UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Marcelo Tosin

CLÁUSULA PENAL NOS CONTRATOS CIVIS E EMPRESARIAIS

Porto Alegre
2014

MARCELO TOSIN

CLÁUSULA PENAL NOS CONTRATOS CIVIS E EMPRESARIAIS

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Luis Renato Ferreira da Silva

Porto Alegre

2014

MARCELO TOSIN

CLÁUSULA PENAL NOS CONTRATOS CIVIS E EMPRESARIAIS

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.

Aprovado em 19 de dezembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA:

_____

Professor Doutor Luis Renato Ferreira da Silva
Orientador

_____

Professor Doutor Fabiano Menke

_____

Professor Doutor Gerson Luiz Carlos Branco

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Luiz e Fátima, pelo amor, pela dedicação, e por não terem medido esforços para que eu tivesse a melhor educação possível.

Aos meus irmãos, Cristiane e Alexandre, pelo apoio e por sempre estarem ao meu lado.

Ao meu orientador, Professor Luis Renato, por ter acreditado em mim neste trabalho, e pela maestria e brilhantismo que guiou meus estudos.

Aos meus amigos e colegas, tanto de Faculdade como do escritório, por estarem ao meu lado compartilhando ideias, momentos de descontração e conhecimento.

RESUMO

O presente trabalho consiste em um estudo acerca do instituto da cláusula penal, no qual são abordadas as principais características e funcionalidades do instituto, com base no seu perfil funcional. Tal perspectiva confere prevalência à finalidade que as partes contratantes pretendem atingir por meio da cláusula penal, rejeitando a perspectiva segundo a qual a cláusula penal poderia constituir, ao mesmo tempo, sanção e indenização. Com base nessa distinção funcional, são apresentadas as diferentes funções desempenhadas pela cláusula penal, bem como as suas respectivas espécies e modalidades. Assim, somente qualificando-se previamente a cláusula penal a partir do negócio jurídico concretamente considerado é que será possível aplicar as regras legais incidentes ao instituto, sejam elas atinentes à revisão judicial ou à possibilidade de se postular indenização suplementar visando à reparação pelo dano excedente.

Palavras chave: Cláusula penal. Função indenizatória. Função coercitiva. Revisão judicial. Indenização suplementar.

ABSTRACT

This study analyzes the institute of penalty clause, addressing its main features and functionalities, based on its functional profile. This perspective gives precedence to order the contracting parties intend to achieve through the penalty clause, rejecting the view that the penalty clause could be at the same time penalty and compensation. Based on its functional distinction the functions of the penalty clause are presented, and their respective species and arrangements are included. It shows that only after pre-qualifying the penalty clause based in the legal transaction specifically considered it will be possible to apply the legal rules concerning the penalty clause, whether relating to judicial review or the possibility of postulating additional compensation seeking restoration by surplus damage.

Key words: Penalty clause. Liquidated damages function. Coercive function. Judicial revision. Additional compensation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **8**

CAPÍTULO I - CARACTERIZAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL **10**

1.1 CONCEITO DE CLÁUSULA PENAL E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS 10

1.1.1 Momento de estipulação da cláusula penal 11

1.1.2 Acessoriedade da cláusula penal 12

1.1.3 Cláusula penal como obrigação facultativa 14

1.1.4 Condicionalidade da cláusula penal 16

1.1.5 Sujeitos e objeto da cláusula penal 18

1.2 QUALIFICAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL SEGUNDO A PERSPECTIVA FUNCIONAL 21

1.2.1 Tese da natureza jurídica mista ou híbrida da cláusula penal 21

1.2.2 Tese da duplicidade de espécies de cláusula penal 23

1.2.3 Modalidades de cláusula penal: moratória e compensatória 29

CAPÍTULO II – O CONTROLE DA CLÁUSULA PENAL E A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR **36**

2.1 LIMITES PARA FIXAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL E A POSSIBILIDADE DE REDUZI-LA JUDICIALMENTE 36

2.1.1 Limitação de valor da cláusula penal e o sentido da expressão “obrigação principal” 36

2.1.2 Hipóteses de incidência que podem ensejar a revisão judicial da cláusula penal: o *cumprimento parcial* e a *manifesta excessividade* 39

2.1.3 A equidade como critério norteador da revisão judicial da cláusula penal 46

2.1.4 A natureza cogente da norma insculpida no artigo 413 do Código Civil e a impossibilidade de revisão de ofício 51

2.2 POSSIBILIDADE DE ESTIPULAR CLÁUSULA DE INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR 54

2.2.1 A função coercitiva e a desnecessidade de comprovação de prejuízo 54

2.2.2 A função indenizatória e a possibilidade de indenização suplementar 56

CONCLUSÕES **60**

REFERÊNCIAS **62**

INTRODUÇÃO

Concebida pelo exercício da autonomia privada, a cláusula penal é figura complexa e revela-se um importante instrumento de utilização na seara contratual, eis que possibilita a autocomposição de interesses e permite, a um só tempo, a celeridade exigida pela prática mercantil e a segurança no cumprimento das obrigações contratuais.

Em face da multiplicidade de funções que desempenha, e da importância dos problemas que visa a resolver, a cláusula penal tem se mostrado um instrumento de utilização assaz frequente e que desperta constante interesse prático. A despeito do constante relevo que o instituto vem ganhando na seara contratual, a cláusula penal continua sendo uma figura bastante complexa, suscitando dificuldades na sua aplicação e na definição do seu regime jurídico.

A proposta central desse estudo reside justamente numa tentativa de demonstrar as principais características e funcionalidades do instituto em questão, a fim de que se possa desempenhar adequadamente a tarefa de revisão judicial da cláusula penal, e também para que seja compreendida e reconhecida a possibilidade dos contratantes estipularem cláusula de indenização suplementar, em atenção ao princípio da reparação integral.

Para tanto, será necessário, na primeira parte do presente trabalho, proceder-se à análise do conceito e das características da cláusula penal. Paralelamente, será demonstrado que a visão tradicional existente sobre o tema filia-se à teoria da natureza jurídica híbrida (ou mista) da cláusula penal, conferindo prevalência a um modelo unitário que reúne na mesma figuram as finalidades coercitiva e indenizatória.

Será examinada, em contrapartida, a teoria moderna da duplicidade de espécies de cláusula penal, a qual confere prevalência à finalidade que as partes contratantes pretendem atingir por meio da cláusula penal, e que rejeita a perspectiva segundo a qual a pena convencional poderia constituir, ao mesmo tempo, sanção e indenização. Além disso, também serão delimitadas as categorias de cláusula penal concebidas a partir dessa novel visão, demonstrando-se que cada função desempenhada pela cláusula penal corresponde a uma espécie, e que para cada espécie de cláusula penal há um regime jurídico aplicável.

Na segunda parte do trabalho, serão analisados primeiramente os limites para fixação da cláusula penal estabelecidos na legislação civil pátria e, paralelamente, serão examinadas as duas hipóteses de incidência previstas no artigo 413 do Código Civil de 2002, que podem ensejar a revisão judicial da cláusula penal, demonstrando-se, ainda, a impossibilidade de intervenção judicial de ofício com a finalidade de reduzi-la.

Posteriormente, realizar-se-á uma análise da possibilidade dos contratantes estipularem cláusula de indenização suplementar, visando à reparação do eventual dano excedente (parágrafo único do artigo 416 do Código Civil), bem como a compatibilização desta previsão legal com o princípio da reparação integral.

CAPÍTULO I - CARACTERIZAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL

1.1 CONCEITO DE CLÁUSULA PENAL E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

A cláusula penal, também denominada de pena convencional, consiste em regra de natureza negocial que conecta uma pena ao inadimplemento de uma obrigação[1]. Dito em outras palavras, por cláusula penal entende-se a estipulação em que ambas as partes, ou apenas uma delas, se obriga(m) antecipadamente, perante a outra, a efetuar certa prestação (quer em dinheiro, quer em outro bem pecuniariamente estimável) em caso de inadimplemento[2] de determinada obrigação.[3]

Na lição de Pontes de Miranda, a cláusula penal é

> prestação, de ordinário em dinheiro, que alguém, devedor ou não, promete, como pena a que se submete, para o caso de não cumprir a sua obrigação, ou não a cumprir satisfatoriamente, ou para o caso de se dar algum fato, concernente ao negócio jurídico, ou não se dar.[4]

Diversamente do que se verifica no direito francês (onde o regramento vigente define expressamente a cláusula penal)[5], o Código Civil brasileiro não declinou a conceituação do instituto, mas apenas tratou de expor os seus caracteres básicos. Dentre as observações elaboradas pela doutrina pátria acerca de tal opção legislativa, digna de nota é a lançada por Judith Martins-Costa, que reputa acertada tal tradição mantida no Código Civil de 2002 (repetindo o modelo de 1916), na medida em que permite à doutrina reconstruir os elementos do conceito de cláusula penal sob uma perspectiva funcional, conforme o complexo das

---

[1] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 233.

