender que a possibilidade de haver indenização sem que haja danos encontra-se no contexto da *alea* envolvida na cláusula penal indenizatória, conforme já referido. Da mesma maneira que pode a penalidade ser *superior* ou *inferior* ao dano efetivo, a pena seria exigível independentemente da *existência* de dano efetivo. Em síntese, não haveria que se perquirir acerca da existência de dano efetivo.

Aguiar Dias parece dar guarida a tal possibilidade com fundamento na *presunção absoluta* de dano, nos seguintes termos:

“Há vários casos em que o legislador considera presumidos os prejuízos, como no caso da cláusula penal, das arras penitenciais e dos juros moratórios. (...)”

A cláusula penal fixa de antemão as perdas e danos pelo inadimplemento da obrigação e também neste caso o credor se isenta do ônus que normalmente lhe caberia. Não precisa comprovar nem o prejuízo nem o *quantum* (...) prevenindo as longas controvérsias que podem surgir da liquidação dos danos, **sem possibilidade de prova em contrário**, o que, todavia, não obsta que, em certos casos ela possa ser reduzida, por medida de equidade ou em atenção à moralidade dos contratos.” (g.n.)<sup>218</sup>

Dois pontos devem ser ressaltados acerca do escólio de Aguiar Dias supratranscrito. Primeiro, o autor trata somente da cláusula penal de natureza *indenizatória*. Adicionalmente, a *imutabilidade* da pena não é absoluta, mas esta deve ser revisada somente nas hipóteses de *excessividade*.

Almeida Costa também sustenta a tese da irrelevância da existência de *dano efetivo*:

“Portanto, salvo convenção em contrário, é exigível [a cláusula penal] sob os mesmos pressupostos da responsabilidade civil. Apenas com a diferença de que não há que apurar se o credor sofreu prejuízos efectivos e qual o montante destes. Precisamente, a estipulação de uma cláusula penal destina-se a dispensar tais averiguações (...).”<sup>219</sup>

Em síntese, caso se entenda que a ausência de danos não afeta a exigibilidade da cláusula penal, a penalidade pode ser (i) *inferior* ao dano efetivo quando não for prevista indenização suplementar, o que é expressamente admitido pelo parágrafo único do artigo 416; ou (ii) superior ao *dano efetivo*, desde que não se verifique a hipótese de *excessividade* de que trata o artigo 416. A pena não deve, necessariamente, ser idêntica ao valor do dano. Esse mesmo raciocínio valeria então para a hipótese de ausência de dano, tendo em vista a *presunção absoluta* de dano prevista pelo legislador.

Há, ainda, mais um elemento que nos parece dar sustentação à tese ora referida. Admitir a possibilidade de a pena não ser exigível na hipótese de não haver danos abriria margem para um questionamento, por parte do devedor, sobre a existência dos danos. Nessa hipótese, uma das mais importantes funções da cláusula penal, de evitar questionamentos sobre o *dano efetivo*, perderia sua utilidade. Poderia sempre o devedor ajuizar uma ação tendo como objeto comprovar a não-existência de danos.

Em resumo, segundo a tradicional doutrina dualista, a pena objeto da cláusula penal indenizatória não é devida na hipótese de ausência comprovada de danos, porém parece haver elementos para defender tese contrária.

---

<sup>218</sup> *Da responsabilidade civil*, p. 107.

<sup>219</sup> *Direito das obrigações*, p. 732. Vale notar que o comentário refere-se à cláusula penal tratada pelo Código Civil português que, como já visto, é aquela de natureza indenizatória.

## 4.2 A LIMITAÇÃO DO ARTIGO 412 DO CÓDIGO CIVIL

Não obstante tenhamos brevemente referido a limitação contida no artigo 412 do Novo Código Civil, cabem algumas outras considerações sobre a matéria, que é central neste trabalho.

Conforme já mencionado, somos do entendimento de que o Novo Código Civil, da mesma forma que o Código revogado, trata apenas da cláusula penal *indenizatória*, sem, contudo, *impedir* que uma cláusula penal *compulsória* seja criada com fundamento na autonomia privada. Nas palavras de Pinto Monteiro,<sup>220</sup> “a lei define uma espécie de cláusula penal, mas não exclui que outras espécies possam ser acordadas entre os contraentes”.

Ainda que se entenda ser a regra inaplicável à cláusula penal compulsória, a redação do artigo 412 causaria perplexidade ao limitar a penalidade ao valor da obrigação. Isso porque, ainda que as partes criem uma cláusula penal *indenizatória*, ou seja, que tenha como escopo predeterminar o valor da indenização que será devida pelo devedor na hipótese de inadimplemento, os danos *estimados* no momento da contratação poderiam ultrapassar o *valor da obrigação*.

Conforme visto, cabe às partes estipular livremente o valor dos danos que estimam irão decorrer do inadimplemento, havendo em tal convenção uma álea que lhe é inerente, podendo, na prática, os danos serem em valor *maior* ou *menor* que o valor da cláusula penal. O artigo 412, se interpretado literalmente, faz com que a cláusula penal se torne uma mera cláusula de limitação de responsabilidade, já que o devedor sempre poderia argumentar que o valor da pena foi superior ao valor da obrigação, pleiteando, assim, a redução, ainda que ausente qualquer excessividade e, portanto, sem recurso ao artigo 413 do Novo Código Civil.

Além disso, tendo a cláusula penal tratada no Código Civil função *indenizatória*, e sendo sempre possível que o valor da obrigação seja inferior ao valor das perdas e danos decorrentes do inadimplemento, um incorreto entendimento do dispositivo poderia fazer com que o credor não fosse sequer *indenizado* pelos prejuízos decorrentes do inadimplemento, uma vez que a pena poderia ser *sempre* reduzida ao valor da obrigação.

---

<sup>220</sup> *Cláusula penal e indemnização*, p. 493. No mesmo sentido: ALMEIDA COSTA. *Direito das obrigações*, p. 727.

Adicionalmente, se a cláusula penal estivesse, em qualquer hipótese, limitada ao valor da obrigação, o artigo 413 teria pouca ou nenhuma aplicabilidade, já que raramente ocorreria a possibilidade de a pena ser excessiva.

Conforme demonstrado, o artigo 412 parece não estar em conformidade com o regime da cláusula penal *indenizatória* prevista no Código Civil, da mesma forma que seria absolutamente incompatível com a cláusula penal de índole *compulsória*.

O desacerto do legislador não passou incólume à doutrina. Segundo Silvio Rodrigues:<sup>221</sup>

“O novo Código mantém um princípio que no regime de 1916 já não tinha justificativa. E, na sistemática do atual, menos cabimento traz. A manutenção é fruto da pura força da inércia. Uma vez que estava, ficou. (...) A disposição do artigo 412 do Código Civil é inócua, tendo em vista que o seguinte permite a redução eqüitativa pelo juiz, e o art. 416 admite seja estipulada indenização suplementar. (...) Restou, porém, uma disposição vazia, já que o Código permite, às partes, sobrecarregar a cláusula penal com indenização suplementar mesmo quando avençada no limite máximo.”

Conforme Nelson Rosenvald:<sup>222</sup>

“Por outro giro, o art. 412 do Código Civil é inócuo e, provavelmente, mantém-se no Código por força da inércia do legislador que, inadvertidamente, deferiu sobrevida ao artigo 920 do Código Civil de 1916. (...) o dispositivo não só sacrifica qualquer forma de aplicação do artigo 413 do Código Civil, como aniquila a autonomia privada e institui uma cláusula de limitação da obrigação de indenizar.”

Jorge Cesa Ferreira da Silva<sup>223</sup> tem posicionamento diferente. Segundo o autor, trata-se de norma de ordem pública, de natureza protetiva, portanto inafastável pela vontade das partes, e que deve ser entendida da seguinte forma:

“Ao juiz caberá reduzir a pena ao valor da obrigação principal, ainda que as partes tenham acordado de modo distinto. Havendo cláusula de indenização suplementar, o credor receberá o valor da pena até o correspondente à obrigação principal, mas terá de provar seu dano superior.”

Ou seja, segundo Ferreira da Silva, na hipótese de não ser prevista indenização suplementar, a pena estaria limitada ao valor da obrigação, ainda que tal valor fosse inferior ao *dano efetivo* experimentado pelo credor.

---

<sup>221</sup> *Direito civil*, p. 158-159.

<sup>222</sup> *Cláusula penal*, p. 225.

<sup>223</sup> *Inadimplemento das obrigações*, p. 269.

Vejamos qual a melhor interpretação a ser dada ao dispositivo abordado. Inicialmente, há o problema de definir o conceito de *valor da obrigação*. Nas obrigações de pagar uma quantia certa em moeda corrente, tal questão não se põe. No entanto, como já vimos, uma das principais utilidades da cláusula penal é estipular previamente o montante das perdas e danos para o caso de inadimplemento de obrigações cujo valor é de difícil apreciação pecuniária.

Jorge Cesa Ferreira da Silva<sup>224</sup> reconhece a dificuldade de se estabelecer o *valor da obrigação*:

“A redação dada ao então artigo 920 não é infensa a críticas. Em primeiro lugar, o valor da obrigação principal não significa o mesmo que o valor do contrato. O inadimplemento total de um contrato que envolve várias obrigações secundárias, por exemplo, pode ser mais custoso ao credor que o limite proposto. Além disso, o valor da obrigação principal é, a priori, o valor de seu inadimplemento, mas não o valor das perdas e danos. Corresponde somente àquilo que o credor perdeu, mas não ao que ele razoavelmente deixou de lucrar. Por fim, o valor da obrigação principal pode ser, em diversos casos, incerto.”

E propõe o seguinte:

“A doutrina não costuma se posicionar a respeito. A melhor solução parece ser a de ter por ‘obrigação principal’ aquela que seria realizada pela parte à qual o inadimplemento enseja a aplicação da pena. Além disso, por obrigação principal deve-se entender o conjunto de prestações que dizem respeito à prestação principal da outra parte. Assim, na compra e venda de um imóvel, por exemplo, a obrigação principal do vendedor equivalerá não só ao preço do automóvel, mas a este acrescido do frete, pois essa é a prestação correspondente à obrigação principal.”<sup>225</sup>

Não parece tarefa simples determinar, na maioria dos casos, qual o valor da obrigação principal. Além disso, tratando-se de cláusula penal indenizatória, parece não fazer sentido limitar a pena ao valor da obrigação, como propôs Jorge Cesa Ferreira da Silva, pois em tal hipótese a pena funcionaria como mera cláusula de *limitação de responsabilidade*, e seria sempre possível, e inclusive mais provável, que a pena não fosse sequer suficiente para *indenizar* o credor (caso não fosse prevista indenização suplementar).

Além disso, a cláusula penal perderia sua função de prefixação das perdas e danos, na medida em que seria dado ao devedor comprovar que o valor da obrigação é inferior ao

---

<sup>224</sup> *Inadimplemento das obrigações*, p. 264.

<sup>225</sup> *Inadimplemento das obrigações*, p. 268.

da pena. E caso houvesse previsão de indenização suplementar, caberia ao credor *comprovar*, posteriormente, o *dano efetivo* em sua totalidade, o que desvirtuaria por completo o instituto.

Assim, o valor da pena teria utilidade bastante limitada, pois na prática prevaleceria *ou* o valor da obrigação *ou* o valor do dano efetivo, conforme *comprovado* pelo credor. Perder-se-ia por completo a função de prefixação do valor indenizatório. Não parece ser esta a melhor solução. Também não parece o caso de considerar o artigo 412 simplesmente inócuo.

O Código Civil português tem dispositivo semelhante ao artigo 412 do Novo Código Civil. No entanto, é mais acertado tecnicamente ao dispor que: “Art. 811<sup>o</sup>, n. 3: O credor não pode em caso algum exigir uma indenização que exceda **o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal**” (g.n.).

Com efeito, limitar a pena ao valor do prejuízo resultante do *inadimplemento* – e não ao valor da obrigação – parece, desde logo, mais acertado, tendo em vista a natureza *indenizatória* da pena convencional (tal qual concebida pelo Código Civil português, assim como pelo Novo Código Civil).

Mas uma interpretação literal do artigo 811<sup>o</sup>, n. 3 do Código Civil português leva à conclusão de que, em qualquer hipótese, o valor do *dano efetivo* é fator que limita a pena, de forma que seria sempre dado ao devedor comprovar que o valor das perdas e danos foi inferior ao da pena e pleitear, assim, a redução desta.

Mas tal entendimento não é razoável porque elimina, desde logo, a *alea* que é própria da cláusula penal indenizatória, segundo a qual o *dano efetivo* pode ser superior ou inferior ao valor da cláusula penal, tornando a cláusula penal uma mera limitação de responsabilidade.

Conforme Pinto Monteiro:<sup>226</sup>

“Não obstante este modo de interpretar o n<sup>o</sup> 3 do art. 811.<sup>o</sup> ser o que mais parece ajustado aos termos utilizados na sua redação (‘em caso algum’), e de localização sistemática do preceito (inserido numa norma respeitante ao

---

<sup>226</sup> *Cláusula penal e indemnização*, p. 458. Nuno Manuel Pinto Oliveira concorda com tal posicionamento (*Cláusulas acessórias ao contrato*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 87-88).

'funcionamento da cláusula penal') apontar no mesmo sentido, cremos que não será de perfilhar tal entendimento. Ele conduziria, por um lado, a eliminar a doutrina do art. 812.º, uma vez que o tribunal passaria a intervir, por força do n.º 3 do art. 811.º, sempre que o montante da pena excedesse o da indenização, reduzindo-o, automaticamente, até o limite desta, perdendo sentido o poder de fiscalização judicial conferido pelo art. 812.º; e, por outro lado, perfilhar aquele entendimento significaria, ainda, rejeitar totalmente, de facto e *de iure*, o seu carácter de indenização *forfetaire*, convertendo a cláusula penal, como dissemos, num acordo destinado a inverter o ónus da prova a respeito do dano.”

No mesmo sentido entende Calvão da Silva:<sup>227</sup> “Para o caso de existência de cláusula penal sem convenção das partes sobre ressarcibilidade do dano excedente, o art. 811.º, n. 3 não tem nenhuma utilidade”.

Também é nossa opinião não ser razoável entender o artigo 412 do Novo Código Civil literalmente, de forma que o valor da pena esteja *sempre* limitado ao *valor da obrigação*, pelos motivos apresentados e também com fundamento nas lições de Pinto Monteiro.

Segundo esse mesmo autor, não obstante o n. 3 do art. 811º do Código Civil português dizer expressamente que “em caso algum” pode ser afastada a limitação ora discutida, referido dispositivo legal deve ser aplicável somente às hipóteses em que tenha sido prevista *indenização suplementar*. Sua utilidade seria a de limitar o valor da indenização suplementar ao valor do *dano efetivo*, evitando que a pena convencional de carácter indenizatório assumisse contornos compulsórios.<sup>228</sup>

Evita-se então que, juntamente com a previsão de *dano excedente*, seja acordada indenização *superior* àquela a que teria direito o credor se a liquidação se desse de forma ordinária. Como exemplo, analisemos uma hipótese em que as partes hajam estipulado uma pena convencional de 100, e previssem indenização suplementar (portanto, sujeita à produção de provas pelo credor) em quantia que correspondesse a 150% do *dano efetivo* apurado, e que tal dano efetivo tenha sido igual a 120.

Uma vez ocorrido o inadimplemento, teria o credor direito a receber, imediatamente, os 100 e, após a prova do montante do dano efetivo, 120, teria hipoteticamente direito a receber 80 a mais, de forma que receberia ao final 180, valor correspondente a 150% do dano efetivo.

---

<sup>227</sup> *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 266.

<sup>228</sup> *Cláusula penal e indemnização*, p. 460-461.

Nessa hipótese é que atuaria, ainda segundo Pinto Monteiro, a limitação do n. 3 do art. 811º do Código Civil português, limitando o valor da indenização suplementar ao montante do dano efetivo. No exemplo, a indenização suplementar corresponderia a 20, de maneira que o credor recebesse, ao final, quantia igual ao prejuízo experimentado, ou seja, 120.

Feitas essas notas relativamente ao direito português, cabe analisar como deve ser o tratamento dado à limitação prevista no artigo 412 do Código Civil. Subscrevemos o referido posicionamento de Pinto Monteiro no sentido de que a limitação do artigo 412 se aplica somente à cláusula penal *indenizatória* quando prevista *indenização suplementar* de que trata o parágrafo único do artigo 416.

Mas há uma diferença importante entre a redação do Código Civil português e a do brasileiro: enquanto naquele o limite é o valor do prejuízo resultante do inadimplemento, neste o limite é o *valor da obrigação*. Ainda que o limite se aplique, entre nós, somente na hipótese de *indenização suplementar*, não faria sentido limitar tal indenização suplementar ao *valor da obrigação*, que comumente pode ser inferior ao valor do *dano efetivo*.

Quer nos parecer que a única interpretação razoável que se pode atribuir ao artigo 412 do Novo Código Civil é que o limite diz respeito ao valor da obrigação *de indenizar decorrente do inadimplemento da obrigação principal*, assim como ocorre no direito português. Somente desse modo o artigo 412 pode estar de acordo com a natureza *indenizatória* da cláusula penal, e com seu perfil histórico, sua função e utilidade prática.