[2] Jorge Cesa Ferreira da Silva afirma que qualquer espécie de inadimplemento (seja inadimplemento absoluto, mora, violação positiva do contrato) poderá ensejar a aplicação da cláusula penal, assim como a pena poderá estar vinculada a qualquer espécie de dever (deveres de prestação, principais ou secundários, ou laterais). (FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 234).

[3] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 608.

[4] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, tomo XXVI, p. 62.

[5] O Código Civil francês, em seu artigo 1.226, define expressamente a cláusula penal como sendo: "*La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose em cas d'inexécution.*" Tradução livre do autor: "A cláusula penal é aquela pena pela qual uma pessoa, para assegurar a execução de uma convenção, compromete-se a dar alguma coisa, em caso de inexecução."

funções efetivamente desempenhadas pela figura, segundo o escopo visado pelos contratantes[6] – perspectiva esta que será melhor abordada adiante.

Conquanto seja normalmente pactuada em contratos, a cláusula penal também pode ser concebida em negócios jurídicos unilaterais[7], como sói ocorrer em testamentos e promessas de recompensa, acentuando sua natureza mais negocial do que propriamente contratual.

1.1.1 Momento de estipulação da cláusula penal

O atual Código Civil, reproduzindo igualmente o modelo adotado no Código de 1916, permite que a cláusula penal seja estipulada conjuntamente com a obrigação principal, ou em ato posterior. Aliás, a própria dicção adotada no artigo 409 do Código Civil[8] evidencia que a cláusula penal pode ser estipulada em aditivo contratual, ou seja, em momento posterior ao ajuste da obrigação principal. Discorrendo acerca do momento de pactuação da cláusula penal, Mário Júlio de Almeida Costa aponta que ela surge, em regra, conjuntamente com a obrigação principal; ressaltando, contudo, ser possível pactuá-la em momento ulterior, antes de verificado o fato que a contempla.[9] Seja pactuada conjuntamente com a obrigação principal, seja estipulada em instrumento separado, evidentemente a cláusula penal deve ser fixada em momento anterior ao da inexecução da obrigação. Nesse particular, Caio Mário da Silva Pereira assinala que se a cláusula penal fosse estipulada após o descumprimento haveria um desvirtuamento em sua finalidade econômica, "já que o reforçamento da obrigação descumprida pareceria o que a linguagem popular caracteriza no refrão que alude a 'pôr fechadura em porta arrombada'".[10]

Note-se, a propósito, que toda e qualquer espécie de obrigação pode receber o reforço de uma cláusula penal, a qual frequentemente vem adjeta às obrigações convencionais, em

---

[6] MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 607.
[7] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, tomo XXVI, p. 59.
[8] Artigo 409 do Código Civil brasileiro: "A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora."
[9] ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*, 12ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, p. 795.
[10] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* teoria geral das obrigações. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp.142-143.

razão de que a mesma vontade que origina o vínculo é que possui o poder de estipulá-la.[11] Desse modo, a pena pode acrescer qualquer relação obrigacional, seja ela positiva ou negativa.[12] Imprescindível, no entanto, é que a cláusula penal seja pactuada de maneira expressa[13], bem como seja inequívoco o seu teor, pois não seria razoável aplicar uma sanção compulsória de forma presumida ou tácita. Em percuciente passagem sobre o tema, Caio Mário da Silva Pereira anota que "não se afeiçoaria bem aos princípios que resultasse implícita ou presumida, já que traz em si um objetivo penal, e nenhuma pena é de aplicar-se por inferência, senão por disposição explícita".[14]

1.1.2 Acessoriedade da cláusula penal

A cláusula penal, como já referido, pressupõe a existência de uma obrigação, a qual usualmente é designada de obrigação principal – justamente para melhor destacar o caráter de acessoriedade da referida cláusula.[15] Nos ordenamentos jurídicos em geral, é bastante clara a referência à acessoriedade da cláusula penal, não apenas pela alusão expressa de que dependem da existência e da validade da obrigação principal (assim os artigos 1.155 do Código Civil espanhol[16] e 1.227 do Código Civil francês[17]), mas também pela indicação clara de que a cláusula penal se deve nas hipóteses de inexecução ou mora no cumprimento de uma obrigação (a teor do disposto no artigo 409 do Código Civil brasileiro).[18]

---

[11] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* teoria geral das obrigações. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 144.

[12] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 35.

[13] Orientação diversa é a preconizada por Pontes de Miranda e por Jorge Cesa Ferreira da Silva (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, tomo XXVI, p. 64; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 255), de acordo com os quais a forma da cláusula penal deverá ser a mesma do negócio jurídico do qual provém a obrigação a ela conectada.

[14] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* teoria geral das obrigações. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 145.

[15] PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula penal e indemnização.* Coimbra: Almedina, 1990, p. 86.

[16] Artigo 1.155 do Código Civil espanhol: "*La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal. La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal*." Tradução livre do autor: "A nulidade da cláusula penal não implica a da obrigação principal. A nulidade da obrigação principal implica a da cláusula penal."

[17] Artigo 1.227 do Código Civil francês: "*La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale. La nullité de celle-ci n'entraîne point celle de l'obligation principale.*" Tradução livre do autor: "A nulidade da obrigação principal implica a da cláusula penal. A nulidade da cláusula penal não implica a da obrigação principal."

[18] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 35.

Para António Pinto Monteiro, a justificação da acessoriedade da cláusula penal não oferece maiores dificuldades, eis que a pena não é um fim em si mesmo:

> ao estipular uma cláusula penal, visa-se incentivar o respeito devido à obrigação, de fonte negocial ou imposta por lei, estabelecendo, desde logo, para o efeito, a respectiva sanção, prevenindo a hipótese do seu incumprimento; ou pode ser escopo das partes, tão-só, o de fixar antecipadamente o *quantum* indemnizatório a que haverá lugar. Seja como for, a existência de uma obrigação surge, assim, via de regra, como *pressuposto* objectivo da cláusula penal. Daí que a sorte desta fique dependente do destino da primeira.[19]

Tal caráter de acessoriedade da cláusula penal acentua-se quando a mesma é estipulada conjuntamente com a obrigação principal, conduzindo ao chamamento do *princípio da gravitação jurídica*, por meio do qual se entende que o acessório segue a sorte do principal[20], isto é, se a promessa é acessória, a dívida principal "influi grandemente sobre ela".[21] Exemplo típico dessa acessoriedade se observa quando há o desaparecimento da obrigação principal – *v.g.* por nulidade – o que, consequentemente, implica o desaparecimento da pena que era o seu objeto. O inverso, contudo, não se mostra verdadeiro: caso a cláusula penal padeça de nulidade, permanecerá íntegra a obrigação principal[22]. Excepcionalmente, admite-se que as partes deliberem uma cláusula penal para a hipótese de pronunciamento de invalidade da obrigação principal. Nesse sentido, Serpa Lopes traz o exemplo da venda civil de coisa alheia, "se essa circunstância era ignorada do comprador, atento a que, em casos tais, a cláusula penal, sendo o equivalente do dano, é devida, por se tratar antes de matéria inerente ao dano, do que matéria contratual propriamente dita". [23] Desse modo, caso o adquirente tenha agido de boa-fé, a nulidade do negócio jurídico deixa subsistir uma obrigação de indenizar.[24]

Releva notar, ainda, que a estipulação de cláusula penal em instrumento separado não implica, segundo Nelson Rosenvald, desvirtuamento de sua natureza acessória em relação à obrigação principal. Isto porque a acessoriedade faz parte da própria essência da cláusula

---

[19] PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula penal e indemnização.* Coimbra: Almedina, 1990, p. 87.
[20] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, pp. 637-638.
[21] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, tomo XXVI, p. 62.
[22] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 638.
[23] SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*: obrigações em geral, v. II, 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 157.
[24] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 38.

penal[25]. Para o autor, a cláusula penal "não possui uma causa própria distinta da obrigação principal, a ponto de ser considerada um negócio jurídico autônomo".[26] Assim, tal como qualquer obrigação acessória, a pena convencional acompanha a obrigação principal na sua trajetória e nas suas vicissitudes.[27]

1.1.3 Cláusula penal como obrigação facultativa

A par das considerações expendidas acerca da acessoriedade da cláusula penal, possível observar que, além de pressupor a existência de uma obrigação principal, a pena convencional qualifica-se como sendo uma promessa de caráter eventual a cumprir no futuro. Veja-se que no momento em que pactuado o negócio jurídico, o devedor vincula-se a uma única prestação (a que se refere à obrigação contraída), sendo aleatória a configuração da cláusula penal. Porém, caso ela se efetive no futuro, o credor terá o poder de escolher entre a pena e a prestação devida.[28]

Com efeito, verifica-se que a cláusula penal se molda perfeitamente ao perfil de uma obrigação com faculdade alternativa em favor do credor. Nesse contexto, aponta Nelson Rosenvald que "o devedor não deve outra coisa a não ser a prestação, mas o descumprimento por causa a ele imputável concederá ao credor o poder de determinar a pena, ao invés da prestação".[29] Ou seja, coloca-se o devedor em estado de sujeição, na medida em que se submeterá à opção do credor. Na lição de Karl Larenz, "*si hace uso de este derecho, lo cual sólo es posible mediante una declaración expresa, se coloca otra prestación en lugar de la hasta ahora debida*".[30]

É o que preleciona António Pinto Monteiro, segundo o qual:

---

[25] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 36.
[26] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 36.
[27] Observa António Pinto Monteiro que a acessoriedade da cláusula penal traz consigo ainda a possibilidade de solucionar outras questões, tais como as que concernem ao lugar do cumprimento da pena e ao tribunal competente para qualquer litígio relacionado com esta, os quais se determinam pela obrigação principal. (PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula penal e indemnização.* Coimbra: Almedina, 1990, p. 89).
[28] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 42.
[29] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 43.
[30] LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1. pp. 172-173. Tradução livre do autor: "se o credor utiliza o seu direito, o qual só é possível por uma declaração expressa, surgirá então, no lugar da prestação até aí devida, uma outra".

> o inadimplemento, por causa imputável ao devedor, confere ao credor o *direito de optar* pela exigência da pena convencionada *em lugar* da prestação devida, que aquela substitui. E o devedor não pode, *feita essa opção*, opor-se a ela com o oferecimento da prestação inicial. Tal como não pode impedir o credor de continuar a exigir o cumprimento desta, oferecendo-se a prestar a pena, se não for essa a vontade do primeiro.[31]

Em atenção a isso, Cristiano Chaves de Farias salienta que em havendo estipulação contratual conferindo ao devedor o direito de escolha, trata-se de "cláusula nula de pleno direito, por cercear a faculdade do credor em responsabilizar civilmente o devedor, violando a função social do contrato[32], acolhida expressamente pela nova ordem jurídica (CC, art. 421)".[33]

Ressalte-se, contudo, que ao definir a cláusula penal como sendo espécie de obrigação facultativa com escolha do credor, afasta-se a ideia de que a pena convencional poderia ser um modelo de obrigação alternativa. Muito embora o texto do artigo 410 do Código Civil[34] faça alusão à expressão "alternativa", a cláusula penal não configura obrigação alternativa, notadamente porque nas obrigações alternativas a escolha, em regra, compete ao devedor (artigo 252 do Código Civil), sendo que o mesmo possui o direito de decidir entre duas prestações que realizam igualmente os interesses do credor[35]. Já no caso da cláusula penal de que trata o artigo 410 do Código Civil, só uma prestação é que satisfaz os interesses do credor e apenas se esta não se concretizar é que o credor poderá escolher entre fazer valer a pena ou exigir o cumprimento da obrigação.[36] Dessarte, inexiste alternativa no adimplemento, mas

---

[31] PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula penal e indemnização.* Coimbra: Almedina, 1990, p. 104.

[32] De acordo com Gerson Luiz Carlos Branco, o referido artigo 421 do Código Civil afigura-se como "*cláusula geral que serve como veículo para a realização do princípio da socialidade no direito contratual, exigindo para sua aplicação a compreensão da ética da situação, como mecanismo de reconhecimento das condições objetivas de sua incidência e de reconhecimento da realidade vinculada às partes e a suas condições sociais, culturais e econômicas",* daí a concluir-se que a consagração da cláusula geral da função social dos contratos exige que os contratos devam ser úteis e justos, não eliminando a necessidade de que o valor liberdade também seja preservado. (BRANCO, Gerson Luiz Carlos, *Função social dos contratos :* interpretação à luz do Código Civil, São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 305-306)

[33] FARIAS, Cristiano Chaves de. *Miradas sobre a cláusula penal no direito contemporâneo*. *In*: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras complementares de direito civil*. Salvador: Podivm, 2007, p. 252.

[34] Artigo 410 do Código Civil brasileiro: "Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor."

[35] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 260.

[36] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 260.

tão-somente no caso de descumprimento[37], com o que as regras que tratam das obrigações alternativas são inaplicáveis à espécie.

1.1.4 Condicionalidade da cláusula penal

Outro aspecto importante a ser considerado é de que a cláusula penal só é chamada a atuar em caso de ocorrência de inadimplemento.[38] Isto é, descumprida a obrigação garantida por cláusula penal, esta entra em funcionamento (antes, não, justamente porque sua exigibilidade é potencial, sujeita ao requisito do inadimplemento).[39] Quando se fala em inadimplemento, Luis Renato Ferreira da Silva lembra que ele pode ser classificado de diversas formas, podendo ser absoluto, ou simples mora, sendo que o primeiro subdivide-se em total ou parcial, e explica que "ocorre inadimplemento absoluto 'quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber'. Já a mora ocorrerá 'no caso em que a obrigação não tenha sido cumprida no lugar, no tempo ou na forma convencionados, subsistindo, em todo o caso, a possibilidade de cumprimento'".[40]

Esse incumprimento, que é pressuposto de aplicação da cláusula penal, pode ser tanto definitivo – total ou parcial –, como violação positiva do contrato, ou pode constituir simplesmente na mora.[41] Assim, o inadimplemento afigura-se como condição de aplicação da cláusula penal, não sendo incomum a referência à sua condicionalidade (seja equivalendo às condições suspensivas, seja como promessa condicional de prestação).[42] É fundamental, entretanto, ter bem clara a distinção entre a cláusula penal e as condições suspensivas em sentido estrito. Serpa Lopes esclarece que na cláusula penal não é possível suscitar uma obrigação condicional em sentido próprio, pois se fosse condicional, a pena passaria a ser objeto da obrigação, e a realização da prestação seria apenas um evento condicional. Para o autor, na obrigação condicional "o fato – evento futuro e incerto – é apenas condição, não

---

[37] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, tomo XXVI, p. 78.
[38] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 236.
[39] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* teoria geral das obrigações. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 151.
[40] FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Reciprocidade e Contrato*: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações "paracontratuais". Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, ebook, p. 86.
[41] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 634.
[42] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 236.

prometida, mas posta em incerteza."[43] Em síntese conclusiva, Jorge Cesa Ferreira da Silva sublinha que

> o que se quer dizer quando se afirma a condicionalidade da cláusula penal não é, pois, a condicionalidade *do dever*, que já existe, mas sim da pretensão à pena. A promessa da pena já existe e é válida, mas os seus efeitos só ocorrerão em caso de inadimplemento imputável.[44]

De qualquer forma, para atuar a cláusula penal, não basta o inadimplemento (configurado a partir do descumprimento da obrigação, da impossibilidade de cumprimento, ou da inutilidade subjetiva ao credor – artigo 389 do Código Civil), assim como não basta a mora (isto é, o retardamento ou o cumprimento da obrigação de outra forma ou em outro lugar que não os convencionados – artigo 394 do Código Civil), pois além desses elementos, exige-se a existência de culpa.[45]

A redação dada pelo legislador ao artigo 408 do Código Civil[46], incluindo o advérbio "culposamente" no dispositivo, evidencia a intenção de qualificar a conduta exercida pelo devedor que condiciona a eficácia da cláusula penal. Ou seja, o devedor somente incorre na pena se culposamente deixou de cumprir a obrigação ou se constituído em mora. De acordo com Gustavo Tepedino, pela dicção legislativa anterior (artigo 921 do Código de 1916), a aferição da aplicabilidade da cláusula penal possuía natureza objetiva à época, bastando a mera constatação do descumprimento obrigacional no prazo estipulado ou, no caso de inexistência de prazo final, a constituição do devedor em mora[47] por interpelação judicial ou extrajudicial.[48] Não se falava, portanto, em inadimplemento por culpa. No entanto, Judith Martins-Costa aponta que durante a vigência do Código de 1916, o entendimento doutrinário

---

[43] SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*: obrigações em geral, v. II, 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 158.