Parece que nesse ponto são justas também entre nós as palavras de Pinto Monteiro:<sup>229</sup> “Não duvidamos, porém, que a letra da lei é equívoca, e é fundamentalmente por motivos de razoabilidade que limitamos o alcance do n.º 3 do art. 811.º”. Também entre nós a letra da lei é inequívoca quando limita a pena ao “valor da obrigação”, porém é por questão de razoabilidade que se adota o posicionamento acima.

---

<sup>229</sup> *Cláusula penal e indemnização*, p. 461. O trecho supratranscrito diz respeito à expressão “em caso algum” constante do n.º 3 do artigo 811º do Código Civil português, que, segundo o autor, deve ser interpretado razoavelmente, entendendo-se que o preceito não se aplica à totalidade dos casos, não obstante ser claro o texto da lei em sentido contrário. Entendemos que o comentário vale, da mesma forma, em relação à expressão “obrigação principal” constante do artigo 412 do Novo Código Civil que, não obstante sua redação inequívoca, deve ser interpretado sistematicamente conforme aqui proposto, entendendo-se que o limite diz respeito ao valor da obrigação de indenizar decorrente do inadimplemento da obrigação principal.

Em síntese, entendemos que a limitação do artigo 412 do Novo Código Civil aplica-se somente às cláusulas penais de índole *indenizatória* e havendo previsão de indenização suplementar, sendo o *teto legal* correspondente ao valor da obrigação de indenizar decorrente do inadimplemento da obrigação principal.

#### 4.2.1 O Artigo 412 e o Enriquecimento sem Causa

No que diz respeito à possibilidade de a cláusula penal ter valor *superior* ao da obrigação principal, transcrevemos aqui o entendimento de Judith Martins-Costa.<sup>230</sup>

“A solução, para além do 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 obrigação. **Não pode, por certo, ultrapassá-lo, pena de enriquecimento injustificado. Daí o ‘teto’, ou limite, estabelecido no artigo 412.**” (g.n.)

Giovanni Ettore Nanni<sup>231</sup> também analisou a questão sob o prisma da teoria do enriquecimento sem causa. Após reconhecer a existência das teorias *unitária* e *dualista* da cláusula penal, e referir que tal diferenciação não interfere na análise da atuação do princípio que veda o enriquecimento sem causa, sustenta o seguinte:

“Tendo em vista que a cláusula penal é inserida nas relações jurídicas no âmbito da autonomia privada das partes contratantes, ocorre uma restrição a esta autonomia, porque **não podem estipular previamente as perdas e danos em valor superior ao da obrigação principal.**” (g.n.)

Embora o último autor citado ressalve que, na hipótese do artigo 416, parágrafo único, seja possível que o valor total a ser desembolsado pelo devedor a título de perdas e danos exceda o da obrigação principal, parece não admitir a estipulação da cláusula penal, desde o início, em quantia superior à da obrigação principal.

Não podemos concordar com a posição defendida pelos dois referidos autores. Inicialmente, é necessário desde logo deixar claro que, em conformidade com a teoria dualista, o artigo 412 se aplica tão somente à cláusula penal *indenizatória*, mas não à compulsória.

---

<sup>230</sup> *Comentários ao novo Código Civil*, p. 453.

<sup>231</sup> *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 381 e seguintes.

Além disso, mesmo tratando-se de cláusula penal indenizatória, é sempre possível que o valor da pena seja *superior* ao da obrigação principal e, ainda assim, se mostrar *inferior* ao prejuízo efetivamente sofrido pelo credor. Como falar em *enriquecimento sem causa* se o credor recebeu valor *inferior* ao prejuízo efetivamente sofrido?

E como já referido, se eventualmente o valor da pena for *superior* ao prejuízo sofrido, ou à obrigação principal, não há que se falar em enriquecimento sem causa, tendo em vista a *alea* que é natural da avença, podendo o *dano efetivo* ser inferior ou superior ao valor da pena. Tal *alea* é inerente à cláusula penal indenizatória, ressalvadas as hipóteses de excessividade, que são objeto do artigo 413 do Novo Código Civil.

Nesse sentido o posicionamento de Nelson Rosenvald, com o qual concordamos:

“Frequentemente o valor da pena será superior ao dano efetivamente sofrido pelo credor, sem que esse fato possa ser reputado como locupletamento ilícito. Essa asserção vale para a cláusula penal de pré-fixação de perdas e danos e, mais ainda, para a cláusula *penal stricto sensu*.”<sup>232</sup>

Por tal motivo, como já referido, o artigo 412 somente pode ser aplicado relativamente à indenização suplementar. Ainda assim, somente poder-se-ia falar em *enriquecimento sem causa* na hipótese em que, conforme já sustentamos, em função da previsão de indenização suplementar o credor venha a receber quantia superior ao prejuízo efetivamente sofrido.

Também para a análise da ocorrência de *enriquecimento sem causa* parece não ser relevante o valor da obrigação principal, mas somente do *dano efetivo*, pelos mesmos motivos já referidos.

#### **4.3 A REDUÇÃO POR MANIFESTA EXCESSIVIDADE. ARTIGO 413 DO NOVO CÓDIGO CIVIL**

Conforme já referimos, entendemos que os artigos 408 a 416 do Novo Código Civil aplicam-se somente à cláusula penal *indenizatória*.

---

<sup>232</sup> *Cláusula penal*, p. 247.

Figuremos, no entanto, a hipótese de uma cláusula penal de caráter *compulsório*, prevista para a hipótese de inadimplemento absoluto e cumulativamente com a indenização por perdas e danos, cujo valor fosse absolutamente exorbitante. Poderia o legislador aplicar a redução com fundamento no artigo 413?

A questão é tormentosa. Assumindo que a resposta seja positiva, teríamos, no mínimo, uma incongruência, pois o artigo 412 não seria aplicável à espécie, como visto, enquanto que o artigo seguinte seria.

Nesse ponto, seguimos a teoria de Pinto Monteiro, para quem a redução se aplica, “mesmo que só indirectamente ou por analogia, igualmente a outras espécies de penas convencionais (...) porque, ao nosso ver, aquela norma encerra um princípio de alcance geral, destinado a corrigir excessos ou abusos decorrentes do exercício da liberdade contratual”,<sup>233</sup> conclusão que entendemos aplicável também entre nós.

Além disso, de qualquer maneira a redução na hipótese de cláusula penal *compulsória* seria cabível, ao nosso ver, com fundamento no artigo 187 do Código Civil brasileiro, que está situado na Parte Geral e, portanto, se aplica a todos os livros da Parte Especial, notadamente no Livro do Direito das Obrigações. Nesse sentido a lição de Daniel Boulous:<sup>234</sup>

“A regra do artigo 187 do Código Civil foi estrategicamente inserida na Parte Geral do Código Civil. Este é o local em que ela deve, efetivamente, figurar. E a razão para tanto foi justamente a de possibilitar que os efeitos dela emanados atingissem, indistintamente, cada uma das relações jurídicas que foram especialmente disciplinadas na Parte Especial do Código.”

Como visto, a redução da cláusula penal *compulsória* também é admitida no Brasil. No entanto, os critérios para apuração da ocorrência de excessividade devem ser distintos conforme se trate de cláusula penal *indenizatória* ou *compulsória*, matéria esta objeto do próximo capítulo.

#### 4.4 INDENIZAÇÃO PELO DANO EXCEDENTE

A possibilidade de estipulação de *indenização* pelo dano excedente, de que trata o parágrafo único do artigo 416 do Código Civil, é *incompatível* com a idéia de cláusula penal

---

<sup>233</sup> *Cláusula penal e indemnização*, p. 495.

<sup>234</sup> *O abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006, p. 147.

*sancionatória*. Seu âmbito de aplicação está restrito às cláusulas penais de prefixação de perdas e danos, quando haja expressa previsão contratual nesse sentido.

Isso porque, como observa Nuno Manuel Pinto Oliveira,<sup>235</sup> a existência e o montante dos danos são irrelevantes quanto se trata de cláusula penal meramente compulsória, pois nesta o credor tem direito a exigir a pena e, *cumulativamente*, o cumprimento da obrigação, e quando se tratar de cláusula penal *em sentido estrito* o credor tem a faculdade de optar entre o cumprimento e a pena (que, vale lembrar, não terá natureza de indenização).

Havendo previsão de indenização pelo dano excedente, e optando o credor por buscar indenização por tal dano excedente, caberá a ele comprovar a *totalidade* do dano sofrido, a fim de verificar se há algo *a mais* a ser ressarcido. É importante notar que, ainda que o *dano efetivo* que venha a ser apurado pelas vias ordinárias seja *inferior* ao valor da cláusula penal, o credor continuará a ter direito ao valor previsto na cláusula penal.

Ou seja, a apuração do prejuízo real em função da cláusula de indenização pelo dano excedente não poderá, em nenhuma hipótese, prejudicar o credor, fazendo com que ele tenha direito a uma indenização *inferior* ao valor *prefixado* a que tinha direito, com fundamento na cláusula penal, antes da apuração dos danos.<sup>236</sup>

---

<sup>235</sup> *Cláusulas acessórias ao contrato*, p. 104.

<sup>236</sup> Sobre o tema, vide OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas acessórias ao contrato*, p. 105 e seguintes.

## 5

## REVISÃO JUDICIAL DA CLÁUSULA PENAL

## 5.1 INTRODUÇÃO

Como se verificou, a totalidade dos Códigos analisados, exceção feita ao Código Civil espanhol,<sup>237</sup> confere ao juiz o poder de reduzir o valor da cláusula penal nos casos em que for manifestamente excessiva ou abusiva. Mesmo o *Code*, que não admitia originariamente a revisão judicial (exceto nos casos de pagamento parcial), foi alterado por meio da reforma de 1975, atendendo ao clamor da jurisprudência, para acolher a revisão por manifesta excessividade. No Brasil, na vigência do Código de 1916, não havia semelhante previsão, que veio a ser inserida no diploma de 2002, por meio do artigo 413.

No artigo 413, o codificador fez uso de um conceito legal indeterminado – *manifesta excessividade*. Segundo Nelson Nery Junior, conceitos legais indeterminados são “palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo esse conceito é abstrato e lacunoso”.<sup>238</sup>

Trata-se de técnica legislativa que, ao lado das *cláusula gerais*,<sup>239</sup> confere *mobilidade* ao sistema, evitando que um Código crie um sistema *rígido e fechado*, características que marcaram as codificações de inspiração oitocentista. A utilização de cláusulas gerais é, inclusive, indicada como um relevante motivo pelo qual o BGB permanece atual. Os conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, por outro lado,

---

<sup>237</sup> Isabel Espín Alba, em obra que teve como foco estudar as possibilidades de *moderação* da pena convencional no direito espanhol, ressalta que “no se modera por ser un valor excesivo em si mismo, sino porque hubo un cumplimiento, aunque parcial o irregular. Solo eventualmente alguna Sentencia Del Tribunal Supremo destaca el valor excesivo, de una pena moderada, pero en todo caso en el marco de un incumplimiento parcial o irregular” (*La cláusula penal*, p. 96). Javier González entende da mesma maneira, e afirma que, para que seja dado ao juiz interferir no contrato, que é lei entre as partes, deve haver uma autorização legal expressa, a qual não está presente no artigo 1.154 do Código Civil espanhol no que diz respeito à cláusula penal para inadimplemento absoluto. Acaba o autor, no entanto, por concluir ser possível a redução da pena convencional para a hipótese de inadimplemento total, com fundamento no artigo 1.103 do Código Civil espanhol, desde que esteja presente o requisito da *negligência* (*La obligación con cláusula penal*, p. 465 e seguintes).

<sup>238</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: RT, 2002, p. 5.

<sup>239</sup> As cláusulas gerais “são orientadoras sob a forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que dão liberdade para decidir” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*, p. 6).

certamente conferem maior poder ao magistrado, criando certo grau de incerteza no sistema.

Ainda que respeitado o referido parâmetro, podem ocorrer *abusos*,<sup>240</sup> motivo pelo qual é relevante a alteração trazida pelo Novo Código Civil, a fim de evitar que, no exercício do *direito subjetivo* de exigir a pena, o credor exceda os limites impostos pela *boa-fé*. Assim, há interesse em verificar quais são os requisitos e critérios a serem utilizados pelo juiz na redução da pena.

Quanto à sua obrigatoriedade, cumpre ressaltar que o artigo 413 é, sem dúvida, norma de *ordem pública*,<sup>241</sup> inafastável pela vontade das partes e, portanto, *limitadora* da autonomia privada, seguindo assim a inspiração do Código, que se afastou do modelo individualista. Há entendimento doutrinário no sentido de que as partes podem, no próprio contrato, ajustar parâmetros para a redução, embora tal previsão ainda esteja sujeita ao crivo judicial.<sup>242</sup> Entendemos que essa previsão contratual será, em qualquer caso, inválida, por fraudar norma imperativa, cabendo ao juiz o poder de decidir desconsiderando totalmente o quanto estipulado pelas partes.

---

<sup>240</sup> Não concordamos com a posição adotada por Attila de Sousa Leão Andrade Júnior, de que “excessivo somente poderá ser considerado se o valor da cláusula penal, seja na hipótese de punição e compensação pelo inadimplemento da obrigação ou de sua mora, exceder o valor da obrigação principal inadimplida ou em mora” (*Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 311, v. II: Direito das obrigações). Isso porque, se assim fosse, seria absolutamente desnecessária a regra do artigo 413, além do que, como visto acima, cuida-se – a manifesta abusividade – de conceito legal indeterminado, a ser concretizado pelo juiz, não sendo necessário e tampouco correto procurar no texto legal um critério objetivo, como pareceu fazer o autor.

<sup>241</sup> No mesmo sentido entende Jorge Cesa Ferreira da Silva: “Não se trata aqui exclusivamente da utilização da autonomia privada, mas sim de outros valores especialmente tutelados pelo Novo Código Civil. O artigo 413 sustenta-se no equilíbrio e na vedação do excesso, que são especialmente garantidos no novo texto (cf. p. ex., arts. 187, 317, 478), sempre de modo cogente” (*Inadimplemento das obrigações*, p. 280). Outra não é a posição de Antonio Pinto Monteiro: “Trata-se, como começámos por referir, de uma posição correcta e adequada, em ordem a controlar, de modo específico, o exercício, pelo credor, do direito à pena, impedindo actuações abusivas deste. Daí, justamente, que o poder de redução não possa ser afastado por convenção das partes”. No mesmo sentido a lição de Annibale Marini, *La clausola penale*, p. 150, Von Thur, *Tratado de las obligaciones*, p. 455, e de Silvio Rodrigues, *Direito civil*, p. 275. Diverso é o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira, para quem, “sendo, no código, instituído o princípio com caráter privado, é suscetível de derrogação pelas partes, que têm, portanto, a liberdade de ajustar o limite da redutibilidade, ou ainda a própria irredutibilidade, tanto mais que a finalidade cogente da pena convencional poderia frustrar-se com a perspectiva de sua diminuição, e o ajuste contrário restituir-lhe todo o prestígio” (*Instituições de direito civil*, p. 161). O Enunciado 356 do Conselho de Justiça Federal tratou da matéria nos seguintes termos: “Não podem as partes renunciar à possibilidade de ser reduzida a cláusula penal, se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, por se tratar de preceito de ordem pública”.

<sup>242</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, p. 468.

## 5.2 O ABUSO DO DIREITO E A BOA-FÉ OBJETIVA COMO FUNDAMENTOS DA REVISÃO JUDICIAL

O artigo 413 do Novo Código Civil tem como objetivo evitar que o credor, ao exercer o *direito* à pena, opere de maneira *abusiva*, cometendo assim *ato ilícito*.<sup>243</sup> De se notar, desde logo, que a redução da pena não tem fundamento na proibição da lesão (artigo 157 do Código Civil).

Com efeito, a lesão é um vício do negócio jurídico que está umbilicalmente ligado à sua formação. É no momento de celebração do negócio que se deve apurar se o contratante obrigou-se “sob premente necessidade, ou por inexperiência” e, sendo essa a hipótese, o negócio jurídico é anulável, nos termos do artigo 171, II, do Código Civil.

Conforme Andrea Zoppini:

“Né può identificarsi il fondamento dell’art. 1384 c. civ. nella tutela del contraente debole, e porsi così un problema de equilibrio tra le rispettive condizioni delle parti, in quanto la situazione di inferiorità del debitore al momento della conclusione del contratto non ha rilevanza alcuna rispetto all’ambito di protezione della norma.”<sup>244</sup>

A aferição da *manifesta excessividade* não deve ocorrer momento da contratação, mas quando do *exercício* do direito à pena.<sup>245</sup> Pode acontecer, inclusive, de a pena se mostrar razoável no momento da contratação mas, no momento em que for exigida, ter-se tornado *excessiva*.<sup>246</sup>

---

<sup>243</sup> Nos termos do artigo 187 do Novo Código Civil, “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

<sup>244</sup> *La pena contrattuale*, p. 256. Tradução livre: “Nem se pode identificar o fundamento do artigo 1.384 c. civ. na tutela do contraente fraco, e se colocar assim o problema do equilíbrio entre as respectivas condições das partes, enquanto a situação de inferioridade do devedor no momento da conclusão do contrato não tem relevância alguma em relação ao âmbito de proteção da norma”.

<sup>245</sup> “De modo geral, é o momento do incumprimento o que permitirá identificar a relação entre dano e pena, de modo que este deve ser preferido” (FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações*, p. 277). O autor admite, no entanto, em hipóteses excepcionais, a arguição anterior ao inadimplemento.