[44] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 236-237.

[45] CASTRO FILHO; ANDRADE, Marcos Vinicius dos Santos; MESQUITA, Eduardo Melo e SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Comentários ao Código Civil brasileiro. Do Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, vol. IV, p. 547.

[46] Artigo 408 do Código Civil brasileiro: "Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora."

[47] A constituição em mora do devedor, de acordo com Christiano Cassettari, pode se dar "automaticamente se a obrigação tiver vencimento, mora *ex re*, pela aplicação da regra do *dies interpellat pro homine*, descrita no art. 397 do CC/02, ou mediante interpelação judicial ou extrajudicial, mora *ex persona*." (CASSETTARI, Christiano. *Multa Contratual*: teoria e prática da cláusula penal. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 164).

[48] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 750.

praticamente dominante exigia mesmo assim a existência de culpa no suporte fático da mora, de modo que a culpa era um "pressuposto implícito" para essa corrente.[49]

Não há olvidar, contudo, a existência de casos de responsabilidade objetiva, nos quais o elemento subjetivo (culpa) é absolutamente prescindível. Tal ocorre, exemplificativamente, em contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, nos quais se o fornecedor incorrer em inadimplemento ou na mora, ainda que prove não ter fornecido em virtude de caso fortuito ou da ausência de culpa, mesmo assim deverá arcar com a cláusula penal pactuada.[50]

De outra parte, cumpre tecer ainda algumas considerações acerca de elementos essenciais da cláusula penal, quais sejam, os sujeitos e o objeto da pena.

1.1.5 Sujeitos e objeto da cláusula penal

Na linha da acessoriedade já abordada, identificam-se como sujeitos da cláusula penal aqueles que figuram na obrigação principal. A esse respeito, Nelson Rosenvald sustenta que a identidade entre a obrigação principal e a cláusula penal pressupõe que a pena convencional será invariavelmente subscrita pelo devedor da obrigação que se assegure em favor do credor nela inserido.[51] Caso assim não fosse, não se trataria de uma cláusula penal propriamente dita, mas seria apenas uma caução pessoal qualquer, na qual alguém se responsabilizaria patrimonialmente pelo adimplemento de uma obrigação alheia.[52] No que pertine à capacidade e a legitimação das partes para figurarem em uma cláusula penal, inexiste especificidades no trato da matéria, de forma que prevalecem as regras da parte geral do direito civil. Mas a questão de maior relevância no tocante aos sujeitos da relação e seu exercício de autonomia diz respeito à possibilidade das partes estabelecerem a existência de uma pena, mas convencionarem a sua determinação para um momento ulterior. É de se reconhecer, em primeiro lugar, que a legislação civil permite que um negócio jurídico possua objeto

---

[49] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 634.
[50] CASTRO FILHO; ANDRADE, Marcos Vinicius dos Santos; MESQUITA, Eduardo Melo e SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Comentários ao Código Civil brasileiro. Do Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, vol. IV, pp. 547-548.
[51] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 49.
[52] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 49.

determinável, a teor do disposto no artigo 104, II do Código Civil[53], caracterizado por algum grau de imprecisão sobre suas qualidades ou quantidade no momento inicial do negócio.[54] Não obstante, a ausência de características mínimas implica a indeterminabilidade da obrigação, incorrendo o negócio na nulidade prevista no artigo 166, II do Código Civil[55]. Daí se depreende que se as partes estipularem os parâmetros capazes de nortear a fixação do montante da cláusula penal, será lícita a faculdade do credor de realizar a escolha, desde que, como ressaltado, haja critérios claros e prévios para o estabelecimento da pena.[56] Caso contrário, manifestando o credor sua posição jurídica de maneira excessiva, caberá por certo a intervenção judicial a fim de controlar o exercício abusivo do direito concedido, na esteira do disposto no artigo 187 do Código Civil.[57] Nesse sentido, aliás, é o escólio de Antunes Varela, que considera

> essencial que haja na convenção das partes o mínimo de determinação necessária para evitar que os critérios de equidade utilizáveis supletivamente pelo autor da determinação se convertam em puro arbítrio, capaz de prejudicar o espírito pessoal de liberdade que inspira o regime dos negócios gratuitos ou de perturbar o equilíbrio econômico que caracteriza, por sua vez, a disciplina dos contratos onerosos.[58]

A par dar considerações expendidas acerca dos sujeitos da cláusula penal, passa-se, então, ao exame do seu objeto. Segundo Nelson Rosenvald "o objeto da cláusula penal é a promessa de uma pena convencional. Cuida-se de pena negocial que substitui o insucesso da obrigação principal como prestação a ser cumprida pelo devedor faltoso." [59] Em que pese seja normalmente fixada em dinheiro, o autor sustenta que a cláusula penal também pode ser traduzida na entrega de objeto; na prestação de determinada atividade do devedor; ou até

---

[53] Artigo 104 do Código Civil brasileiro: "A validade do negócio jurídico requer: (...) II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável".

[54] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 49.

[55] Artigo 166 do Código Civil brasileiro: "Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...) II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto".

[56] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 51.

[57] Nesse particular, Nelson Rosenvald ressalta que não há a necessidade da parte lesada recorrer à redução equitativa da cláusula penal que alude à norma específica do artigo 413 do Código Civil, pois "o dispositivo só se aplicará às hipóteses em que a penalidade for 'manifestamente excessiva'. Já na situação em comento, a intervenção fiscalizadora do magistrado será efetiva em qualquer situação que a avaliação unilateral do credor não condiz com os parâmetros antes fixados pelas partes". (ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 51).

[58] VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, 10. ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 806.

[59] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 53.

mesmo na perda de uma situação jurídica, sobretudo por orbitar no âmbito da autonomia negocial.[60]

A sistemática adotada pelo Código Civil brasileiro destoa, nesse tocante, da encontrada no direito comparado. Enquanto no Brasil o Código Civil restou silente quanto à possibilidade da cláusula penal ser estipulada em prestação de natureza extrapatrimonial, a legislação francesa, por exemplo, prescreve no artigo 1.226 do Código francês – cláusula através da qual uma pessoa "se obriga a qualquer coisa em caso de inexecução"; e também o artigo 1.382 do Código italiano prescreve – cláusula pela qual "um dos contraentes é obrigado a determinada prestação". A despeito de inexistir na legislação civil pátria regra expressa referendando essa tese (como no Código de Portugal – artigo 398, nº 2)[61], é fundamental que o interesse do credor seja digno de tutela jurídica, mesmo que de ordem moral, pois, como sustenta Fernando Noronha, os interesses extrapatrimoniais valorados como sérios e úteis poderão sustentar obrigações válidas.[62] António Pinto Monteiro ainda expressa que

> o facto de a pena, em si mesma, ser destituída de valor pecuniário, não obsta, de modo decisivo, a uma indemnização por equivalente, *destinada esta a reparar os danos causados pelo seu não cumprimento:* é que não há perfeita identidade entre a prestação devida (ainda que só a título de pena) e o dano provocado pelo seu inadimplemento. O facto de a pena não ter valor patrimonial não impede que os danos causados pelo seu não cumprimento revistam outra natureza. Além disso, poderá haver lugar a uma compensação, tratando-se de danos patrimoniais.[63]

À guisa de conclusão, percebe-se que, se as partes pactuarem que o inadimplemento da obrigação implicará um fazer infungível por parte do devedor, e este vier a descumprir a obrigação, o credor gozará a faculdade de exigir o cumprimento da pena e, em caso de descumprimento da própria pena, terá o credor o direito de exigir uma indenização pelo não cumprimento desta.[64]

---

[60] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 53.
[61] "A prestação não necessita de ter valor pecuniário. Mas deve corresponder a um interesse do credor, digno de proteção legal".
[62] NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações,* v. 1, 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 46.
[63] PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula penal e indemnização.* Coimbra: Almedina, 1990, p. 56.
[64] PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula penal e indemnização.* Coimbra: Almedina, 1990, pp. 56-57.

1.2 QUALIFICAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL SEGUNDO A PERSPECTIVA FUNCIONAL

O presente capítulo tem por escopo examinar a cláusula penal de acordo com uma perspectiva finalista e funcional, a qual confere prevalência à finalidade que as partes contratantes pretendem atingir por meio da cláusula penal. Para melhor sistematização da matéria, primeiramente será analisada a natureza jurídica da cláusula penal, demonstrando que a visão tradicional do instituto está filiada à (i) tese da natureza jurídica mista ou híbrida da pena convencional (a qual confere prevalência a um modelo unitário que agrega as perspectivas coercitiva e indenizatória na mesma figura); e, em posição oposta, será apresentada (ii) a tese da duplicidade de espécies de cláusula penal (a qual rejeita a perspectiva de que a pena convencional poderia simultaneamente constituir indenização e sanção), partindo do pressuposto de que há mais do que uma espécie de cláusula penal, e, para cada espécie, há um regime jurídico aplicável.

Subsequentemente, serão abordados os fundamentos que embasam o posicionamento adotado quanto à possibilidade de aplicação da teoria da duplicidade de espécies ao Direito brasileiro; bem como serão apresentadas as finalidades, espécies e modalidades que podem ser desempenhadas pelo instituto.

1.2.1 Tese da natureza jurídica mista ou híbrida da cláusula penal

Consoante já demonstrado, a cláusula penal consiste em pacto acessório a um contrato ou a um negócio jurídico unilateral, que possui o desiderato de regular os efeitos decorrentes do inadimplemento culposo, seja com escopo indenizatório (estabelecendo previamente as consequências reparatórias decorrentes da falta de cumprimento da obrigação pelo devedor), seja com o intuito preventivo e inibitório (visando a evitar o descumprimento por meio da cominação de outra prestação).

Em face dessas distintas finalidades atribuídas à cláusula penal, Jorge Cesa Ferreira da Silva aponta que a doutrina tradicional acostumou-se a vislumbrar na cláusula penal um instituto unitário, que congrega as duas funções delineadas acima, sendo um misto de indenização e pena. De acordo com essa teoria, haveria apenas uma espécie de cláusula penal, cuja natureza seria “híbrida” ou “mista”, destinada a estimular o devedor ao cumprimento da

obrigação ao mesmo tempo em que estabeleceria antecipadamente o valor das perdas e danos para o caso de inadimplemento culposo da obrigação.[65]

Como faz notar Judith Martins-Costa, dita teoria da natureza mista (de dupla função) tem como consequência afirmar que a cláusula penal invariavelmente constituirá um meio de pré-avaliar os danos que também congrega uma função sancionatória, mesmo que essa última seja meramente eventual (a depender, no exame do caso concreto, se o seu montante superou o *quantum* indenizatório). Assim, a cláusula penal terá uma finalidade de indenização sancionatória caso seja superior ao dano; e terá uma finalidade indenizatória caso seja inferior ao dano.[66] Dito em outras palavras: se o valor estabelecido pelas partes eventualmente exceder o dano efetivo do credor, além de prefixação de ressarcimento, a cláusula penal atenderia a uma função coercitiva (sancionando o devedor). Daí pode-se inferir que o caráter coercitivo da pena convencional seria verdadeiramente aleatório, dependendo da constatação *a posteriori* ao inadimplemento, se o valor convencionado superou a extensão do dano sofrido pelo credor.[67]

É possível observar, no entanto, que essa ideia de compreender a cláusula penal como um instituto unitário, voltado à cumulação das funções coercitiva e de pré-avaliação dos danos na mesma figura, invariavelmente coloca a intenção das partes num papel secundário, porquanto ela não será decisiva para traçar o perfil da cláusula celebrada pelos contratantes no caso concreto.[68] Ainda que a intenção das partes seja mais voltada à imposição de uma pena, ou mais dirigida à quantificação antecipada dos danos, o instituto mantém a unicidade das funções que lhe são atribuídas tradicionalmente, implicando que somente a *posteriori* (quando da eclosão dos efeitos da pena convencional pelo inadimplemento), cotejando-se o valor da cláusula penal com o dano efetivamente apurado, é que será possível identificar a prevalência

---

[65] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, pp. 611-612.

[66] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 612.

[67] A título exemplificativo, Nelson Rosenvald ilustra que "A e B estipulam uma obrigação cuja cláusula penal é de R$ 1.000,00. Caso o dano sofrido pelo credor em razão do ato ilícito esteja na ordem de R$ 500,00, o fato de a pena ter excedido o dano efetivo em R$ 500,00 implicará uma sanção – uma indenização sancionatória. Mas, se o dano real alcançou a soma de R$ 1.000,00, será apenas uma indenização. É despiciendo o intuito das partes ao contratar". (ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 80)

[68] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 238.

do efeito indenizatório ou coercitivo.[69] Manifestando-se contrário à teoria da natureza híbrida, António Pinto Monteiro ressalta que

> a nossa discordância, no que concerne à posição tradicional, consiste, assim, na rejeição de que uma e a mesma figura possa constituir, *ao mesmo tempo*, uma sanção e uma indemnização. A nosso ver, para poder actuar como sanção, a pena terá de afastar-se do modelo indemnizatório, e vice-versa. O que significa, numa palavra, que é a tese da dupla função e a da natureza híbrida ou mista da cláusula penal que se rejeita, havendo que considerar, consoante o escopo das partes, diferentes espécies de penas convencionais, cada uma delas com a sua função própria.[70]

Como se vê, a doutrina recentemente passou a inclinar-se à tese oposta (que será examinada a seguir), afastando-se da ideia de uma natureza híbrida que agregaria uma dupla função, concluindo pela necessária distinção entre duas espécies de cláusula penal, conforme a finalidade concretamente visada pelos contratantes.

1.2.2 Tese da duplicidade de espécies de cláusula penal

Apontando a tendência doutrinária de romper com a visão da cláusula penal como sendo um instituto unitário dotado de uma função dúplice, Jorge Cesa Ferreira da Silva sustenta que vem sendo repensada a ideia de "equiparação hierárquica entre essas duas funções, do que se segue a admissão de duas cláusulas de atuação semelhantes mas distintas em essência – a cláusula penal, com precípua finalidade coercitiva, e a cláusula de perdas e danos, com função essencialmente ressarcitória".[71] Nessa linha, Nelson Rosenvald[72] refuta veementemente o conceito unitário da cláusula penal, sustentando ser "empobrecedor e asfixiante" o modelo tradicional, eis que aprisiona as possibilidades que a autonomia negocial podem lhe imprimir.[73] O autor sugere, então, a distinção entre a cláusula penal *stricto sensu*

---

[69] TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal:* uma releitura baseada no perfil funcional, 2008, p. 51.
[70] PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula penal e indemnização.* Coimbra: Almedina, 1990, pp. 19-20.
[71] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 240.
[72] Nelson Rosenvald faz uma análise da doutrina brasileira, sustentando que a distinção entre as espécies de cláusula penal sob a perspectiva funcional é praticamente ignorada no Brasil, "que restringe qualquer comparação exclusivamente às cláusulas moratória e compensatória". (ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 112).
[73] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 298-299.