<sup>246</sup> Nesse sentido a lição de Antonio Pinto Monteiro: “Ainda que ela [pena] haja sido estipulada em termos razoáveis, será abusivo, porque contrário à boa-fé, exigir o cumprimento integral de uma pena que as circunstâncias presentes mostram ser manifestamente excessiva, em termos de ofender a equidade” (*Cláusula penal e indemnização*, p. 724). Nelson Rosenvald entende da mesma forma: “O poder de redução judicial não se localiza no plano genético da validade do negócio jurídico, mas no exercício desequilibrado da cláusula penal. Isso significa que, ab initio, a pena poderia até mesmo ter sido estipulada em bases proporcionais, sem que o credor tivesse se aproveitado da inexperiência ou necessidade do devedor. (...) Não se indaga sobre a boa-fé ao tempo da contratação, mas se o credor agiu conforme esse princípio ao exigir a pena de forma manifestamente excessiva” (*Cláusula penal*, p. 240 e 242).

Trata-se de manifestação do princípio que veda o abuso de direito,<sup>247</sup> o qual é corolário da cláusula geral da boa-fé.

Conforme Nelson Rosenvald:<sup>248</sup>

“O verdadeiro critério do abuso do direito no campo das obrigações, por conseguinte, parece se localizar no princípio da boa-fé, pois em todos os atos geralmente apontados como de abuso de direito estará presente uma violação ao dever de agir de acordo com os padrões de lealdade e confiança, independentemente de qualquer propósito de prejudicar.”

No mesmo sentido entende Andrea Zoppini,<sup>249</sup> para quem “Il limite che emerge – talvolta segnalato dalla giurisprudenza – attiene pertanto alla idoneità della clausola penale eccessiva a realizzare un abuso ai danni del debitore e, in sostanza, a violare il principio di buona fede”.

A sanção imposta pelo legislador não importa em *invalidar* ou *obstar por completo* o exercício do direito à cláusula penal, mas apenas em *conformar* tal exercício com os ditames impostos pela boa-fé, por meio da *extirpação* do excesso, eliminando-se assim somente o *abuso*.<sup>250</sup>

## 5.3 PRESSUPOSTOS

### 5.3.1 Requerimento do Interessado

O artigo 413 do Código Civil determina que o juiz *deve* reduzir a pena quantitativamente quando preenchidos os requisitos legais. Assim, cumpre indagar: o juiz

<sup>247</sup> O abuso é vedado no exercício de qualquer direito, inclusive todos aqueles oriundos do contrato. Segundo Daniel Boulos, “no Brasil, na esteira da interpretação correta do artigo 187 do Código Civil, todos os direitos previstos em qualquer contrato devem ser exercidos de acordo com os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelo fim econômico e social do referido contrato” (*O abuso do direito no novo Código Civil*, p. 245).

<sup>248</sup> *Cláusula penal*, p. 243.

<sup>249</sup> *La pena contrattuale*, p. 256. Tradução livre: “O limite que emerge – por vezes assinalado pela jurisprudência – está relacionado portanto à idoneidade da cláusula penal excessiva a realizar um abuso a dano do devedor e, em substância, a violar um princípio de boa-fé”. No mesmo sentido, Pinto Monteiro: “O fundamento que subjaz do artigo 812.º é o princípio da boa-fé, o nível do *exercício* de determinado direito. (...) Não se trata, portanto, de uma questão da boa-fé na estipulação da cláusula penal – o que não implica, é óbvio, que esse seja um fator irrelevante –, mas, fundamentalmente, de averiguar se o credor, ao *exercer* o seu direito à pena, *age* de acordo com aquele princípio” (*Cláusula penal e indemnização*, p. 731 e 733).

<sup>250</sup> “Assim, ao moderar a cláusula penal excessiva, nada mais faz o julgador que frear o exercício abusivo de um direito, mitigando a eficácia da pena, jamais a invalidando. A pretensão do credor não será neutralizada, mas a exigibilidade será controlada a limites eqüitativos” (ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal*, p. 241).

pode reduzir a pena de ofício, ainda que não haja pedido nesse sentido pelo prejudicado, ou é necessário que haja tal requerimento?

Judith Martins-Costa<sup>251</sup> ressalta que o Código foi omissivo nessa questão – diferentemente do BGB, que, em seu artigo 343, exige o requerimento do devedor – e conclui que, em seu entendimento, no sistema do Novo Código Civil o pedido, embora conveniente, é desnecessário: “o juiz deve reduzir de ofício”.

Para Nelson Rosenthal, “nosso Código Civil foi incisivo quanto à redução *ex officio* da cláusula penal”.<sup>252</sup>

Não nos parece que da redação da cláusula 413 do Código Civil, que impõe o *dever* de redução, se possa inferir, automaticamente, a possibilidade de redução *ex officio*. Até porque, quando o legislador pretendeu legitimar a atuação de ofício do magistrado, o fez expressamente, tal como se verifica da redação dos artigos 210, 1.191, § 1º, 1.979 do Código Civil.

Além disso, a natureza *cogente* da norma também não implica que o juiz deva conhecer da matéria de ofício. Com efeito, a *lesão*, que é certamente instituto de natureza cogente, leva apenas à *anulação* do contrato, nos termos do artigo 171, II, do Código Civil, portanto somente apreciável pelo juiz mediante requerimento, podendo inclusive o contrato *lesivo* ser confirmado pelas partes (artigo 172).

De se notar que os interesses tutelados pela cláusula penal são, em geral, *disponíveis*. Segundo Jorge Cesa Ferreira da Silva,

“não parece ser aceitável que o juiz, no perímetro da aplicação do Código Civil, venha a conhecer, sem provocação da parte, o desequilíbrio da cláusula, seja em razão do pagamento parcial, seja a propósito de outro excesso. Veja-se que aqui se trata de direitos disponíveis de natureza patrimonial, atribuídos a pessoas que, pretensamente, não necessitam de uma especial tutela. (...)”

Parece assim desnecessário e desaconselhável aceitar a revisibilidade da cláusula penal de ofício pelo juiz, mesmo em hipóteses de pagamento parcial e nada obstante a imperatividade do verbo utilizada pelo legislador.”<sup>253</sup>

---

<sup>251</sup> *Comentários ao novo Código Civil*, p. 466.

<sup>252</sup> *Cláusula penal*, p. 251. Nos termos do Enunciado 356 do Conselho de Justiça Federal: “Nas hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício”.

<sup>253</sup> *Inadimplemento das obrigações*, p. 281.

Por tais motivos, entendemos que o requerimento do interessado é requisito essencial para a redução da penalidade, que, portanto, não deve ocorrer *ex officio*.

### 5.3.2 Momento da Arguição

Em linha com o quanto já defendido, a análise do cabimento da *revisão* da cláusula penal somente pode ocorrer quando a pena for *exigida*, sendo certo que, para tanto, deve ter-se tornado *exigível*.

Com efeito, se a *manifesta excessividade* está relacionada ao *exercício* do direito à pena, portanto não há que se falar em revisão antes que seja exercido tal direito. A apuração da manifesta excessividade somente deve ocorrer, inclusive, após o inadimplemento, quando conhecidos os danos dele decorrentes.

Além disso, como observa Pinto Monteiro,<sup>254</sup> deve o juiz levar em conta, no julgamento do pedido de revisão, a gravidade da infração e o grau de culpa do devedor, o que pode ocorrer somente após o inadimplemento, quando então já será exigível a pena. Adicionalmente, tratando-se de cláusula penal *stricto sensu*, não há sequer interesse em se discutir sobre a manifesta excessividade da pena antes de esta ser exigida, já que o credor pode optar pela execução específica da obrigação.

Cabe perquirir, ainda se a redução pode ser pleiteada mesmo após o pagamento integral da pena efetuado pelo devedor.

O BGB, no § 343, exclui expressamente a possibilidade de se pleitear a redução quando a pena já tiver sido paga. Parece-nos que nada obsta que, no direito brasileiro, a redução seja pleiteada mesmo após o pagamento da penalidade. Poder-se-ia objetar, no entanto, que o devedor, ao pleitear a redução, estaria agindo contrariamente a um ato anterior seu, de modo que seria então aplicável a teoria do *venire contra factum proprium*,<sup>255</sup> corolário do princípio da boa-fé. Contudo, a teoria do *factum proprium*, em nossa opinião,

---

<sup>254</sup> *Cláusula penal e indemnização*, p. 734. No mesmo sentido, a lição de Von Thur: “Para la reducción de la pena deberán tenerse en cuenta asimismo: la gravedad de la infracción del contrato, el grado de culpa, las ventajas que para el deudor suponga la infracción del contrato, y excepcionalmente la situación económica y solvencia de las partes” (*Tratado de las obligaciones*, p. 455).

<sup>255</sup> Vide, por todos, MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé no direito civil*, p. 742 e seguintes.

parece não se sobrepor ao direito do devedor de comprovar a manifesta excessividade e buscar a repetição do que houver pago a mais.

### 5.3.3 *Manifesta Excessividade*

Embora *eqüidade* e *manifesta excessividade* sejam conceitos legais indeterminados, há critérios que, especificamente em relação à cláusula penal, podem ser utilizados pelo aplicador do direito na apreciação do pedido de redução da pena.

Inicialmente, há que se verificar que não basta que a pena seja excessiva para que tenha lugar a revisão judicial; a pena deve ser *manifestamente* excessiva, ou seja, a excessividade deve ser flagrante, indiscutível, inegável, notória.<sup>256</sup>

Com efeito, não é qualquer *excesso* que autoriza o juiz a interferir no poder das partes de *auto-regulamentarem* seus interesses. Se a *excessividade* somente fosse suficiente, significaria uma *drástica* redução da autonomia privada em matéria de cláusula penal, e poderia reduzir o instituto a um mero acordo de limitação de responsabilidade.

Ou seja, a redução por manifesta excessividade é remédio *excepcional*.<sup>257</sup> Não é suficiente que o valor do *dano efetivo* seja maior ou menor que a pena para se rever o valor da penalidade estipulado pelas partes no exercício da autonomia privada.

Caberá ao magistrado analisar, além da correlação entre *dano efetivo* e pena, que “é o primeiro fator, de cariz objectivo, a considerar”,<sup>258</sup> outros fatores de natureza subjetiva para concluir se, ao exercitar o direito à pena, agiu o credor abusivamente, violando o princípio da boa-fé.

---

<sup>256</sup> Conforme definição do termo “manifesto” trazida no *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

<sup>257</sup> “(...) a intervenção judicial de controlo do montante da pena não pode ser sistemática, antes deve ser excepcional e em condições e limites apertados (...)” (CALVÃO DA SILVA, João. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 273).

<sup>258</sup> PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula penal e indemnização*, p. 741.

Pinto Monteiro<sup>259</sup> sugere que a *excessividade* seja apreciada, do ponto de vista subjetivo, tendo em vista a gravidade da infração, o grau de culpa do devedor, as vantagens que terá por conta do descumprimento, o interesse do credor na prestação, sua boa-fé, a índole do contrato, as características em que foi negociado, especialmente as contrapartidas obtidas pelo devedor em função da estipulação da cláusula penal.

O próprio Código já fornece ao intérprete um norte ao expressar que a excessividade deve ser apreciada levando-se em conta a *natureza* e a *finalidade* do negócio. Entendemos que seria mais oportuno que o Código fizesse referência, para fins de clareza, à *natureza* e *finalidade* da própria cláusula penal.

Não há dúvida, no entanto, de que esses critérios devem ser analisados considerando-se sempre qual a *espécie* de cláusula penal em questão, se *compulsória* ou de *prefixação de perdas e danos*.

Em se tratando de cláusula penal *indenizatória*, de grande importância verificar o montante do dano efetivo *vis a vis* o valor da pena. Como já exaustivamente sublinhado, o fato de a pena ser maior que o dano, por si só, não autoriza a redução da pena, pois se trata de circunstância abrangida pela *alea* inerente à cláusula. “[S]ó grandes desproporções dentre prejuízo causado e cláusula penal são passíveis de eliminação da parte abusiva.”<sup>260</sup>

---

<sup>259</sup> PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula penal e indemnização*, p. 744. Andrea Zoppini tem entendimento similar: “Tale limiti, quindi, potrà concretizzarsi solo in relazione ai caratteri del rapporto e al programma obbligatorio, alla natura della prestazione, alla situazione economica in cui si trova il debitore e quella più generale del mercato; tenuto altresì conto dei possibili mutamenti di questi fattori, in ragione del fatto che la clausola penale è pattuita in funzione regolativi di un congegno futuro del debitore” (*La pena contrattuale*, p. 261). Tradução livre: “Tais limites, portanto, poderão concretizar-se somente em relação aos caracteres da relação e ao programa obrigatório, à natureza das prestações, à situação econômica na qual se encontra o devedor e aquela mais geral do mercado; tendo ainda em consideração as possíveis alterações destes fatores, em razão do fato que a cláusula penal é pactuada em função de regular um comportamento futuro do devedor”. No mesmo sentido, mas indo um pouco além ao cuidar da questão da boa-fé da parte inadimplente, Calvão da Silva: “Na apreciação do carácter manifestamente excessivo da cláusula penal, o juiz não deverá deixar de atender à natureza e condições de formação do contrato (por exemplo, se a cláusula foi contrapartida de melhores condições negociais); à situação respectiva das partes, nomeadamente a situação econômica e social, os seus interesses legítimos, patrimoniais e não patrimoniais; à circunstância de se tratar ou não de um contrato de adesão; ao efectivo prejuízo sofrido pelo credor; às causas explicativas do não cumprimento da obrigação, em particular à boa-fé ou má-fé do devedor (aspecto importante, se não mesmo determinante, parecendo não se justificar geralmente o favor da lei ao devedor de manifesta má-fé e culpa grave, mas somente ao devedor de boa-fé que prova a sua ignorância ou impotência de cumprir) (...)” (*Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 274).

<sup>260</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal*, p. 224.

Por outro lado, em se tratando de cláusula penal de natureza *compulsória*, deve-se ter em mente que a pena foi estipulada com o intuito de *compelir* o devedor a cumprir a obrigação, e não de prefixar perdas e danos. Deve o juiz analisar a presença de *manifesta excessividade* tendo em vista não somente o valor do *dano efetivo*,<sup>261</sup> mas principalmente qual o montante que seria *razoavelmente* necessário para compelir o credor a adimplir a obrigação.<sup>262</sup>

Enfim, não há critérios absolutos para se considerar excessiva determinada pena convencional, pelo que a apreciação deve ser feita caso a caso, com ampla liberdade de apreciação pelo juiz. Como observa Annibale Marini<sup>263</sup> relativamente ao artigo 1.384 do Código Civil italiano, de redação bastante similar ao artigo 413 do Código Civil:

“Ora, dal testo dell’art. 1384 è possibile rilevare l’assoluta mancanza di un criterio determinativo dell’attività del giudice il quale dovrà decidere solo sulla base del suo apprezzamento soggettivo alla luce delle concezioni correnti nella coscienza sociale.”

Mas é importante lembrar que a redução judicial não deve prejudicar o *legítimo* interesse do credor na pena, como observa Calvão da Silva:<sup>264</sup>

“A questão está, por isso, em encontrar uma solução que, evitando resultados extremos, corrija os abusos sem matar o legítimo e salutar valor cominatório da cláusula penal, importante e às vezes essencial para compelir ao cumprimento devedores recalcitrantes que oferecem resistências injustificadas, prejudiciais ao credor e à segurança e desenvolvimento do comércio jurídico.”

---

<sup>261</sup> Pois é natural que, na cláusula penal compulsória, o valor da pena seja superior ao *dano efetivo*, já que foi criada desde sua origem com o intuito de impor ao devedor uma sanção *mais gravosa* que o simples pagamento das perdas e danos. Com efeito, se as partes estipulassem a pena tendo em visto o valor *razoavelmente esperado* dos danos advindos do descumprimento, estaríamos frente a outra espécie de cláusula penal.

<sup>262</sup> Nas palavras de Pinto Monteiro: “Do que se trata, então, fundamentalmente, é de perguntar pelo montante necessário para estimular o devedor a cumprir e, partindo do prioritário interesse do credor ao cumprimento, para o reforço e protecção do qual a cláusula foi estipulada, se preocupe em averiguar se o montante que se convencionou era adequado, segundo um juízo de razoabilidade, à eficácia da ameaça, que a pena consubstancia” (*Cláusula penal e indemnização*, p. 745) No mesmo sentido Nelson Rosenthal: “Nessa situação, a finalidade do credor foi compelir o devedor ao cumprimento. Por isso, o valor da pena se mostrou propositadamente superior ao suposto prejuízo. Trata-se de cláusula penal stricto sensu. Cumpre investigar a adequação entre o montante da pena e o escopo visado pelas partes não mais pelo ângulo da simples liquidação de danos, mas pela aptidão da pena em exercer persuasão sobre o devedor” (*Cláusula penal*, p. 228).

<sup>263</sup> *La clausola penale*, p. 148. Tradução livre: “Ora, do texto do artigo 1.384 é possível observar a absoluta falta de um critério determinativo da atividade do juiz o qual deverá decidir somente com base na sua apreciação subjetiva à luz das concepções correntes na consciência social”.

<sup>264</sup> *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 272.

Vale observar que a liberdade concedida ao juiz para apreciação da *manifesta excessividade* não se confunde com apreciação *discricionária*.

Gisele Santos Ferreira Góes,<sup>265</sup> ao analisar a questão da atuação do juiz em face dos conceitos jurídicos indeterminados, assevera que o poder discricionário, assim entendido aquele que diz respeito à conveniência e oportunidade do ato, é “diametralmente oposto aos objetivos que norteiam os conceitos jurídicos indeterminados”, tendo em vista que,

- “a) no poder discricionário, vigora uma pluralidade de soluções justas, enquanto nos conceitos jurídicos indeterminados, só é permitida uma única solução justa;
- b) na discricionariedade, há a liberdade de opção entre alternativas justas e, ao contrário, nos conceitos subsiste apenas a subsunção a uma categoria legal circunscrita ao caso concreto;
- c) o poder discricionário se fundamenta em critérios extrajurídicos, como no caso em que o Poder Público resolve designar funcionários para as eleições e se pauta sob determinados critérios. Na esfera dos conceitos legais indeterminados, não incide a vontade do aplicador; e
- d) no rumo da discricionariedade, o juiz não detém poder de fiscalização e, na direção oposta, os conceitos indeterminados dão ensanchas à atividade judicial fiscalizadora, posto que parte de uma situação determinada.”

Ainda segundo essa mesma autora, a atividade judicial frente aos conceitos vagos, termos indeterminados ou cláusulas gerais é a de *interpretar* a lei, ou seja, as questões relativas a esses temas são analisadas “pelo que se compreende da lei e não que se tenha conveniência pela lei para o juiz agir como queira”,<sup>266</sup> com fundamento nos princípios gerais do direito.

A partir do princípio da equidade, e valendo-se dos critérios objetivos supra-enunciados, o juiz deve *interpretar* a norma, aplicando-a ao caso concreto, sendo esta atividade *vinculada* (e não discricionária), cabendo ao juiz alcançar a solução *ótima* dentro do sistema.

---

<sup>265</sup> GÓES, Gisele Santos Ferreira. Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? ênfase nos princípios jurídicos. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento jurídico*. São Paulo: Manole, 2006, p. 73 e seguintes. A autora ressalva, com propriedade, que embora a presença de discricionariedade não seja a regra em decisões judiciais, pode ocorrer quando houver disposição legal expressa nesse sentido, tal como ocorre relativamente ao artigo 461, § 5º, do Código de Processo Civil, segundo o qual cabe ao juiz decretar, de ofício, a medida de apoio a ser utilizada para cumprimento da tutela específica nas obrigações de fazer. Isso porque, nessa hipótese, fará uso de critérios *extrajurídicos* para decidir qual a medida mais apropriada para o alcance do objetivo buscado.

<sup>266</sup> GÓES, Gisele Santos Ferreira. Termos jurídicos indeterminados, p. 93.

#### 5.4 REDUÇÃO NA HIPÓTESE DE CUMPRIMENTO PARCIAL

Em matéria de redução por cumprimento parcial, também se deu uma importante alteração no Novo Código Civil, como se verifica do cotejo dos artigos que cuidam do tema no Código revogado e no atual:

Artigo 924 do Código revogado: “Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir **proporcionalmente** a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento”. (g.n.)

Artigo 413 do Código atual: “A penalidade deve ser reduzida **equitativamente** pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte (...)”. (g.n.)

Ou seja, a redução deve ser *equitativa* e não mais *proporcional*. Com efeito, o termo *proporcional* dava a entender que, se ocorresse o cumprimento de 50% da obrigação, esse mesmo percentual deveria ser utilizado para redução da penalidade. Como refere Nelson Rosenvald:<sup>267</sup>

“A partir do momento em que o magistrado passa a se guiar pela equidade, em vez de apelar à proporcionalidade, há um sensível ganho de qualidade em sua interpretação. O juiz deixa de ser estatístico e se converte em um intérprete das peculiaridades do caso.”

De fato, cumprimento parcial pode ter sido de *nenhuma utilidade* para o credor, de forma que, analisando-se a questão do ponto de vista da equidade, não há que se falar em redução. Jorge Cesa Ferreira da Silva<sup>268</sup> atribui grande relevância à *utilidade* da prestação para o credor, nos seguintes termos:

“Nem todo adimplemento parcial justifica a redução da pena, mas somente aquele que foi útil ao credor. Pode ocorrer que o inadimplemento parcial seja suficiente para satisfazer, ainda que em parte, o credor, assim como é possível que o percentual do adimplemento não signifique a proporcional satisfação do credor.”

Judith Martins-Costa<sup>269</sup> enumera três requisitos para que incida a redução: (i) que a prestação possa ser cumprida em partes, (ii) que tenha sido efetivamente cumprida em parte, e (iii) que o credor tenha tirado proveito da parcela da obrigação que foi cumprida, não rejeitando a obrigação.

---

<sup>267</sup> *Cláusula penal*, p. 258.

<sup>268</sup> *Inadimplemento das obrigações*, p. 275.

<sup>269</sup> *Comentários ao novo Código Civil*, p. 461.

Também em matéria de cumprimento parcial valem os critérios supra-referidos para a hipótese de inadimplemento absoluto, inclusive a diferenciação entre uma ou outra espécie de cláusula penal, sendo o cumprimento parcial, sua proporção em relação à obrigação principal e, notadamente, a *utilidade* do cumprimento para o credor outros *fatores* a serem considerados pelo juiz.

## 6

## CLÁUSULA PENAL E A TRANSMISSÃO DAS OBRIGAÇÕES

## 6.1 DA TRANSMISSÃO DAS OBRIGAÇÕES

Não há dúvida de que o fenômeno da *transmissão*<sup>270</sup> das obrigações tem enorme importância prática e contribui decisivamente para o papel que os direitos de créditos desempenham atualmente na vida econômica.

Com efeito, nos dias atuais, é crescente o número de casos em que a satisfação do direito de crédito ocorre não com pagamento em moeda, mas mediante a *transmissão* de letras, cheques, títulos cambiários, títulos de crédito, títulos públicos, contratos, entre outras figuras.<sup>271</sup>

Em uma economia fundamentada na produção industrial e nas trocas de natureza comercial, a antecipada utilização de créditos, que se faz possível mediante a transmissão, serve para extinguir passivos e possibilitar novos investimentos, o que, não fosse possível a transmissão, somente poderia ocorrer se e quando da liquidação da obrigação objeto de cessão.<sup>272</sup>

Exemplo bastante moderno da utilidade da transmissão das obrigações são os Fundos de Investimento em Direitos Creditórios, regulamentados pela Instrução 356 da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), de 17 de dezembro de 2001. Por meio de tal instrumento, uma determinada empresa *cede* ao fundo seus *recebíveis* (direitos de crédito) atuais ou futuros, recebendo antecipadamente o valor de tais créditos, em geral com algum desconto, ao fundo de investimentos, o qual capta a poupança popular.

---

<sup>270</sup> Como refere João de Matos Antunes Varela, “o vocábulo transmissão (de trans + mittere), aplicado aos direitos de crédito (...) emoldura uma imagem: a de que os direitos de crédito, não obstante se tratar de puras criações do espírito, se deslocam (trans + mituntur), como se coisas materiais fossem, de uma pessoa (transmitente) para outra (adquirente). E essa imagem, longe de constituir um mero recurso anódino da linguagem jurídica, reveste um sentido bem definido: o de que o direito de crédito, nascido na titularidade do adquirente, é o mesmo direito que pertencia ao transmitente, e não um outro, moldado apenas à semelhança do primeiro” (*Das obrigações em geral*, v. II, p. 289).

<sup>271</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. II, p. 287.

<sup>272</sup> BIANCA, Massimo. *Diritto civile*, v. 4, p. 572.

Trata-se de um importante e, hoje em dia, amplamente utilizado mecanismo de *mercado de capitais*, que ganha relevo ainda maior em um país como o Brasil, no qual as modalidades de financiamento via *intermediação* bancária se mostram bastante custosas, desestimulando, assim, a atividade econômica.

Conforme observa Antunes Varela,<sup>273</sup> constitui a transmissão uma das formas mais marcantes do poder de *disposição* que é peculiar aos direitos de crédito. Nem sempre foi possível a transmissão, tal como será referido brevemente adiante.

A transmissão, como modificação subjetiva da relação de crédito, pode ter como objeto a titularidade ativa ou passiva da relação. Aquela se opera mediante a *cessão de créditos*, e esta mediante a *assunção de dívidas*, figura inserida no Código Civil de 2002 e que não encontrava previsão na codificação anterior.<sup>274</sup>

Há, ainda, uma espécie de transmissão que tem como objeto a posição global de qualquer uma das partes de um contrato. No entanto, diferentemente do que ocorre na Itália e em Portugal, tal figura não encontra previsão expressa no Código Civil brasileiro, embora seja aceita pela doutrina com fundamento na autonomia privada.

### 6.1.1 Breve Nota Histórica Sobre a Transmissão das Obrigações

Conforme noticia Almeida Costa,<sup>275</sup> o direito antigo não reconhecia a transmissibilidade, pois à época a obrigação era concebida como vínculo pessoal entre credor e devedor, tanto assim que até mesmo as penas de natureza corporal eram admitidas.<sup>276</sup>

---

<sup>273</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. II, p. 288.

<sup>274</sup> Como refere Renan Lotufo, “verificando-se as codificações, constata-se que o código civil alemão foi o primeiro a introduzir a figura, nos §§ 414 a 419, sob o nome *Schuldübernahme*, seguindo-se o código civil suíço, nos arts. 175 a 183 do Livro V, (...) o Código Civil grego, com a denominação ‘Assunção de Dívida’ (...), o código civil mexicano, como o nome *Cesión de deudas*, o código civil italiano de 1942, (...) o código civil francês, (...), o código civil português, (...) (*Código Civil comentado*, p. 165).

<sup>275</sup> COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, p. 743.

<sup>276</sup> Sobre a evolução da aceitação da transmissão das obrigações, a partir da superação da concepção da obrigação como vínculo estritamente pessoal, na doutrina e nos códigos civis de França, Alemanha, Itália, Bélgica, Espanha, Portugal e Brasil, vide MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 41 e seguintes.

A primeira forma de transmissão aceita foi aquela a título universal, figurando como o cedente o *de cuius* e como cessionário o herdeiro, este visto como continuador daquele.

Ainda no direito romano não era conhecida a figura da cessão, apenas uma outra de função semelhante denominada *actio utilis*.<sup>277</sup> Nem mesmo no direito justiniano se reconheceu a possibilidade de livre cessão de obrigações, e mesmo na literatura alemã do século XIX o instituto da transmissão era aceito ainda com fundamento em interpretação ou concebido como uma figura nova.<sup>278</sup>

As exigências do tráfico jurídico, no entanto, modificaram drasticamente tal realidade, à medida que o crédito passou a ser considerado, mais e mais, como um elemento do *patrimônio* do devedor.<sup>279</sup> “Em consequência, a substituição do credor e do devedor passou a ser permitida, entendendo-se que a modificação subjetiva, pela sucessão ativa ou passiva, não extingue nem afeta o vínculo jurídico”.<sup>280</sup>

Obviamente que a assunção de dívida,<sup>281</sup> por suas características, implica ainda hoje maiores dificuldades, uma vez que o cumprimento da obrigação encontra garantia no

<sup>277</sup> Conforme noticia Orlando Gomes, “no direito romano, (...) para se obter o mesmo resultado da substituição do credor, recorriam os romanos à novação subjetiva, que consistia na criação de uma obrigação nova, ficando o devedor quite com o credor antigo. A primeira obrigação extinguiu-se, sendo indispensável o consentimento do devedor para que nascesse a segunda. O manifesto inconveniente desse processo levou à criação de outro meio técnico, admitido pelo *jus gentium*, que eliminava a cooperação do devedor, imprescindível na novação. Conforme esclarece Ennecerus, nomeava-se procurador em causa própria o terceiro a quem se queria transferir o crédito. O procurador *in rem suam*, investido do *mandatum agendi*, era o representante do credor no processo, mas agia em seu próprio interesse, de modo que lhe era permitido receber a dívida. Praticamente a transmissão do crédito se objetivava na relação processual. Como, porém, esse recurso não garantia plenamente o cessionário, isto é, o procurador, atribuiu-se um direito independente mediante uma *actio utilis*, para que o credor fosse obstado na sua pretensão de dispor do crédito” (*Obrigações*, p. 238).

<sup>278</sup> BIANCA, Massimo. *Diritto civile*, v. 4, p. 573.

<sup>279</sup> Conforme noticia Clovis do Couto e Silva, “o rigor dos princípios exigia que, sendo essencialmente pessoal a obrigação, recaísse exclusivamente sobre as pessoas o seu cumprimento e as consequências de sua inexecução, como se fazia realmente nos primeiros tempos; mas a precariedade de uma tal garantia ou, melhor, ineficácia dela sob o ponto de vista econômico, fez substituir a execução pessoal, cruelíssimo tantas vezes, pela patrimonial, evidentemente mais útil, dando-se por tal deslocação um primeiro passo para a despersonalização do vínculo obrigatório ou, mais exatamente, para sua indeterminação pessoal” (*A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p. 7).

<sup>280</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*, p. 231.

<sup>281</sup> No que diz respeito, especificamente, à assunção de dívida, Luiz Roldão de Freitas Gomes, após trazer notas acerca da evolução da aceitação do instituto, ressalta “a tendência de se admitir a sucessão particular nos débitos como um corolário do próprio conceito moderno de obrigação, que, sem deixar de caracterizar-se como vínculo entre duas pessoas, não faz destas, entretanto, em elemento inerente à sua existência, podendo, ao contrário, conservar-se, em sua integridade objetiva, quando haja substituição de um dos sujeitos da relação obrigatória” (*Da assunção de dívida e sua estrutura negocial*. Liber Júris, 1982, p. 35).

patrimônio do devedor, pelo que interessa ao credor que seja mantido, ao menos, o mesmo nível de garantia.

Os principais códigos modernos cuidam da transmissão das obrigações, ora tratando somente da cessão de créditos, ora tratando também da assunção de dívidas, sendo que alguns poucos tratam, ainda, da cessão do contrato, conforme será visto adiante.

## 6.2 DA CESSÃO DE CRÉDITO E ASSUNÇÃO DE DÍVIDA

### 6.2.1 Cessão de Crédito

Cessão de crédito<sup>282</sup> pode ser classificada como o negócio mediante o qual o credor (cedente) cede um direito de crédito a um terceiro (cessionário). O termo *cessão* designa o ato ou contrato levado a efeito entre cedente e cessionário, quanto ao *efeito* obtido mediante tal negócio.<sup>283</sup>

O Código Civil brasileiro de 1916 cuidava da cessão de créditos no título “Do efeito das obrigações”, tendo sido mais técnico o Código Civil de 2002 ao incluir a figura sob a rubrica da “Transmissão das obrigações”, atendendo, assim, a um dos principais pilares da novel legislação, a *operabilidade*.

O Código Civil francês regulou a figura no título que trata da venda, o mesmo tendo ocorrido em relação ao Código Civil italiano de 1865 e ao Código Civil espanhol.

A colocação topológica do instituto referida no parágrafo anterior revelava a concepção de *crédito* como uma *coisa*, a qual não mais prevalece, tanto é assim que o atual Código Civil italiano trata da cessão de crédito na parte dedicada às obrigações em geral,<sup>284</sup> assim como o faz o Código Civil português.

---

<sup>282</sup> O Código Civil argentino, em seu artigo 1.434, define o instituto nos seguintes termos: “Habrà cesión de crédito, cuando una de las partes se obligue a transmitir a la otra parte el derecho que le compete contra su deudor, entregándole el título del crédito, si existiese”.

<sup>283</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. II, p. 296.

<sup>284</sup> João de Matos Antunes Varela entende que tal alteração topológica revela “uma aguda percepção da real dimensão do fenômeno da cessão de créditos” (*Das obrigações em geral*, v. II, p. 299).

O instituto ora analisado tem como objeto um *crédito*, ou seja, a posição ativa em uma relação jurídica de natureza obrigacional, o *direito subjetivo*<sup>285</sup> ao recebimento da *prestação*.<sup>286</sup>

Embora a regra seja a *cedibilidade* dos direitos de natureza patrimonial, tendo em vista o *poder de disposição* atribuído ao seu titular, não é qualquer crédito que pode ser objeto de cessão. Pode ser objeto de cessão crédito que conste ou não de um título, esteja vencido ou não, existente ou ainda não existente (comumente chamado de crédito *a performar*), desde que determinável, tenha como fundamento um contrato, um negócio jurídico ou um preceito legal, livre ou gravado por usufruto ou penhor, ou ainda sujeito a uma condição.

Há, entretanto, restrições legais, inerentes à natureza da obrigação e, conforme o caso, convencionadas pelas partes (artigo 286 do Código Civil). A restrição convencional se dá com fundamento na *autonomia privada*.<sup>287</sup>

Em regra, não pode ser objeto de cessão a prestação debitória que, por sua natureza, esteja ligada à pessoa do credor. Nesse sentido dispõe o artigo 577º, n. 1, do Código Civil português. Entendemos que a mesma regra vale entre nós.