(caracterizada pelo elemento típico que é a função coercitiva) e a cláusula penal em sentido amplo (que corresponde à cláusula de estipulação prévia de perdas e danos).[74]

Importante destacar, nessa esteira de raciocínio, o posicionamento de Judith Martins-Costa, que igualmente rompe com a visão tradicional do instituto ao sustentar que não se pode alcançar a noção de cláusula penal divorciada da perspectiva finalista e funcional.[75] Para a autora, é fundamental que seja perquirida a finalidade pretendida pelos contratantes quando da estipulação da cláusula penal, pois é justamente a finalidade concretamente visada pelas partes que servirá como critério para a distinção entre as espécies de cláusula penal. Nessa linha, aponta duas finalidades que podem ser desempenhadas pela pena convencional, "(a) *indenizar* – estabelecendo, prévia e *substitutivamente*, o valor das perdas e danos para o caso de inadimplemento culposo da prestação – ou (b) *coagir ao cumprimento*, mediante um 'estimulo', 'pressão' ou 'ameaça' ao devedor".[76]

A partir das finalidades elucidadas, e de acordo com a distinção funcional proposta, Judith Martins-Costa distingue três espécies de cláusula penal. Tomando por base a finalidade de indenizar (item "a" acima), concebe a *cláusula de fixação de perdas e danos.* E vinculadas à finalidade de coerção ao adimplemento (item "b" acima), a autora identifica duas espécies, (b.1) a primeira com caráter substitutivo à prestação, designada de *cláusula penal em sentido estrito*, e outra (b.2) com caráter exclusivamente compulsório-sancionatório, designada de *cláusula penal puramente coercitiva*, a qual se agrega como um *plus* à execução específica da prestação ou à indenização pelo inadimplemento.[77] Vejamos, portanto, as referidas espécies[78] de cláusula penal identificando as particularidades de seus regimes jurídicos.

---

[74] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 105-116.

[75] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 610.

[76] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 611.

[77] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 614.

[78] Ressalte-se que a classificação proposta é baseada na obra de António Pinto Monteiro (PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula penal e indemnização.* Coimbra: Almedina, 1990, p. 601 et. seq.,), sendo que no Brasil tal classificação foi adotada por Judith Martins-Costa (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2). Além disso, cabe esclarecer que a cláusula com finalidade indenizatória é denominada por Pinto Monteiro como "cláusula de fixação antecipada do montante indenizatório", ao passo que Judith Martins-Costa a identifica como "cláusula de fixação antecipada da indenização" ou simplesmente "cláusula de perdas e danos".

A *cláusula de fixação de perdas e danos*, como o seu próprio nome indica, tem por finalidade a prévia liquidação das perdas e danos decorrentes do inadimplemento da obrigação à qual a cláusula penal estiver conectada. Dita espécie de cláusula penal preocupa-se com a manutenção do equilíbrio entre o montante ajustado e o dano sofrido pelo credor, implicando que o parâmetro para a sua quantificação pelas partes serão os danos prováveis (isto é, aqueles danos que no momento da estipulação da cláusula penal, podem ser tidos como prejuízos que possivelmente decorreriam do inadimplemento da obrigação sujeita à multa contratual).[79] As partes aqui pretendem determinar desde logo um montante indenizatório que será devido em caso de inadimplemento culposo do devedor, justamente para minimizar as incertezas (propiciando certo planejamento), e ainda, para preveni-los quanto à demora, aos riscos e à incerteza de um pronunciamento judicial acerca da extensão de danos emergentes, lucros cessantes, e até mesmo, a compensação do dano moral.[80] Nessa linha Karl Larenz destaca que "*por medio de esta institución se garantiza al acreedor una indemnización por los daños originados por la infracción contractual de naturaleza no patrimonial o cuya cuantía en su caso le seria difícil probar*".[81] Também Pontes de Miranda sublinha que pactuar a indenizabilidade dos danos constitui uma das funções mais importantes da cláusula penal (em especial nos casos da prestação não ser pecuniária, ou ser de difícil avaliação), porquanto o credor pré-exime-se do ônus de provar ter havido dano, e igualmente se exime da objeção da falta de interesse patrimonial.[82]

Note-se que as vantagens se espraiam a ambos os contratantes, pois o credor, de um lado, exime-se do encargo de ter de comprovar a extensão dos danos efetivamente experimentados (muitas vezes de árdua constatação), o devedor, de outro, elide o perigo de ter que arcar com uma indenização excessiva, que ultrapasse suas expectativas negociais. António Pinto Monteiro sublinha que, acordando-se o montante indenizatório por meio da *cláusula de fixação de perdas e danos*, as vantagens e os inconvenientes que poderão advir daí serão partilhados por ambos os contratantes, "ambos conhecem, de antemão, as

---

[79] TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal:* uma releitura baseada no perfil funcional, 2008, p. 65.
[80] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 110.
[81] LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1, p. 369. Tradução livre do autor: "por meio desta instituição garante-se ao credor uma indenização pelos danos causados pela infração contratual de natureza não patrimonial ou cuja quantia seria de difícil comprovação".
[82] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, tomo XXVI, pp. 59-60.

consequências de um eventual inadimplemento, e um e outro se submetem ao risco de o prejuízo efectivo ser consideravelmente menor ou maior que a soma prevista".[83]

Assim, ocorrendo o inadimplemento culposo do devedor, pode o credor pedir diretamente o montante pré-fixado na cláusula penal, que corresponde às perdas e danos estipulados *a forfait*.[84] É preciso advertir que, uma vez pactuada a *cláusula de fixação de perdas e danos*, não poderá o credor, em caso de inadimplemento imputável ao devedor, desprezar a existência da cláusula penal e recorrer às vias ordinárias para receber a indenização, pois esta espécie de cláusula penal é estipulada como um *substitutivo da indenização*.[85] Segundo Nelson Rosenvald, essa opção é vedada ao credor porque corresponderia a uma quebra do acordo pré-negocial, no qual as partes haviam empenhado a palavra em apenas se ressarcir pelo montante ajustado. Para o autor, haveria uma violação ao princípio da boa-fé objetiva e uma espécie de abuso de direito (artigo 187 do Código Civil) na modalidade do *venire contra factum proprium*, eis que "a deliberação do credor pela indenização seria uma conduta contraditória e incoerente, por lesar a legítima expectativa de confiança do devedor na vinculação das partes à cifra ajustada".[86] Por outro lado, admite-se a possibilidade de que as partes possam pactuar a indenização do dano excedente (indenização suplementar), de modo que, em havendo essa ressalva, o valor da cláusula penal servirá como mínimo reparatório, e caberá ao credor o ônus de provar pelas vias ordinárias a ocorrência e a extensão dos danos excedentes, como será examinado mais adiante.

Ademais, a *cláusula de fixação de perdas e danos*, em vista do poder de auto-regulação, poderá ser prevista tanto para a hipótese de inexecução completa do contrato, como servir de sucedâneo de uma prestação específica, ou seja, "em segurança especial de outra cláusula determinada" conforme reza o artigo 410 do Código Civil. E, tal e qual as demais espécies de cláusula penal, só terá o credor direito à percepção do montante pactuado se houver culpa no descumprimento do devedor (o advérbio "culposamente" está inserido no artigo 408, como visto), implicando que o elemento subjetivo é inerente a qualquer das funções da cláusula penal.

---

[83] PINTO MONTEIRO, António. *"Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor" in Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, nº 25, p. 122, 2004.
[84] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, pp. 615-616.
[85] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 617.
[86] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 124.