Como forma de restrição legal, pode-se mencionar aquela prevista no artigo 298 do Código Civil, segundo o qual “o crédito, uma vez penhorado, não pode mais ser transferido pelo credor que tiver conhecimento da penhora (...)”, ou a proibição da cessão do *direito a alimentos*, que se liga de forma indissociável à pessoa do credor.

---

<sup>285</sup> Como refere Fernando Noronha, os direitos de crédito só cabem na categoria dos direitos subjetivos, muito embora possa haver direitos potestativos e poderes-deveres acessórios de créditos (*Direito das obrigações*, p. 53). Ainda segundo o mesmo autor, a característica marcante dos *direitos subjetivos* propriamente ditos, dos quais o direito de crédito é o maior expoente, é o poder conferido ao seu titular para exigir um comportamento de outrem, mas cuja satisfação não pode ser alcançada mediante sua simples vontade, mas depende inevitavelmente do comportamento, da cooperação de outra pessoa. Tal comportamento é em regra uma prestação, comissiva ou omissiva, sendo conferido ao titular apenas a *pretensão* de exigir tal prestação do sujeito passivo (*Direito das obrigações*, p. 55). Ao direito subjetivo corresponde, portanto, o dever de prestação.

<sup>286</sup> Como refere João de Matos Antunes Varela, “a prestação é o fulcro da obrigação, o seu alvo prático. Distingue-se do dever geral de abstenção próprio dos direitos reais, porque o dever jurídico de prestar é um dever específico (que apenas atinge o devedor), enquanto o dever geral de abstenção é um dever genérico, que abrange todos os não titulares do direito real (real ou de personalidade)” (*Das obrigações em geral*, v. I, p. 79).

<sup>287</sup> Com efeito, “a proibição convencional da cessão de crédito resulta do caráter dispositivo de suas normas. Nada impede que as partes limitem a disponibilidade do crédito, levando em conta a liberdade que lhes é conferida pela autonomia privada, pois em tal comportamento não se vislumbra violação à ordem pública” (BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 77).

Importa analisar mais detidamente, tendo em vista os fins do presente estudo, o *alcance da cessão*. Nos termos do artigo 278 do Código Civil, salvo disposição em contrário, a cessão de um crédito abrange todos os seus *acessórios*. Os acessórios abrangem as *garantias*, reais ou fidejussórias, e os *juros* inerentes ao crédito. Há, no entanto, outras posições jurídicas que integram a *relação contratual* e que podem ou não ser transmitidas por meio da cessão de créditos e da assunção de dívida, conforme será visto no item 6.3 e seguintes.

## 6.2.2 Transmissão Singular de Dívidas – Assunção de Dívida

Segundo Almeida Costa,<sup>288</sup> a assunção de dívidas “consiste no acto pelo qual um terceiro (assuntor) se vincula perante o credor a efectuar a prestação devida por outrem. A idéia subjacente é a transferência da dívida do antigo para o novo devedor, mantendo-se a relação obrigacional”.

Nelson Nery conceitua o instituto da seguinte forma:

“Quando, mediante contrato, a obrigação se transfere com as mesmas características com que foi criada, ou seja, guardando a mesma identidade daquela contraída pelo primitivo devedor, em virtude de alguém ter assumido a posição de sujeito passivo, de uma dívida que vinculava outrem, diz-se ter ocorrido espécie de transmissão de obrigação denominada assunção de dívida.”<sup>289</sup>

O instituto não era previsto no Código Civil de 1916, embora fosse aceito pela doutrina como expressão da autonomia privada, aplicando-se, no que coubesse, a disciplina da cessão de créditos.<sup>290 291</sup>

---

<sup>288</sup> ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Direito das obrigações*, p. 759.

<sup>289</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*, p. 331.

<sup>290</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, p. 583.

<sup>291</sup> Dimas de Oliveira Cesar entende que a assunção de dívida era permitida, *por analogia*, no sistema de 1916, citando exemplos de artigos do Código revogado que facultavam ou impunham a transmissão do débito, como o artigo 1.415, que cuidava, no entanto, de sub-rogação, figura distinta da assunção de dívidas, os artigos 999, II, e 1.001, que cuidam de novação, figura que novamente não se confunde com a transmissão (*Estudo sobre a cessão do contrato*. São Paulo: RT, 1954, p. 57). Entendemos que o fundamento do instituto no sistema de 1916 era, efetivamente, a autonomia privada.

Não cumpre traçar aqui, dado o escopo restrito do presente trabalho, considerações sobre a generalidade do instituto, mas apenas aquilo que interessa para as conclusões que queremos alcançar acerca do efeito da transmissão das obrigações sobre a cláusula penal.

É importante relevar, no entanto, que em se tratando de forma de *transmissão* das obrigações, a assunção de dívida implica *substituição* da pessoa do devedor, mantendo-se a mesma obrigação já existente, ainda que desprovida das mesmas garantias de que gozava anteriormente à transmissão. Assim, difere substancialmente da *novação*,<sup>292</sup> apesar de serem institutos afins.

O instituto ora analisado tem como objeto um *débito*, ou seja, a posição passiva em uma relação jurídica de natureza obrigacional, o *dever de prestar*, que pode consistir em uma prestação de dar, de realizar determinado fato (como celebrar um contrato), fazer, não fazer etc.

Faremos em seguida, uma análise sob a transmissibilidade dos direitos potestativos e dos deveres laterais, pois as conclusões que alcançaremos serão úteis para a análise do efeito da transmissão das obrigações sobre a cláusula penal.

### 6.3 OS DIREITOS POTESTATIVOS

Conforme referido, os direitos subjetivos propriamente ditos são aqueles que dão ao seu titular o direito de *exigir* determinada prestação de outrem, o sujeito passivo, dependendo a satisfação do direito de um comportamento deste.

Os direitos potestativos, por outro lado, são aqueles que permitem a uma pessoa, por simples manifestação unilateral de sua vontade, modificar ou extinguir uma relação jurídica preexistente, de forma que “conferem ao sujeito a faculdade de provocar, se assim o desejar, um determinado efeito jurídico”.<sup>293 294</sup>

---

<sup>292</sup> Como refere João de Matos Antunes Varela, tal diferenciação tem efeitos práticos importantes, determinando, por exemplo, os meios de defesa oponíveis pelo assuntor do débito, na forma como aproveita ao novo devedor a prescrição que tivesse começado a correr em favor do anterior obrigado e nos termos em que se transferem para o assuntor as obrigações acessórias do antigo vinculado (*Das obrigações em geral*, v. II, p. 369).

<sup>293</sup> CABRAL, Antonio da Silva. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 36.

<sup>294</sup> Conforme Antonio Menezes Cordeiro, “o direito subjectivo comum traduz-se numa permissão específica de aproveitamento de um bem (...)” sendo que “o direito potestativo implica um poder de alterar, unilateralmente, através de uma manifestação de vontade, a ordem jurídica” (*Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2000, v. I, Parte Geral, t. I, 2000, p. 171).

Por tal motivo, ao sujeito passivo do direito *potestativo* não compete a adoção de qualquer comportamento, nada dele é exigido, estando *sujeito* aos efeitos do exercício do direito pelo seu titular, sem que nada possa fazer para evitar a verificação dos efeitos aí decorrentes. Assim, aos direitos potestativos corresponde o denominado *estado de sujeição*.

Usamos aqui os exemplos citados por Fernando Noronha<sup>295</sup> para distinguir os direitos potestativos dos direitos subjetivos propriamente ditos: o locador de imóvel residencial tem o direito subjetivo de exigir o pagamento do aluguel, mas tem o direito potestativo de rescindir a locação, no caso de falta de pagamento. No âmbito do direito das obrigações, são importantes direitos potestativos o de resolução por inadimplemento da contraparte, o direito do vendedor de resolver o contrato de compra e venda com cláusula de retrovenda, o de revogação de doações por ingratidão, o de escolha das prestações nas obrigações genéricas e alternativas, o de denúncia de contratos celebrados por tempo indeterminado, entre outros.

Fernando Noronha,<sup>296</sup> ainda, classifica os direitos potestativos em autônomos e não-autônomos, sendo os primeiros os que são exercitáveis independentemente de outros direitos, e não-autônomos aqueles que são *acessórios* a outros direitos, esclarecendo que, no âmbito do direito das obrigações, os direitos potestativos são, em regra, não-autônomos.

Antonio da Silva Cabral<sup>297</sup> distingue os direitos potestativos em (i) direitos potestativos propriamente ditos e (ii) direitos potestativos secundários: *direitos administrativos* ou *faculdades de poder*.

Os primeiros englobam: (a) os direitos potestativos *constitutivos*, os quais, uma vez exercitados, criam uma relação jurídica ou um direito, tais como o direito de apropriação da coisa sem dono, o da aceitação de uma proposta de contrato; (b) direitos potestativos *modificativos*, tais como a opção, em obrigações alternativas, o direito à indenização por danos, o direito de rescisão, renúncia a uma prestação fora do prazo, hipóteses em que há modificação da obrigação ou do contrato; e (c) direitos potestativos *extintivos*, tais como o de divorciar-se, de solicitar declaração de nulidade de casamento, a denúncia, o direito de compensação.

---

<sup>295</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, p. 57.

<sup>296</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, p. 59.

<sup>297</sup> CABRAL, Antonio da Silva. *Cessão de contrato*, p. 36 e seguintes.

Os direitos potestativos secundários correspondem às faculdades que uma pessoa tem de pôr fim a contratos ou atos jurídicos unilaterais cujos efeitos se estendem ao patrimônio de outra pessoa, tal como a faculdade de requerer o divórcio.

### 6.3.1 Transmissão Isolada

Cumprе indagar, inicialmente, se os direitos potestativos podem ser transmitidos isoladamente. Segundo Mota Pinto,<sup>298</sup> “existem, inegavelmente, direitos potestativos susceptíveis de serem transmitidos isoladamente. São direitos potestativos autônomos, com valor próprio”, embora reconheça que, em sua maioria, tais direitos são não-autônomos.

Mota Pinto elenca, entre tais direitos potestativos passíveis de cessão isolada, o direito de *preferência* (modalidade de cessão não permitida em nosso ordenamento),<sup>299</sup> por ser este o *elemento principal* da relação contratual criada pelo pacto de preferência, no que difere substancialmente, por exemplo, do direito de resolução de determinado contrato.

Cita, ainda, a faculdade de resolver o contrato de compra e venda de que trata o artigo 927º do Código Civil português (cláusula de *retrovenda*, tratada no artigo 505 do Código Civil), pois, nesse caso, também não há uma ligação insuperável entre os direitos de que cuida o contrato e tal direito potestativo.<sup>300</sup>

No mesmo sentido entende Antonio da Silva Cabral:<sup>301</sup>

“Não há dúvida, portanto, que a cláusula de retrovenda é direito potestativo do credor, que se reserva o direito de desfazer o negócio. Esse direito poderá ser alienado isoladamente, pois o direito de resolver o contrato, a qualquer momento, se funda numa relação jurídica autônoma, suplementar, não fazendo parte inseparável da relação contratual básica.”

---

<sup>298</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de contrato*, p. 195.

<sup>299</sup> O Código Civil português, em seu artigo 420º, trata expressamente da “Transmissão do direito e da obrigação de preferência” nos seguintes termos: “O direito e a obrigação de preferência não são transmissíveis em vida nem por morte, **salvo estipulação em contrário**” (g.n.). O Código Civil brasileiro trata da questão na Subseção III (Da Preempção ou preferência) da Seção II (Das cláusulas especiais à compra e venda) do Capítulo I (Da compra e venda) do Título VI do livro do Direito das Obrigações, sendo certo que o artigo 520 veda expressamente tal espécie de cessão, embora, conforme refere Antonio da Silva Cabral, “há outros direitos de preferência cuja cessão não é vedada” (*Cessão de contrato*, p. 104).

<sup>300</sup> Mota Pinto ressalva a necessidade de consentimento do devedor, “já que ninguém é obrigado a aceitar nova parte contratual sem uma vontade nesse sentido”, o que parece colocar o regime da cessão de tal direito potestativo sob a disciplina de cessão de contrato e não da cessão de créditos (*Cessão de contrato*, p. 196).

<sup>301</sup> CABRAL, Antonio da Silva. *Cessão de contrato*, p. 103.

Conclui Mota Pinto<sup>302</sup> ser possível a cessão isolada

“quando o direito potestativo não está inseparavelmente ligado ao crédito, pois não modifica o próprio conteúdo deste, nem está indissolivelmente ligado ao conjunto da relação contratual, pois não desempenha uma função auxiliar tendo em vista o fim do contrato.”

### 6.3.2 Transmissão por Força da Cessão de Crédito e Assunção de Dívidas

Conforme verificamos, os direitos potestativos podem ser cedidos isoladamente quando não estão indissolivelmente ligados a determinado *crédito* ou a determinada relação contratual. Cumpre analisar, agora, quais os direitos que estão ligados de tal maneira ao crédito que podem ser julgados *acessórios* deste e, portanto, englobados pela cessão do crédito, a teor do artigo 287 do Código Civil. Como observa com propriedade Antunes Varela,<sup>303</sup>

“há direitos potestativos que estão ligados ao crédito cedido, porque gravitam em torno dele como um satélite gira em torno do astro principal; e há outros que, transcendendo a órbita restrita do crédito cedido, estão ligados à relação contratual de onde o crédito emerge.”

Com efeito, em uma cessão de crédito que tem fonte contratual, é de grande relevância distinguir quais direitos potestativos são transferidos ao cessionário do crédito, e quais permanecem em titularidade do cessionário contratante. Segundo Mota Pinto,<sup>304</sup> “num contrato, ao lado dos interesses da parte contratual como credor, isto é, ao lado deste limitado interesse na recepção da prestação devida, existe um interesse mais amplo, o interesse de cada contratante na consecução do fim contratual”.

Em princípio, seriam cedidos juntamente com o crédito, por serem *acessórios* deste, aqueles interesses relativos à prestação somente. No entanto, a identificação e delimitação de tais interesses não é tarefa simples.

O Código Civil brasileiro não traz qualquer norte para se identificar quais os interesses que podem ser considerados *acessórios* ao crédito. O Código Civil português estipula estarem cobertos pela cessão as garantias e outros *acessórios* “que não sejam inseparáveis da pessoa do cedente” (artigo 582º), sugerindo apenas que não se transmitem os interesses de natureza personalíssima, o que certamente não resolve a questão aqui colocada.

---

<sup>302</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de contrato*, p. 197-198.

<sup>303</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. II, p. 325.

<sup>304</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de contrato*, p. 200.

O Código Civil argentino menciona, como exemplos de acessórios que são transmitidos juntamente com o crédito, “la fianza, hipoteca, prenda, los intereses vencidos y los privilegios del crédito que no fuesen meramente personales, com facultad de ejercer, que nace del credito que existia” (artigo 1.634). O Código Napoleão cita também como exemplos de acessórios “a fiança, o privilégio e a hipoteca” (artigo 1.692). Segundo o Código Civil italiano, o crédito é transmitido “com os privilégios, com as garantias pessoais e reais e com outros acessórios” (artigo 1.263). O Código Civil suíço dispõe que, “com o crédito, transmitem-se os direitos preferenciais e os direitos secundários”, sendo que se presumem transmitidos “os juros atrasados” (artigo 170 do Livro V).

Conforme visto, a delimitação dos direitos e interesses, dentre os quais os direitos potestativos, que são transmitidos por força da cessão de crédito, é matéria que, apesar de sua grande relevância, não está tratada, em regra, nos códigos civis, pelo que tal tarefa cabe à doutrina.

Há certos direitos potestativos cuja existência autônoma, separada do crédito, não teria legitimidade, e outros que têm relação inseparável com o fim da relação contratual. Estes “tendem (...) a proteger cada parte contra determinadas vicissitudes que afetam a realização contratual, dando-lhe elementos aptos a impedir o seu prejuízo ou permitir-lhe prosseguir a consecução do intento visado com o negócio”,<sup>305</sup> ainda que sejam direitos potestativos extintivos, tais como a resolução e a denúncia do contrato. Por esse motivo, não são abrangidos pela cessão de crédito.

Então, em um contrato de locação, ainda que o proprietário tenha cedido os direitos futuros de crédito decorrentes dessa relação, poderá exercer a qualquer momento o direito de denúncia (se cabível), não sendo dado ao cessionário qualquer forma de interferência em tal contrato de locação e no exercício do direito potestativo de denúncia, tendo em vista que é mero *cessionário* do direito à *prestação* (direito de crédito) e não integra a relação contratual, sem prejuízo dos direitos que terá em face do cedente em decorrência de tal denúncia.<sup>306</sup>

O mesmo ocorre relativamente à resolução por onerosidade excessiva ou por inadimplemento, que dizem respeito essencialmente à relação contratual e não somente ao crédito objeto de cessão, pois a relação de sinalagma e a relação de confiança que deve haver no contrato existem somente entre as partes, vale dizer, cedente e devedor.

---

<sup>305</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de contrato*, p. 204.

<sup>306</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de contrato*, p. 205.

Cumpra analisar se a denúncia do contrato pelo cedente, a qual impede que venha a existir o crédito cedido, violaria a obrigação do cedente de garantir a *existência*<sup>307</sup> do crédito. Embora seja de responsabilidade do cedente a existência do crédito, a teor do quanto disposto no artigo 295 do Código Civil, a cessão do crédito certamente não retira dele o direito potestativo de denúncia ou resolução do contrato gerador dos direitos cedidos, ainda que venha a responder perante o cessionário pela inexistência.<sup>308</sup>

Da mesma forma, o direito de anular o contrato com fundamento em erro, dolo, coação, incapacidade ou lesão não é transmitido ao cessionário do crédito, uma vez que tais vícios dizem respeito a dados ou situações de caráter subjetivo, relativos à pessoa do cedente ou à formação da vontade, processo do qual não tomou parte o cessionário.

Parece-nos que uma maneira segura de determinar quais direitos potestativos são, efetivamente, acessórios do crédito cedido e, portanto, devem acompanhá-lo, é perquirir quais podem ser exercitados *independentemente da natureza da obrigação*, se contratual, legal ou delitual.

Assim, transmite-se para o cessionário, por exemplo, o direito de interpelar o devedor, de o demandar se ele não cumprir, de executar seu patrimônio se o devedor não acatar a respectiva decisão judicial, de escolher a prestação, se esta for alternativa ou genérica e a escolha pertencer ao credor.

Por outro lado, não se transmitem para o cessionário importantes direitos potestativos que continuam na esfera jurídica do cedente, dentre eles o direito de resolver o contrato por falta de cumprimento ou com fundamento na excessiva onerosidade de que

---

<sup>307</sup> Segundo Massimo Bianca, “la garanzia dell’esistenza del credito (nomen verum) há per oggetto il risultato traslativo della cessione, e rende responsabile il cedente tutte le ipotesi in cui il cessionario non consegue la titolarità del credito ceduto, o, vendola conseguita, la perde per fatto del cedente” (*Diritto civile*, v. 4, p. 595).

<sup>308</sup> O assunto traz questões cuja solução não é simples. Tendo em vista que o exercício de direitos potestativos não transmitidos ao cessionário por força da cessão podem ter efeitos diretos sobre o direito de crédito objeto de cessão, podendo impor inclusive sua extinção, é de se questionar se, para o exercício de tais direitos, seria dever do cedente solicitar uma autorização do cessionário. Mota Pinto (*Cessão de contrato*, p. 208, nota de rodapé) refere que parte da doutrina entende ser exigível tal autorização, e cita especificamente Galvão Telles, o qual entende que passam ao cessionário os direitos à anulação, revogação ou rescisão do contrato. O autor rechaça tal posicionamento, mas refere, quanto aos direitos potestativos extintivos, que se pode, “no máximo, considerar-se a necessidade do consentimento do cessionário para o seu exercício, parecendo-me, todavia, dispensável mesmo esta exigência”. Somos do entendimento de que tal autorização é absolutamente dispensável, uma vez que o direito à resolução diz respeito unicamente à relação contratual, e não à prestação objeto de cessão, pelo que permanece integralmente na esfera jurídica do cedente.

tratam os artigos 478 e seguintes do Código Civil, pois estes derivam, primordialmente, da *natureza contratual* da obrigação.

Relativamente à assunção de dívidas, valem as mesmas regras referidas acerca da cessão de crédito. Como observa Mota Pinto,<sup>309</sup> “terá aplicação, aqui [assunção de dívidas], a distinção proposta por Von Thur, entre direitos potestativos conexions com a dívida e direitos potestativos concernentes à relação contratual (...)”.

## 6.4 OS DEVERES ACESSÓRIOS E LATERAIS

### 6.4.1 Conteúdo da Obrigação Complexa

Há duas maneiras de se olhar a relação obrigacional. Uma delas, que se convencionou chamar de obrigação simples, restringe-se aos deveres de *prestação* que são o *núcleo* da obrigação, ou seja, traduz-se no direito do credor de exigir certa prestação, e no dever do devedor de realizar a prestação.

É sabido, no entanto, que atualmente a obrigação é vista como um fenómeno *complexo* ou como um *processo*, para utilizar a expressão do autor que primeiro tratou, entre nós, de tal conceito de obrigação, Clóvis do Couto e Silva, em sua obra *A obrigação como processo*.

Tal relação obrigacional *complexa* compreende

“o conjunto de direitos e deveres que unem as partes intervenientes, em razão dos quais elas são adstritas a cooperarem, para a realização dos interesses de que sejam credoras, mas com o devido respeito pelos recíprocos interesses do devedor, ou devedores, e tendo em conta também a função social desempenhada, que é a razão última de sua tutela.”<sup>310</sup>

Como observa Fernando Noronha,<sup>311</sup> o Código Civil, a par de tratar da cláusula geral da boa-fé, quando dispõe acerca da transmissão das obrigações, cuida apenas da chamada *obrigação simples*.

---

<sup>309</sup> *Cessão de contrato*, p. 225.

<sup>310</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, p. 72.

<sup>311</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, p. 75.

Além das obrigações principais, “que definem o *tipo* e o *módulo* da relação”,<sup>312</sup> tais como, na compra e venda, a entrega pelo vendedor da coisa vendida e o pagamento do preço pelo comprador, podem nascer, no desenvolvimento da relação credor-devedor, deveres *secundários* ou *acessórios* de prestação, bem como os chamados deveres *fiduciários*,<sup>313</sup> *anexos*, *laterais* ou *de conduta*.

Os deveres *secundários* ou *acessórios* caracterizam-se por serem diretamente ligados à realização da obrigação principal, destinados a preparar o cumprimento da prestação ou a permitir sua perfeita execução, ou mesmo prestações substitutivas ou complementares da obrigação principal.

Exemplos de deveres dessa natureza são o dever do credor de dar quitação relativamente ao adimplemento realizado pelo devedor, de que trata o artigo 319 do Código Civil, o pagamento de indenização por inadimplemento, o pagamento de despesas de escritura na compra e venda de imóvel, entre outros tantos. Em regra, são predetermináveis tendo em vista o conteúdo das obrigações principais, que também são identificáveis *ab initio*.

Por fim, os deveres *fiduciários* ou *anexos*, segundo Fernando Noronha,

“são aqueles que somente apontam procedimentos que é legítimo esperar por parte de quem, no âmbito de um específico relacionamento obrigacional (...) age de acordo com os padrões socialmente recomendados de correção, lisura e lealdade, que caracterizam o chamado princípio da boa-fé contratual.”<sup>314</sup>

Antunes Varela,<sup>315</sup> corroborando o quando dito acima, após afirmar que certos deveres *acessórios* de conduta se encontram espelhados pelo Código Civil português, afirma que estes “estão hoje genericamente consagrados, na vastíssima área das obrigações, através no princípio geral da boa-fé, proclamado no artigo 762<sup>o</sup>”, o mesmo valendo dizer entre nós relativamente ao artigo 422 do Código Civil brasileiro.

---

<sup>312</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. I, p. 121.

<sup>313</sup> Fernando Noronha prefere a utilização de tal nomenclatura – deveres *fiduciários*, “porque é a denominação que aponta diretamente para o fato de eles serem exigidos pelo dever de agir de acordo com a boa-fé, tendo como fundamento a confiança gerada na outra parte” (*Direito das obrigações*, p. 81).

<sup>314</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, p. 80.

<sup>315</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. I, p. 125.

Tanto Fernando Noronha<sup>316</sup> quanto Antunes Varela<sup>317</sup> entendem que tais deveres não são autonomamente exigíveis, não dando origem a uma ação autônoma de cumprimento, embora sustentem que o descumprimento possa dar ensejo ao dever de indenizar e à resolução do contrato.

O Código de Defesa do Consumidor contém inúmeros exemplos de deveres de conduta, tais como o dever de fornecer ao consumidor “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam” (artigo 6, III), e de veicular publicidade de forma que o consumidor a possa facilmente identificar como tal (artigo 36). No âmbito do direito civil, o exemplo mais citado de dever acessório é o do locatário, “de levar imediatamente ao conhecimento do locador o surgimento de qualquer dano ou defeito cuja reparação a este incumba” (artigo 23, IV, da Lei n. 8.245/91).

#### **6.4.2 Transmissão por Força da Cessão de Crédito e Assunção de Dívidas**

Os deveres *accessórios* estão intrinsecamente ligados à obrigação principal. Assim, não podem ser transmitidos isoladamente, e, havendo a cessão da obrigação, transmitem-se para o cessionário.

Cumpra indagar se, por força da cessão de crédito, transmitem-se também os deveres *anexos* ou *laterais*, os quais, vale lembrar, por vezes surgem no curso da relação obrigacional, e não têm como finalidade precípua realizar *determinado* interesse da contraparte relativamente à *prestação*, mas tutelar *diversos* interesses com vistas à realização do *fim contratual*.

Mota Pinto,<sup>318</sup> apesar de reconhecer “a dificuldade em submeter a soluções simétricas este problema da incidência da cessão de créditos e assunção de dívidas sobre os deveres laterais contratuais”, buscou precisar em que circunstâncias tais deveres fiduciários seriam transmitidos por força de cessão de crédito ou assunção de dívida.

---

<sup>316</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, p. 79.

<sup>317</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. I, p. 123.

<sup>318</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de contrato*, p. 221 e seguintes.

Para o referido autor, há direitos de crédito relacionados ao crédito e deveres de comportamento ligados à relação contratual, valendo relativamente aos deveres laterais as mesmas regras referidas para os direitos potestativos.<sup>319</sup>

Como consequência do quanto já referido, Mota Pinto<sup>320</sup> afirma que, na cessão de créditos, (i) transmitem-se os deveres anexos que estão a serviço do interesse em não sofrer um dano por ocasião da recepção da prestação e o direito de obter o rendimento esperado, em conformidade com a boa-fé, e (ii) não se transmitem a titularidade passiva dos deveres laterais relacionados com a atividade do *credor*, por falta de consentimento da outra parte.

Relativamente à cessão de crédito, Pinto Monteiro<sup>321</sup> anota que são válidas as mesmas regras referidas acerca da cessão de crédito, transmitindo-se ao assuntor a titularidade passiva dos deveres laterais que tenham como função evitar que o credor sofra danos no momento da recepção da prestação, não sendo transferíveis, por outro lado, os deveres laterais ligados tão-somente ao *fim contratual*.

Para Luiz Roldão de Freitas Gomes,<sup>322</sup> na assunção de dívidas, “se transmitem os [deveres laterais] que estejam ligados à prestação do devedor, o mesmo não ocorrendo com aqueles que não estejam”, de forma que o autor não destoa do entendimento supra-referido.

## 6.5 CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL

Durante a evolução do instituto da cessão da posição contratual, este foi colocado sob duas perspectivas distintas: como uma soma de cessão de créditos mais assunção ou novação de dívidas, ou institutos afins, que corresponde à teoria atomística; e como cessão unitária da totalidade das posições subjetivas do contrato, que corresponde à teoria unitária. Cada uma dessas perspectivas será brevemente analisada.

---

<sup>319</sup> *Cessão de contrato*, p. 220.

<sup>320</sup> *Cessão de contrato*, p. 221.

<sup>321</sup> *Cláusula penal e indemnização*, p. 231.

<sup>322</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Da assunção de dívida e sua estrutura negocial*, p. 307.

### 6.5.1 Natureza Jurídica. Teoria Atomística

A corrente atomística entende ser a relação contratual formada por elementos ativos e passivos, de modo que a cessão do contrato importa em transmissão, de forma segregada, dos elementos ativos e passivos.

Conforme refere Antonio da Silva Cabral,<sup>323</sup> a teoria atomística surgiu para explicar por que os Códigos não tratavam especificamente da cessão de contratos, embora em regra disciplinassem a cessão de créditos e a assunção de dívidas. Sendo o contrato uma soma de débitos e créditos, estes dois institutos bastariam para explicar o fenômeno do ingresso do terceiro na relação contratual.

O mesmo autor trata dos expedientes utilizados nos países em que o direito positivo não tratava da cessão de contratos, para promover o ingresso de terceiro na relação contratual, os quais podem ser resumidos da seguinte forma:

(i) Teses que negam a liberação do cedente:

- *Teoria de Rossy*: o ingresso do terceiro se operaria mediante cessão de créditos e *estipulação em favor de terceiro*, sem necessidade de interveniência do cedido.
- *Teoria da assunção de cumprimento do contrato*: segundo tal teoria, o ingresso do terceiro na relação contratual se operaria mediante acordo celebrado entre cedente e cessionário, em que o cedente se obriga a transferir ao cessionário os benefícios decorrentes do contrato, e o cessionário se obriga a reembolsar o cedente pelos gastos com o cumprimento do contrato.
- *Teoria da cessão cumulativa*: o terceiro torna-se titular dos créditos decorrentes do contrato originário e devedor solidário, juntamente com o cedente, relativamente aos débitos.

(ii) Teses que admitem a liberação do cedente:

- *Teoria da cessão de créditos e novação de dívidas*: ingresso do terceiro na relação se daria mediante cessão de todos os créditos e assunção de todas as dívidas decorrentes do contrato pelo cedente.

---

<sup>323</sup> CABRAL, Antonio da Silva. *Cessão de contrato*, p. 174.

- *Teoria da Renovatio Contractus*: substituição das partes mediante extinção da relação contratual anterior e criação de uma nova (*novação*) a partir da idéia de que é impossível a transmissão da obrigação.

A partir de artigo publicado por Heinrich Demelius, em 1922, ganhou força a idéia do ingresso de terceiro na relação contratual mediante cessão de créditos e transmissão singular de dívidas. Essa teoria ganhou força também na Itália, com Cicala, mas não ficou imune a críticas.<sup>324</sup>

### 6.5.2 Crítica à Teoria Atomística

Conforme verificamos, a *relação contratual* não está limitada a créditos e débitos, mas engloba ainda direitos potestativos, sujeições, deveres secundários e anexos, exceções, ônus, expectativas, as quais têm como finalidade o cumprimento do contrato, o *adimplemento*, de maneira que guardam uma “íntima correlação”.<sup>325</sup>

Quanto a esse tema, pede-se vênia para transcrever trecho da lavra de Mota Pinto:

“Tal elemento [fim contratual] impede a consideração da relação contratual como um mero feixe de elementos singulares (vínculos e poderes) ou como mera soma ou contigüidade de partes destacadas. A função que cada um desempenha, em relação ao mesmo fim, faz do conjunto dos elementos uma estrutura sistemática, dotada de unidade.”<sup>326</sup>

Com efeito, o conjunto das posições subjetivas integrantes de uma relação contratual não é estático, mas se movimenta durante o desenrolar da relação obrigacional. Exemplo disso são os *deveres anexos* que, ainda que não existentes *ab initio*, podem surgir no curso da relação. Daí por que Mota Pinto<sup>327</sup> identifica na relação contratual um caráter *unitário, final e dinâmico*.

Sendo assim, não há como sustentar que a totalidade da relação contratual possa ser transferida mediante simples negócios de cessão de créditos e assunção de dívidas. Conforme referido, há direitos potestativos, sujeições e deveres anexos decorrentes da relação contratual complexa que não são transferidos mediante tais institutos. É patente,

---

<sup>324</sup> CABRAL, Antonio da Silva. *Cessão de contrato*, p. 192 e seguintes.

<sup>325</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de contrato*, p. 311.

<sup>326</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de contrato*, p. 314.

<sup>327</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de contrato*, p. 315.

assim, a insuficiência desses dois institutos para operar uma cessão da posição contratual.<sup>328 329</sup>

Como observa Hamid Charaf Bdine Júnior,<sup>330</sup> “[a] cessão da posição contratual (...) compreende um todo orgânico, capaz de, por si só, distingui-la dos demais institutos”.

### 6.5.3 Teoria Unitária

A característica mais marcante da teoria unitária reside na circunstância de ela conceber o fenômeno da cessão de contrato como transferência integral, por meio de um negócio único, do complexo de posições subjetivas englobadas pelo contrato, um quadro *unitário* formado por créditos, débitos, direitos potestativos, exceções, entre outros.

Como observa Garcia-Amigo, a cessão de contratos se diferencia de um negócio *duplo* de cessão de créditos e da assunção de dívidas porque

“la cesión de contratos transmite la titularidad de la relación contractual misma, en tanto que el otro sólo transfiere singulares relaciones obligatorias, y no la relación contractual como un todo, incluso los deberes de conducta originados por el contrato.”<sup>331</sup>

Tendo em vista as notas supra-referidas, não há dúvida de que a teoria unitária é a única que permite, efetivamente, a *transmissão* da *posição contratual* como um todo, pelo que encontra ampla aceitação na doutrina, tendo sido inclusive acolhida pelo direito positivo.

O Código Civil italiano cuidou do instituto nos artigos 1.406 a 1.410, sob a denominação “cessão de contrato”, e o Código Civil português tratou do tema sob a rubrica

---

<sup>328</sup> Nesse sentido entende Antonio da Silva Cabral, para quem “a transferência da posição contratual reveste-se de caráter específico, diverso dos negócios que operam transferência de relações de dívidas, exatamente porque a relação contratual é um complexo de direitos e deveres. Por outro lado, não se poderia dizer que a relação contratual se decompõe em créditos e débitos, pois há unidade na relação” (*Cessão de contrato*, p. 206).

<sup>329</sup> Da mesma forma já concluía, em 1951 e portanto já sob a égide do Código Civil italiano ora vigente, Marcelo Andreoli, que “ad un mediato esame, osserviamo subito che l’accentata teoria della scomposizione si rileva senz’altro insoddisfacente, perchè non coglie il fenomeno della circolazione del contratto in tutta la sua compiutezza” (*La cessione del contratto*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1951, p. 28).

<sup>330</sup> BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*, p. 123.