Paralelamente, pode-se ter uma cláusula com finalidade coercitivo-sancionatória, que poderá atuar em dois planos: na fase antecedente ao cumprimento e, concretizando-se o inadimplemento, na fase consequente.[87] A cláusula penal, na fase antecedente, opera como um meio de coerção e pressão para persuadir o devedor ao adimplemento, visando a evitar o descumprimento da obrigação. Note-se que, diversamente da *cláusula de fixação de perdas e danos*, o que se deseja aqui não é pactuar antecipadamente a importância a ser auferida a título de perdas e danos, mas sim garantir o próprio cumprimento da obrigação contratual. Entretanto, na hipótese desta finalidade não ser atingida (sobrevindo o inadimplemento), a cláusula penal então atuará como uma sanção ao devedor, podendo ou acrescer, ou substituir a prestação original.[88] A par das considerações expendidas, a cláusula penal com escopo coercitivo-sancionatório pode assumir duas espécies, quais sejam, *cláusula penal em sentido estrito*, e a *cláusula penal puramente coercitiva.*

A *cláusula penal em sentido estrito* atuará, inicialmente, como meio de pressão ao devedor, a fim de estimulá-lo ao cumprimento do contrato. De acordo com a lição de Pontes de Miranda, "para estimular o devedor ao adimplemento do contrato, soem estipular os credores que, em caso de infração do contrato, fique o devedor com o dever de fazer outra prestação, que, de regra, é em dinheiro".[89] Esse estímulo ao cumprimento, segundo Judith Martins-Costa, apresenta-se por meio de uma coação indireta ao devedor, ou seja, um constrangimento de sua vontade que o impulsiona ao regular cumprimento da obrigação principal, sob a coerção das consequências derivadas da aplicação da pena.[90] Exemplificativamente, tal ocorre quando as partes estipulam um montante deliberadamente acima daquele que seria previsível para o dano, justamente para que tal quantia desestimule o inadimplemento.

No entanto, se mesmo assim sobrevier o inadimplemento culposo e imputável ao devedor, terá o credor a faculdade de exigir uma outra prestação (pena), no lugar da prestação que o devedor se recusa a adimplir. Nesse contexto, Fernanda Girardi Tavares indica que um traço assaz relevante para a caracterização da *cláusula penal em sentido estrito* reside no fato

---

[87] TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal:* uma releitura baseada no perfil funcional, 2008, p. 66.
[88] TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal:* uma releitura baseada no perfil funcional, 2008, p. 66.
[89] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, tomo XXVI, p. 59.
[90] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 618.

de sua exigibilidade ser facultativa ao credor.[91] É que nessa espécie de cláusula penal não há natureza indenizatória, mas de verdadeira penalidade.[92] E assim, a autora sustenta que, por não se tratar de uma cláusula de prefixação da indenização "o credor tem a faculdade de exigi-la, ou dispensá-la, recorrendo, então, às vias ordinárias para obter a reparação integral mediante a prova do descumprimento culposo do devedor, da ocorrência do dano e da sua exata extensão".[93] Contudo, se o credor exercer a faculdade que lhe assiste, optando por exigir a *cláusula penal em sentido estrito*, estará colocando a pena no lugar da prestação inicial, o que obviamente lhe impedirá de exigir também a indenização.[94]

Releva notar, ainda, que a finalidade compulsiva da cláusula penal também pode ser obtida por outra espécie de pena, qual seja, a *cláusula penal puramente coercitiva*. Nesta terceira espécie, a importância pactuada não se presta a substituir a prestação devida, pois a mesma se *agregará* à indenização (ou à prestação ao final realizada). Com efeito, tal espécie de cláusula penal atua como estímulo ao adimplemento, por meio da ameaça ao devedor de ter que efetuar outra prestação mais gravosa, tendo a particularidade de ser acordada como um *plus*, isto é, como algo que acresce à execução específica da prestação, ou à indenização pelo descumprimento.[95]

Observa Judith Martins-Costa que não haverá nenhum problema na pactuação dessa espécie de cláusula penal se os contratantes respeitarem os limites de licitude e validade dispostos no ordenamento jurídico, advertindo, no entanto, que nos contratos de adesão há um dever ainda maior do intérprete de averiguar se a cláusula não anda na contramão dos deveres decorrentes da boa-fé, dos bons costumes e da finalidade social e econômica dos negócios.[96] Para a autora, não é incomum verificar o caráter punitivo dessa espécie, quando as partes

---

[91] TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal:* uma releitura baseada no perfil funcional, 2008, p. 67.

[92] Nelson Rosenvald perfilha o mesmo entendimento de que a *cláusula penal em sentido estrito* amolda-se ao perfil da obrigação com faculdade alternativa em favor do credor, afirmando que "o devedor não deve outra coisa a não ser a prestação, mas o descumprimento por causa a ele imputável concederá ao credor o poder de determinar a pena, em vez da prestação. O devedor se coloca em estado de sujeição, pois se submeterá ao exercício do direito potestativo do credor. O devedor não poderá, feita a opção pelo credor, opor-se a ela com oferecimento da prestação inicial. Tal como não pode impedir o credor de continuar a exigir o cumprimento desta, oferecendo-se a prestar a pena se não for essa a vontade do primeiri". (ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 108.)

[93] TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal:* uma releitura baseada no perfil funcional, 2008, p. 67.

[94] PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula penal e indemnização.* Coimbra: Almedina, 1990, p. 648.

[95] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 620.

[96] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 620.

pactuam, no caso de descumprimento de alguma obrigação, que o devedor pagará determinada importância a uma instituição de caridade, por exemplo. Note-se, nesse particular, que não haveria nenhuma "indenização", tampouco "substitutividade" na prestação, mas tão-somente a pura coação ao cumprimento. E conclui a autora sustentando que, a despeito dos antigos preconceitos contra o acolhimento no Direito Privado de algo que se assemelhe a uma "pena privada", o fato é que, "entendendo-se a palavra 'pena privada' num sentido amplo, com o caráter de 'punição acordada entre os privados' não pode negar à cláusula – quando a finalidade é coercitiva, e não meramente indenizatória – o papel de sancionar o culpado pela mora ou pelo inadimplemento".[97]

Há que se ressaltar, ademais, que as espécies examinadas acima (*cláusula de fixação de perdas e danos*; *cláusula penal em sentido estrito*; e *cláusula penal puramente coercitiva*) estão conectadas a duas modalidades, a saber: a cláusula penal compensatória e a cláusula penal moratória, cuja análise se passa agora a desenvolver.

1.2.3 Modalidades de cláusula penal: moratória e compensatória

A distinção tradicional entre a cláusula penal compensatória e a cláusula penal moratória pode, intuitivamente, fazer lembrar a classificação usual das hipóteses de inadimplemento (absoluto e mora), no entanto, com elas não se confunde. É que as cláusulas penais compensatórias não dizem respeito exclusivamente ao inadimplemento absoluto, e nem as moratórias fazem alusão exclusivamente à mora.[98] A esse respeito, Jorge Cesa Ferreira da Silva esclarece que o elemento essencial para distinguir as duas modalidades de cláusula penal reside na consequência jurídica: "as cláusulas penais *compensatórias são satisfativas*, ou seja, substituem a execução do dever orginalmente prevista (art. 410); já as cláusulas penais *moratórias são cumulativas*, vale dizer, não substituem a prestação e, por isso, podem ser exigidas conjuntamente com ela (art. 411)".[99] Frise-se, nesse particular, que a classificação realizada pelo Código Civil, nos artigos 410 e 411, não é imune a críticas. Jorge Cesa Ferreira da Silva adverte que as distinções delineadas por tais dispositivos são questionáveis, justificando que

---

[97] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, pp. 620-621.
[98] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 254-255.
[99] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 255.

> os arts. 410 e 411 cuidam dessas distinções, mas as estabelecem de modo questionável. Para eles, o elemento fundamental é a espécie de inadimplemento: se for total, a cláusula penal é compensatória (art. 410) e, tratando-se de mora ou de descumprimento de cláusula especial, a cláusula penal é moratória (art. 411). Contudo, tal modo de classificar não atenta para as especificidades dos deveres referidos em cláusulas especiais e dos casos de inadimplemento parcial.[100]

Em face de tais observações, cumpre analisar as características essenciais apontadas pela doutrina acerca das duas modalidades de cláusula penal identificadas.