<sup>331</sup> GARCIA-AMIGO, Manuel. La cesion de contratos en el derecho español. *Editorial Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1964, p. 83.

“cessão da posição contratual”, nos artigos 424º e seguintes. Há que indagar se, em ordenamentos que não prevêm especificamente a cessão de contrato, tais como o brasileiro, esta é ou não admitida com fundamento na *autonomia privada*.

#### 6.5.4 Cessão de Contrato e Autonomia Privada

Não há dúvida de que, entre nós, o instituto, embora não previsto no Código Civil, é admitido com fundamento na *autonomia privada*, tendo em vista a ausência de impedimento legal para que se opere, entendimento este corroborado por Mota Pinto.<sup>332</sup>

Não merece acolhida, portanto, a posição de Antonio da Silva Cabral,<sup>333</sup> para quem “a cessão de contratos surgirá, na nova legislação [projeto do Código Civil então em discussão], como um negócio misto, aplicando-se-lhe as normas de cessão de créditos e da assunção de dívidas. (...) o Projeto adotou, portanto, a teoria atomística (...)”.

Hamid Charaf Bdine Junior<sup>334</sup> sustenta ser desnecessário disciplinar o instituto da cessão da posição contratual no Código Civil, pois entende que

“há respostas satisfatórias para os problemas que suscita a partir da aplicação, por analogia, das regras da cessão de crédito e da assunção de dívidas” [pelo que] “a adoção de dispositivos específicos para sua disciplina no Código Civil era meramente disciplinada.”

Segundo o mesmo autor,

“não se pode concluir que o legislador tenha adotado a teoria atomística a respeito da cessão dos contratos, na medida em que o fato de admitir recurso às regras da transmissão das obrigações para a cessão da posição contratual não implica, obrigatoriamente, reduzi-la a uma mera somatória da cessão de crédito e assunção de dívida.”<sup>335</sup>

Estamos de acordo com a afirmação de que o Novo Código Civil não adotou a teoria atomística, muito embora autorize a cessão da posição contratual, tal como aqui entendida, com fundamento na autonomia privada. No entanto, é certo que a inclusão do

---

<sup>332</sup> “Não obstante a figura da cessão de contrato não se encontrar expressamente regulada pela lei brasileira, ela existe como reflexo do princípio da liberdade contratual” (*Cessão de contrato*, p. 435).

<sup>333</sup> CABRAL, Antonio da Silva. *Cessão de contrato*, p. 223.

<sup>334</sup> BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*, p. 123.

<sup>335</sup> BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*, p. 123.

instituto no Código e a definição de regras mais claras, que independessem de interpretação analógica, impulsionariam a utilização do instituto, que, entre nós, parece-nos que é de aplicação limitada, sendo mais comum na vida negocial a cessão de crédito e a assunção de dívida.

## 6.6 A CLÁUSULA PENAL E A TRANSMISSÃO DAS OBRIGAÇÕES

João de Matos Antunes Varela entende que, na cessão de crédito, são abrangidos nos direitos acessórios, além das garantias reais ou fidejussórias e dos juros, a *cláusula penal* e o *compromisso arbitral*.<sup>336</sup> Everaldo Augusto Cambler<sup>337</sup> refere, sem se aprofundar no tema, que “a cláusula penal eventualmente prevista nas obrigações de pagamento em dinheiro também transmite-se com a transferência do crédito principal”.

Hamid Bdine Junior<sup>338</sup> aborda o assunto nos seguintes termos: “Além das garantias e das exceções, também integram os acessórios do crédito – e os acompanham em caso de cessão – os poderes conexos ao conteúdo e os remédios contratuais previstos para o inadimplemento”.

Massimo Bianca analisa a hipótese na qual, em um contrato de compra e venda em relação ao qual já tenha sido entregue a coisa, resta a executar o pagamento do preço. Caso o vendedor ceda seu crédito a terceiro, esse receberá apenas o direito à prestação em dinheiro e, em caso de inadimplemento, poderá valer-se apenas dos remédios que *independem da natureza contratual da obrigação*, tais como o ressarcimento do dano e a execução forçada, não sendo dado a tal terceiro, no entanto, valer-se da *cláusula penal*.<sup>339</sup>

Entendemos que o posicionamento de Massimo Bianca é mais específico, além de estar em conformidade com as regras citadas acerca dos direitos potestativos e deveres laterais, as quais entendemos que servem como guia para a análise da cláusula penal na transmissão das obrigações.

Inicialmente, tendo em vista o caráter *acessório* da cláusula penal, que é da essência da figura, devemos concluir pela impossibilidade de transmissão isolada.

---

<sup>336</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. II, p. 325.

<sup>337</sup> CAMBLER, Everaldo Augusto. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, Forense, v. III, 2003, p. 213.

<sup>338</sup> BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*, p. 85.

<sup>339</sup> BIANCA, Massimo. *Diritto civile*, v. 3, p. 727.

Diferentemente de certos direitos potestativos, que são dotados de *autonomia*, a cláusula penal é sempre um acessório da obrigação principal, não podendo se dissociada dela.

Assim como se verificou relativamente aos direitos potestativos e aos deveres laterais, entendemos que a cláusula penal somente será transferida por força da cessão de crédito quando estiver ligada com a finalidade do crédito cedido, e não de forma mais geral com o programa contratual.

Assim, havendo cláusula penal prevista para a hipótese de inadimplemento absoluto ou mora de *quaisquer* prestações devidas por força do contrato, estará conectada à relação contratual *como um todo*, não sendo, portanto, transferida ao cessionário em decorrência da cessão de crédito. Por outro lado, dizendo a cláusula penal respeito a uma prestação *específica*, e sendo a cláusula penal acessória de tal prestação somente, cremos que o direito à pena no caso de inadimplemento é transferido ao cessionário. A mesma regra é aplicável à assunção de dívida.

Da mesma forma, sendo a cláusula penal prevista de forma *específica* para a hipótese de violação de quaisquer deveres de proteção deve-se verificar, em conformidade com as regras supra-referidas, se tal direito foi, de fato, transmitido por meio da cessão de crédito ou assunção de dívida. Se a resposta for positiva, terá sido transferida também a respectiva cláusula penal.

Essas observações valem igualmente tanto para as cláusulas penais *compulsórias* quanto para as *indenizatórias*. Não vemos motivos para uma diferenciação no tratamento a ser dado a cada uma delas nos casos de transmissão.

Como visto, a cessão de crédito ou assunção de dívidas não implica, necessariamente, a transmissão dos direitos e obrigações decorrentes da cláusula penal. Por outro lado, sendo a cessão da posição contratual uma transmissão de um todo orgânico que compreende todo o complexo de posições subjetivas englobadas pelo contrato, incluindo créditos, débitos, direitos potestativos, exceções, entre outros, não há dúvida de que, na hipótese de cessão da posição contratual, serão transmitidos<sup>340</sup> também ao cessionário a totalidade dos direitos e obrigações decorrentes da cláusula penal.

---

<sup>340</sup> Salvo se a obrigação principal tornar-se não-exercível contra o credor da cláusula penal por ocasião da cessão da posição contratual, como os direitos e deveres contratuais personalíssimos.

## 7

**CLÁUSULA PENAL E INSTITUTOS AFINS****7.1 OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA**

Dispõe o artigo 410 que a cláusula penal, quando estipulada para o caso de total inadimplemento, será convertida em *alternativa* a benefício do credor. No entanto, a figura não se confunde com as obrigações alternativas, nas quais a escolha cabe, em regra, ao devedor (artigo 252).

Com efeito, se a obrigação decorrente da cláusula penal fosse alternativa, caberia ao *devedor* escolher entre o cumprimento da obrigação ou o pagamento da pena, o que não se verifica. A obrigação principal é uma só, sendo a pena um mero *acessório*<sup>341</sup> devido em caso de inadimplemento.

Adicionalmente, em se tratando de obrigação alternativa, perecendo ou sendo ilícita uma das obrigações, opera-se a concentração na outra obrigação. O mesmo não ocorre em se tratando de cláusula penal, já que a ilicitude ou o perecimento da obrigação principal implicam o mesmo resultado para a obrigação acessória decorrente da cláusula penal.

**7.2 ARRAS****7.2.1 Breve Nota sobre as Arras no Novo Código Civil**

O Novo Código Civil trouxe duas importantes alterações *estruturais* no tratamento das arras relativamente ao Código revogado. A primeira delas é *topológica*, pois o instituto deixou de figurar entre as regras contratuais e passou a figurar entre as normas atinentes ao inadimplemento das obrigações, ao lado da cláusula penal. A alteração foi aplaudida pela doutrina.<sup>342</sup>

---

<sup>341</sup> Vide item 2.1.1 supra.

<sup>342</sup> Nesse sentido MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, p. 487. A autora critica, no entanto, a utilização do termo “contrato” no artigo 417, tendo em vista que as arras, notadamente após a alteração topológica aqui referida, podem ser instituídas em qualquer modalidade de *negócio*

O Novo Código Civil também deixou mais claras as regras atinentes às arras, na esteira da *operabilidade*,<sup>343</sup> que é um dos três pilares de sustentação do Novo Código Civil. Restaram eliminadas, por exemplo, as dúvidas e a insegurança decorrentes da aplicação dos artigos 1.094 e 1.097 do Código revogado.

O novel legislador privilegiou, ainda, as arras *confirmatórias*, que passaram a ter papel preponderante, ocupando os primeiros três dos quatro artigos dedicados ao instituto, em detrimento das arras *penitenciais*, que no Código revogado tinham papel de destaque. Tanto é assim que, para que as arras sejam tratadas como *penitenciais*, deve haver referência expressa das partes nesse sentido, do contrário aplicar-se-ão os artigos 417 a 419.<sup>344</sup>

Segundo Silvio Rodrigues:

“As arras, ou sinal, constituem a importância em dinheiro ou coisa dada por um contratante a outro, por ocasião da conclusão do contrato, com o escopo de firmar presunção de acordo final e tornar obrigatório o ajuste; ou, ainda, excepcionalmente, com o propósito de assegurar, para cada um dos contratantes, o direito de arrependimento.”<sup>345</sup>

Trata-se de negócio de natureza *real*, de forma que somente serão aplicáveis as regras dos artigos 417 a 420 do Novo Código Civil caso tenha havido efetiva tradição da *res*. Nesse ponto, diferencia-se da cláusula penal, que é uma promessa a ser cumprida no futuro.<sup>346</sup>

---

*jurídico*, e não somente nos contratos. Vide, ainda, FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações*, p. 290; ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal*, p. 173.

<sup>343</sup> Segundo Jorge Cesa Ferreira da Silva, “difícilmente se encontrará outro instituto que, do Código anterior para o atual, tenha sido tão bem regulado, sobretudo no âmbito das suas conseqüências jurídicas, o que é de aplaudir-se, tendo em vista a importância prática que as arras possuem entre nós” (*Inadimplemento das obrigações*, p. 290).

<sup>344</sup> “Para que as arras tenham função penitencial, é necessário que as partes o declarem” (GOMES, Orlando. *Obrigações*, p. 191).

<sup>345</sup> *Direito civil*, p. 279.

<sup>346</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal*, p. 174. No mesmo sentido, Calvão da Silva: “Desde logo, a realidade do sinal, porque o sinal só existe com a entrega da coisa, não bastando o consenso das partes. A cláusula penal, diferentemente, é uma convenção simplesmente consensual, a consubstanciar-se numa obrigação jurídica acessória, a produzir efeitos em caso de não cumprimento (cláusula penal compensatória) ou atraso no cumprimento (cláusula penal moratória) do negócio jurídico a que é aposta”. (*Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 303).

Como decorrência do caráter real do negócio, a simples promessa de entrega de sinal não gera a aplicação das regras atinentes às arras.<sup>347</sup>

De se notar que o legislador não inclui, entre as normas que disciplinam as arras, regra que permita expressamente a redução judicial em caso de manifesta excessividade. A exemplo do que sustentamos relativamente à cláusula penal *compulsória*, entendemos que a redução pode ser feita com fundamento no artigo 187 do Novo Código Civil, que trata do *abuso de direito*, pois tal dispositivo consta da Parte Geral do Código Civil, aplicando-se assim a todos os Livros do Código, notadamente o livro do Direito das Obrigações.<sup>348</sup>

### 7.2.2 Arras Confirmatórias

Nos termos do artigo 417 do Novo Código Civil, se uma das partes entregou dinheiro ou outro bem móvel a título de arras ou *sinal*, em sendo executado o contrato, o bem dado será computado na prestação devida e considerado *princípio de pagamento* ou, se infungível com a prestação principal, deverá ser restituído.

Se, após entregue a coisa a título de arras, uma das partes não executar, *culposamente*,<sup>349</sup> o negócio, essa mesma parte perderá as arras em benefício da outra ou terá que devolver as arras juntamente com atualização monetária, juros e honorários de advogado, conforme o caso, e a outra parte poderá ter por desfeito o contrato (artigo 418).

---

<sup>347</sup> Nesse sentido, RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, p. 282, bem assim FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações*, p. 294.

<sup>348</sup> NELSON ROSENVALD entende ser possível também a revisão judicial das *arras*, porém com fundamento na cláusula geral do artigo 413 (*Cláusula penal*, p. 181). Jorge Cesa Ferreira da Silva entende da mesma forma (*Inadimplemento das obrigações*, p. 310). Embora o resultado prático seja o mesmo, entendemos que o fundamento para a revisão de *arras* abusiva é o artigo 187 do Novo Código Civil, e não o artigo 413, que é de exclusiva aplicação à cláusula penal. Calvão da Silva entende, relativamente ao direito português, que não cabe a aplicação analógica do art. 812<sup>o</sup> do Código Civil português (correspondente ao artigo 413 do Novo Código Civil) às arras: "(...) quando a lei confere ao tribunal a faculdade de reduzir o sinal manifestamente excessivo, de acordo com a equidade, como faz na cláusula penal (art. 812<sup>o</sup>), terá atendido justamente à realidade daquele e ao mais elevado grau de certeza e de segurança que este visa a proporcionar. E, assim, a aplicação das regras do regime do sinal como *ius strictum*, sem que o julgador possa reduzir a sua perda ou restituição em dobro, com base em razões de equidade, encontrará justificação na referida especificidade e sua razão de ser, contrastante com a consensualidade e espiritualidade da cláusula penal e seus efeitos futuros" (*Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 306).

<sup>349</sup> "O inadimplemento gerador da resolução há de ser imputável ao devedor ou, mais do que isso, decorrer de sua culpa. Em outras palavras, se inexistir culpa do devedor e ocorrer impossibilidade de prestação, o contrato se extingue, mas não por efeito das arras" (FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações*, p. 306). Essa observação vale, da mesma forma, para as arras penitenciais.

As arras confirmatórias são retidas, ou devolvidas em dobro, a título de *indenização*<sup>350</sup> para a parte prejudicada. Tanto é assim que o artigo 419 abre a possibilidade de se requerer *indenização suplementar* ou, conforme o caso, poderá a parte prejudicada exigir o cumprimento do contrato, valendo as arras como mínimo da *indenização*.

Nesse ponto, as arras se assemelham à cláusula penal *indenizatória*, pois o não-cumprimento gera para o credor o direito a uma prestação, a título de indenização, em valor *predeterminado*. Relativamente às arras, no entanto, o legislador garante o direito à indenização suplementar independentemente de previsão contratual, o que não se verifica em se tratando de cláusula penal indenizatória.

A retenção ou a devolução das arras confirmatórias produzem, em regra, a resolução expressa do negócio jurídico, enquanto na cláusula penal tal resolução é apenas uma opção concedida ao credor.<sup>351</sup> Outra diferenciação importante: as arras dizem respeito, apenas, ao inadimplemento absoluto do negócio, enquanto a cláusula penal pode dizer respeito a qualquer espécie de descumprimento.

### 7.2.3 Arras Penitenciais

Nos termos do artigo 420 do Código Civil, sendo o contrato estipulado com possibilidade de arrependimento, as arras ou o sinal pago por uma das partes converter-se-ão em *indenização* para a outra parte, que não terá direito a indenização suplementar. Trata-se de *presunção absoluta de dano* criada pelo legislador.

---

<sup>350</sup> Nesse sentido entende Jorge Cesa Ferreira da Silva, para quem um dos efeitos das arras confirmatórias “relaciona-se à liquidação antecipada das perdas e danos para tal caso, ainda que se faça possível indenização suplementar, no que elas se assemelham à cláusula penal” (*Inadimplemento das obrigações*, p. 298). Para JUDITH MARTINS-COSTA, também a manutenção ou devolução das arras constitui “ressarcimento do dano resultante da inexecução contratual”. No mesmo sentido: CALVÃO DA SILVA, João. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 301. Outra é, no entanto, a posição de Nelson Rosenvald: “Ela [arras] representará uma sanção contra o faltoso, em razão de sua inexecução culposa. As arras não servem como estimativa de perdas e danos, pois a prova do dano é dispensada. O sinal não compreende indenização, dada sua dependência relativamente ao dano efetivo” (*Cláusula penal*, p. 175). Entendemos que, em função da redação do artigo 419 do Código Civil, não há como sustentar que as arras não constituem começo de indenização, cabendo ao credor indenização pelo dano excedente, a qual é inafastável, a fim de obter reparação integral.

<sup>351</sup> Nas palavras de Jorge Cesa Ferreira da Silva, “as arras penitenciais promovem a desconstituição da eficácia do negócio jurídico, ao passo que a cláusula penal pressupõe a manutenção dessa eficácia” (*Inadimplemento das obrigações*, p. 245).

Assim, o pagamento das arras permite que uma das partes exerça o direito *potestativo* de desistir do contrato mediante simples pagamento ou retenção da quantia predeterminada, sem possibilidade de indenização suplementar, de maneira que *enfraquece*<sup>352</sup> o vínculo contratual. A cláusula penal, por outro lado, tem como finalidade estimular o devedor a cumprir a obrigação principal, caracterizando-se, assim, como forma de *reforço* do vínculo contratual.

### 7.3 CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDADE

A cláusula limitativa de responsabilidade é, nas palavras de Pinto Monteiro,<sup>353</sup>

“aquela que é destinada a restringir ou a limitar antecipadamente, de modo vário, a responsabilidade em que, sem ela, incorreria o devedor. Essa limitação pode dizer respeito, designadamente, ao fundamento ou pressuposto da responsabilidade ou ao montante da indenização.”

Ou seja, por meio da cláusula de limitação de responsabilidade, as partes determinam, previamente, o *valor máximo* da indenização que será devida em caso de descumprimento. Nesse ponto, assemelha-se bastante à cláusula penal *indenizatória*, por meio da qual as partes também predeterminam o valor da indenização.

No entanto, na cláusula penal indenizatória, salvo na hipótese de manifesta excessividade, o montante da pena é *fixo*, dispensando a produção de prova pelo credor, não sendo admitida prova, pelo devedor, de que os danos foram de menor monta.

Quando as partes pactuam uma cláusula de limitação de responsabilidade, por outro lado, cabe ao *credor* a prova da existência e extensão dos danos. Se os danos foram em valor *inferior* ao *limite* estipulado na cláusula de limitação, prevalecerá o montante apurado. Somente se o dano efetivo for comprovadamente *superior* é que entrará em ação a cláusula de limitação, cabendo ao devedor o pagamento do valor conforme o limite convencionalmente estabelecido.

---

<sup>352</sup> “Onde esta convenção [sinal penitencial] exista, o sinal não reforça o contrato e não garante o seu cumprimento, antes legitima a retractação ou recesso unilateral do contrato (...)” (CALVÃO DA SILVA, João. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 308).

<sup>353</sup> *Cláusula penal e indemnização*, p. 235. Nas páginas 237 e seguintes o autor cuida da validade da cláusula de limitação de responsabilidade no direito português, concluindo pela validade, com algumas exceções. Em sentido contrário Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, v. II, p. 325. Para um panorama do tema no direito brasileiro, vide: DIAS, Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 905 e seguintes.

## 7.4 ASTREINTES

O artigo 461, § 4º, do Código de Processo Civil confere ao juiz a possibilidade de, preenchidos os requisitos legais, fixar *multa diária* ao réu para impeli-lo ao cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer.

As *astreintes* se identificam com a *sanção pecuniária compulsória* do direito português, assim definida por Calvão da Silva:

“A sanção pecuniária compulsória é a condenação pecuniária decretada pelo juiz para constranger e determinar o devedor recalcitrante a cumprir sua obrigação. É, pois, um meio de constrangimento judicial que exerce pressão sobre a vontade lassa do devedor, apto para triunfar da sua resistência e para determiná-lo a acatar a decisão do juiz e a cumprir a sua obrigação, sob ameaça ou compulsão de uma adequada sanção pecuniária, distinta e independente da indemnização, susceptível de acarretar-lhe elevados prejuízos.”<sup>354</sup>

Embora seja, entre nós, instituto de natureza processual, interessa destacar em que pontos difere da cláusula penal. Inicialmente, as *astreintes* se revestem de natureza pública, sendo impostas pelo magistrado e fixadas, sempre,<sup>355</sup> em dinheiro, enquanto a cláusula penal tem natureza nitidamente privada, não devendo ser necessariamente fixada em dinheiro, e sendo estipulada de comum acordo pelos contratantes.

A cláusula penal pode ser fixada para compelir o devedor ao cumprimento de qualquer espécie de obrigação, enquanto que as *astreintes* são aplicáveis, tão somente, às obrigações de fazer ou não fazer. Além disso, a cláusula penal é mais vantajosa pois dispensa, em princípio, o recurso ao Judiciário, enquanto as *astreintes* pressupõem que a matéria já esteja *sub judice*.

Sendo a cláusula penal estipulada com finalidade *indenizatória*, a pena não acresce à indenização, enquanto que as *astreintes* são sempre devidas sem prejuízo das perdas e danos (artigo 461, § 4º).

---

<sup>354</sup> *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 355.

<sup>355</sup> Embora a lei não obrigue seja a multa fixada em dinheiro, a prática mostra que tem assim acontecido na totalidade dos casos.

## CONCLUSÕES

1. A cláusula penal é um pacto acessório da obrigação principal, ficando, portanto, dependente da obrigação que visa proteger. Como consequência, sendo inválida ou ineficaz a obrigação principal, o mesmo destino terá a cláusula penal. A obrigação natural, quando protegida por cláusula penal, passa a caracterizar obrigação civil.

2. A prestação objeto da cláusula penal não deve, necessariamente, ter caráter patrimonial. Pode consistir, por exemplo, na entrega de uma coisa, obrigação de declarar uma vontade ou mesmo em uma obrigação de fazer infungível.

3. A culpa é elemento essencial da cláusula penal, de modo que, não sendo o descumprimento imputável ao devedor, não é exigível a pena convencional. A exigência de culpa passou a constar expressamente do texto legal no Novo Código Civil (artigo 408).

4. O contrato autônomo por meio do qual é pactuada a cláusula penal é válido ainda que não seja observada a forma especial exigida para o contrato que contém a obrigação principal.

5. A cláusula penal tem causa típica, autônoma em relação à obrigação principal, nem por isso perdendo seu caráter acessório.

6. A cláusula penal pode ser prevista para a hipótese de inadimplemento total, mora ou, ainda, violação positiva do contrato. O inadimplemento absoluto é caracterizado quando da impossibilidade de o devedor cumprir a obrigação ou, ainda, caso o *credor* perca o interesse na prestação. A violação positiva do contrato ocorrerá quando a prestação ocorrer de forma irregular ou defeituosa, causando danos ao credor ou desvalorizando a prestação, e desde que o cumprimento não seja aceito pelo credor.

7. A cláusula penal é vista tradicionalmente pela doutrina como figura única como uma forma de prefixação das perdas e danos devidas em função do inadimplemento. Admite-se uma função *compulsória* não-autônoma, verificável quando é estipulada uma indenização em valor elevado. Há, ainda, uma minoria que admite a função *compulsória* ou a função *punitiva* como caractere principal da figura.

8. O Novo Código Civil não alterou significativamente o tratamento dispensado à cláusula penal. A principal modificação foi objeto do artigo 413, segundo o qual a cláusula penal pode ser revisada equitativamente pelo juiz nas hipóteses de manifesta excessividade ou de cumprimento parcial.

9. As regras do Novo Código Civil, assim como ocorria no sistema anterior, são incompatíveis com a função *compulsória* ou *punitiva* da cláusula penal. Dessa forma, caso se entenda o instituto como figura única, a única cláusula penal admitida no direito brasileiro seria aquela de função unicamente *indenizatória*.

10. Seguindo a tradição alemã e dos países de *common law*, também entre nós a cláusula penal deve ser vista como figura *dúplice*. Isso significa dizer que não deve ser reconhecida apenas uma espécie de cláusula penal, mas *duas*, sendo uma de natureza puramente indenizatória e outra de natureza compulsória, devendo cada uma receber tratamento diferenciado.

11. Têm natureza compulsória a cláusula penal *stricto sensu* e a cláusula penal *meramente sancionatória*. Na primeira, as partes estipulam uma penalidade em valor superior ao *dano previsível* que será causado na hipótese de inadimplemento absoluto, e na segunda a penalidade é devida cumulativamente com o cumprimento da obrigação, também para a hipótese de inadimplemento total.

12. A cláusula penal de natureza *indenizatória* tem como finalidade apenas fixar previamente as perdas e os danos devidos na hipótese de inadimplemento absoluto. É criada em benefício de ambas as partes, tendo a pena natureza de *indenização*. Pode a penalidade ter valor *inferior* ou *superior* ao dano efetivo.

13. Ao intérprete cabe identificar a cláusula penal *indenizatória* ou *compulsória*, considerando a intenção das partes, nos termos do artigo 121 do Código Civil. A cláusula penal *meramente compulsória* é de fácil identificação, pois deve a cláusula prever que a pena é devida cumulativamente com o cumprimento da obrigação principal. Para diferenciar a cláusula penal *stricto sensu* da indenizatória, o intérprete tem que valer-se dos termos utilizados pelas partes, bem como da proporção da pena relativamente aos danos previsíveis no momento da contratação.

14. Somente a cláusula penal indenizatória é prevista no Código Civil, sendo a cláusula penal compulsória admitida com fundamento na autonomia privada.

15. A prestação objeto da cláusula penal compulsória não tem natureza de indenização, motivo pelo qual é devida independentemente da existência do dano. Já em relação à cláusula penal indenizatória, entende a doutrina que é dado ao devedor comprovar que o inadimplemento não gerou quaisquer danos para o credor e, nesse caso, não será devida a penalidade, com base no princípio de que não há indenização se não há dano. Entendemos, no entanto, que a existência de dano efetivo não é requisito de exigibilidade da cláusula penal indenizatória, pois o dano é presumido de maneira absoluta, pelo legislador.

16. A limitação do artigo 412 do Código Civil aplica-se apenas para a cláusula penal indenizatória, e nas hipóteses em que for prevista indenização suplementar. Somente a indenização suplementar, quando o dano efetivo for superior ao montante da cláusula penal, é que está limitada pelo artigo 412.

17. Não obstante a clara dicção do artigo 412 do Código Civil, segundo o qual a cláusula penal está limitada ao valor da obrigação, a única interpretação razoável que se pode atribuir ao texto legal é que a pena está limitada ao valor das perdas e danos decorrentes do inadimplemento da obrigação principal.

18. Ainda que o valor da pena objeto da cláusula penal indenizatória seja superior ou inferior ao valor da obrigação principal, ou ao valor das perdas e danos decorrentes do inadimplemento desta, não há que se falar em aplicação da teoria do enriquecimento sem causa de nenhuma das partes, pois tal variação para maior ou para menor é natural da *alea* envolvida nessa espécie de pena convencional. Somente na hipótese em que a penalidade for excessiva é que se pode falar em revisão, aplicando-se então o artigo 413 do Código Civil.

19. A redução por manifesta excessividade aplica-se também à cláusula penal compulsória, não com fundamento no artigo 413 do Código Civil, mas na vedação do abuso do direito prevista na Parte Geral (artigo 187) do Código Civil, a qual se aplica a todos os livros do Código.

20. A indenização pelo dano excedente aplica-se somente à cláusula penal indenizatória, uma vez que na cláusula penal compulsória a penalidade não guarda qualquer relação com o valor da indenização.

21. A revisão judicial da cláusula penal deve ser realizada mediante requerimento da parte interessada e, portanto, não deve ocorrer *ex officio*. Deve ser argüida somente após o inadimplemento, quando já for exigível a prestação objeto da cláusula penal.

22. Para justificar a redução judicial a excessividade apenas não é suficiente. Há que ser manifesta, flagrante, indiscutível. Os critérios para redução por manifesta excessividade aplicáveis a cada espécie de cláusula penal são diversos. Na cláusula penal indenizatória, é relevante a razoabilidade da relação entre o valor da cláusula penal e o dano efetivo. Por outro lado, relativamente à cláusula penal compulsória, deve o juiz analisar qual o montante que seria razoavelmente necessário para compelir o credor a adimplir a obrigação em ambos os casos. Em ambos os casos deve o juiz levar em conta, ainda, outros fatores, tais como a gravidade da infração, o grau de culpa do devedor, a vantagem percebida pelo devedor por força do descumprimento e o interesse do credor na prestação.

23. A análise do juiz, por ocasião da apreciação do pedido de revisão da cláusula penal, não é discricionária, portanto não há análise de conveniência e oportunidade. Trata-se de atividade vinculada, devendo o magistrado interpretar a norma, aplicando-a ao caso concreto.

24. A redução na hipótese de cumprimento parcial não deve ser proporcional, mas eqüitativa, considerando-se a utilidade da prestação para o credor. Assim, na hipótese de cumprimento parcial que não teve qualquer utilidade para o credor, não parece justo falar-se em redução da penalidade.

25. Por meio da cessão de crédito e da assunção de dívidas, transfere-se apenas a cláusula penal que estiver ligada com a finalidade do crédito cedido, sendo deste inseparável, e não de forma mais geral com o programa contratual, com a relação contratual de onde o crédito emerge.

26. A cessão de créditos e a assunção de dívidas não englobam todo o complexo de posições subjetivas abarcadas pelo contrato, incluindo créditos, débitos, direitos potestativos e exceções. Por outro lado, todas essas posições subjetivas, incluindo os direitos e deveres decorrentes da cláusula penal, são efetivamente transferidas por meio da cessão de contrato, figura admitida no direito brasileiro com fundamento na autonomia privada.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA COSTA, Mario Júlio. *Direito das obrigações*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.
- ANDRADE JÚNIOR, Attila de Sousa Leão. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. II: Direito das obrigações.
- ANDREOLI, Marcelo. *La cessione del contratto*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1951.
- BARATELLA, Maria Grazia. *Le pene private*. Milano: Giuffrè, 2006.
- BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Cessão da posição contratual*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BENACCHIO, Marcelo. *Cláusula penal: revisão crítica à luz do Código Civil de 2002, 2007* (Obra inédita).
- BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1953.
- BIANCA, Massimo. *Diritto civile – Il contratto*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 3.
- BIANCA, Massimo. *Diritto civile – L'obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 4.
- BIANCA, Massimo. *Diritto civile – La responsabilità*. Milano: Giuffrè, 1997.
- BLAS, Jesus Maria Lobato de. *La cláusula penal en el derecho español*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1974.
- BOULOS, Daniel Martins. *O abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006.
- CABRAL, Antonio da Silva. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- CALVÃO DA SILVA, João. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CAMBLER, Everaldo Augusto. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. III.
- CESAR, Dimas de Oliveira. *Estudo sobre a cessão do contrato*. São Paulo: RT, 1954.

- CHIRELSTEIN, Marvin A. *Concepts and case analysis in the law of contracts*. 5. ed. New York: Foundation Press, 2006.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.
- DIAS, Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DIEZ-PICAZO, Luís Maria. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 2. ed. Madrid: Ediciones Tecnos, 1986. v. I.
- DODGE, William S. The case for punitive damages in contracts. *Duke Law Journal*, v. 48, 1998.
- ENNECERUS; KIPP; WOLF. *Tratado de derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1934. t. 2, v. 1: Derecho de obligaciones.
- ESPÍN ALBA, Isabel. *La cláusula penal*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997.
- FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: RT, 2007.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1996.
- GARCIA-AMIGO, Manuel. La cesion de contratos en el derecho español. *Editorial Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1964.
- GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazione nel diritto moderno italiano*. Firenze: Editora Casa Editrice Libreria 'Fratelli Camelli', 1895. v. IV.
- GÓES, Gisele Santos Ferreira. Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? ênfase nos princípios jurídicos. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento jurídico*. São Paulo: Manole, 2006.
- GOETZ, Charles; SCOTT, Robert. Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: some notes on an enforcement model and the theory of efficient breach. *Columbia Law Review*, 77/554, New York, 1977.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Da assunção de dívida e sua estrutura negocial*. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1982.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GONZALEZ, Javier Dávila. *La obligación con cláusula penal*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1992.
- HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michelle. *American civil procedure*. Yale University Press, 1993, p. 12.

- HOMES, Oliver Wendell. *The common law*. Boston: Little, Brown and Company, 1881.
- LORD, Richard A. *Williston on contracts*. 4. ed. Thomsom West, 2001.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.
- MARINI, Annibale. *La clausola penale*. Napoli: Jovene Editore, 1984.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. V, t. II: Do inadimplemento das obrigações.
- MATTIA, Fabio de. Cláusula penal pura e cláusula penal não pura. *Revista dos Tribunais*, 383/35.
- MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Da boa-fé no direito civil*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2001.
- MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Da modernização do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2004. v. I: Aspectos gerais.
- MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2000. t. I, v. I: Parte geral.
- MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. Milano: Giuffrè, 1994.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto de Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.
- NEVES, José Roberto de Castro. *O Código do Consumidor e as cláusulas penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas acessórias ao contrato*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Quebra positiva do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, 25/98.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. II: *Teoria Geral das Obrigações* (Obra atualizada por Luiz Rodão de Freitas Gomes).

PERLINGERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazione*. Napoli: Jovene Editore, 1972.

PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2003. t. 26.

REALE, Miguel. *História do novo Código Civil. Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: RT, 2005. v. I.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2: Parte geral das obrigações.

ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. v. II.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I.

THUR, A. von. *Tratado de las obligaciones*. Tradução do alemão por W. Roces. Granada: Editorial Comares, 2007.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. v. II.

VIOLA, Ana Maria Sanz. *La cláusula penal en el Código Civil*. Barcelona: Bosch Editor, 1994.

ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. Milão: Giuffrè, 1991.