Primeiramente, define-se a *cláusula penal compensatória* como aquela que substitui à obrigação principal (sendo satisfativa, portanto), uma vez que substitui a execução do dever previsto originalmente.[101] Pontes de Miranda sustenta que "se a pena é substitutiva, também dita compensatória, a sua exigência exclui a pretensão ao adimplemento ou à indenização de perdas e danos, na medida em que ocorre a substitutividade".[102] Caio Mário da Silva Pereira também aponta que o credor não pode postular, cumulativamente, a obrigação e a pena compensatória, uma vez que a finalidade desta é suprir ao credor o que o inadimplemento lhe retirou, e assim, "instituída com a finalidade compensatória, substitui a prestação faltosa".[103]

Como se vê, o próprio nome "cláusula penal compensatória" sugere que há compensação ou substituição entre a prestação não feita e a pena pactuada previamente, e que então se torna devida. Significa dizer que o traço característico desta modalidade, a substitutividade, afasta a pretensão ao adimplemento ou à indenização por perdas e danos na medida em que ocorre a substitutividade.[104] Nessa linha, Judith Martins-Costa indica que, em princípio, para que se configure o suporte fático da previsão contida no artigo 410 do Código Civil (que trata da cláusula penal compensatória), é necessário que nenhum adimplemento tenha havido, nem mesmo insatisfatório, e que o credor nada tenha recebido, pois o credor só perde a pretensão dirigida à cláusula penal se tiver recebido o cumprimento do crédito principal, e não simplesmente por exigi-lo. Assim, se o credor exige a pena, imediatamente

---

[100] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 255.
[101] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 624.
[102] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, tomo XXVI, pp. 64-65.
[103] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* teoria geral das obrigações. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 147.
[104] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, pp. 640-641.

caduca a pretensão ao cumprimento, haja vista que a pretensão dirigida ao cumprimento da cláusula penal significa uma forma mais cômoda da pretensão à indenização.[105]

Dada a multiplicidade de hipóteses que podem ser objeto de regulação, a primeira delas, portanto, é a inexecução completa da obrigação, a qual vem prevista no artigo 410 do Código Civil, como sendo hipótese de incidência de cláusula penal compensatória. O referido dispositivo legal, ao referir "total inadimplemento" (ou à inexecução completa), está fazendo referência à dimensão do descumprimento e pressupondo que nenhuma das obrigações foi cumprida pelo devedor. Cabe abrir breve parêntese para advertir que o conceito de total inadimplemento (ou inexecução completa) não se confunde com a noção de inadimplemento absoluto ou definitivo, eis que o inadimplemento absoluto corresponde à hipótese em que a obrigação não foi cumprida, e tampouco poderá sê-la.[106] A esse respeito, Ruy Rosado de Aguiar Júnior sustenta que, além de a prestação não poder ser efetuada (impossibilidade) ou exigida (modificação superveniente das circunstâncias), o inadimplemento absoluto também decorre da hipótese na qual, mesmo sendo possível e exigível, a prestação não tiver mais utilidade ao credor.[107] Retomando ao disposto no artigo 410 do Código Civil, o mesmo prevê que quando a pena estiver conectada a hipótese de total inadimplemento da obrigação, e sendo este configurado, a exigibilidade da cláusula penal compensatória se converterá em alternativa em benefício do credor. Assim, o credor possui o direito potestativo de optar, ou pela exigibilidade da prestação (quando ainda for possível), ou substituí-la pela pena estipulada. Por conseguinte, sendo a cláusula penal compensatória substitutiva da obrigação, a sua exigência exclui a pretensão ao adimplemento ou à indenização por perdas e danos[108], eis que ocorre a substitutividade.[109]

Todavia, cabe advertir que pode haver pena para o caso de inadimplemento sem que a mesma seja substitutiva, cabendo ao juiz um minucioso exame da intenção das partes consubstanciada na declaração (artigo 112 do Código Civil), e também das circunstâncias e

---

[105] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 641.
[106] TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal: uma releitura baseada no perfil funcional*, 2008, p. 60.
[107] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor.* 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 94.
[108] Consoante o disposto no parágrafo único do artigo 416 do Código Civil, se houver ressalva no negócio jurídico quanto à indenizabilidade do dano excedente à cláusula penal, o credor poderá lançar mão das vias ordinárias para postular a reparação dos danos excedentes, valendo a cláusula penal como mínimo indenizatório.
[109] TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal:* uma releitura baseada no perfil funcional, 2008, p. 61.

dos usos do local da celebração (artigo 113 do Código Civil). Isso porque é possível que tenha sido realizada alguma espécie de cumprimento e, ainda assim, o interesse do credor à prestação tenha sido totalmente atingido.[110] Nesse particular, Jorge Cesa Ferreira da Silva observa que existe a possibilidade de que o inadimplemento parcial conduza, mesmo assim, à modalidade compensatória (substitutiva): se o objeto da prestação for possível de ser realizado pelas partes, realizando-se a satisfação do credor, "há que se analisar se, com a exigência da cláusula penal, permanece a pretensão ao adimplemento da parte faltante. Se a pretensão ao adimplemento estiver encerrada, a pena é compensatória. Se a pretensão ao adimplemento total permanecer, a pena é moratória", de modo que novamente serão "as circunstâncias do negócio jurídico concreto que permitirão a classificação",[111] tendo sempre presente que o centro de gravitação do adimplemento está na satisfação dos interesses do credor.[112]

O mais comum, entretanto, é que havendo o inadimplemento do contrato, a cláusula penal substitua a prestação originariamente devida. Nessa linha, Judith Martins-Costa ensina que

> se a cláusula penal substituir a prestação originalmente devida, poderemos estar diante de duas espécies: (i) havendo caráter coercitivo, teremos uma *cláusula penal em sentido estrito, ou próprio*, verificando-se, portanto, a reunião de dois aspectos: a pressão ao devedor *mais* o oferecimento, ao credor, de uma prestação satisfativa; mas (ii) se o escopo for de pré-liquidação dos danos, tratar-se-á de uma *cláusula de fixação antecipada de indenização*.[113]

Porém, pode ocorrer que os contratantes tenham a cláusula penal não para substituir a prestação inadimplida, mas para operar de forma cumulativa: como uma prestação adicional que acresce à obrigação assegurada pela pena. Trata-se da *cláusula penal moratória*, que é aquela instituída com o escopo de impedir o retardamento culposo da prestação obrigacional, servindo de reforço ao cumprimento pontual, na medida em que a importância ajustada terá a

---

[110] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 642.
[111] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 256.
[112] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, pp. 642-643.
[113] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 643.

função de constranger o devedor não só à adimplir, como também à respeitar o tempo, a forma e o local estabelecidos, na esteira do disposto no artigo 394 do Código Civil.[114]

De acordo com a dicção do artigo 411 do Código Civil[115], a cláusula penal moratória poderá ser estipulada para o caso de mora, ou em segurança de uma cláusula contratual determinada. Dito dispositivo deflagra como eficácia típica das cláusulas penais moratórias a sua cumulação conjuntamente com o desempenho da obrigação principal. Nesse sentido, por obrigação principal deve-se entender àquela que seria realizada pela parte à qual o inadimplemento enseja a aplicação da pena, e não necessariamente à obrigação que representa a finalidade do negócio.[116]

À guisa de exemplo, imagine-se a estipulação de uma cláusula penal para a hipótese de descumprimento de uma obrigação de confidencialidade num contrato de prestação de serviços, que possui como obrigação principal a elaboração de um relatório de auditoria. Se as partes possuíam a intenção de pactuar uma pena que acrescesse à obrigação assegurada, e nesse caso, uma vez rompida a obrigação de confidencialidade, o credor teria o direito de exigir a reparação por perdas e danos em razão da divulgação de informações indevidas, bem como a cláusula penal estipulada – independentemente do cumprimento ou não da obrigação principal (se residia na entrega do relatório de auditoria).

Caio Mário da Silva Pereira descreve as diversas formas de fixação de uma cláusula penal moratória em face do devedor, em razão de eventual falta de prestação,

> punindo-a com uma certa soma fixa ou percentual sobre o valor da prestação faltosa; pode estabelecer punição continuada ou sucessiva, em que incorre o devedor por dia de atraso no cumprimento da obrigação; pode sofrer aumento gradativo, na medida em que a demora se estende; como pode conjugar a mora com a resolução do contrato, se atingir um lapso de tempo determinado.[117]

---

[114] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 58.

[115] Artigo 411 do Código Civil brasileiro: "Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal."

[116] TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal:* uma releitura baseada no perfil funcional, 2008, p. 62.

[117] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* teoria geral das obrigações. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 148.

Com efeito, constata-se que a cláusula penal moratória pode ser cumulada com a obrigação *in natura* assegurada pela cláusula (quando a sua execução ainda for útil e possível ao credor), ou pode ser cumulada com as eventuais perdas e danos que venham a operar como seu sucedâneo (caso a mora se transforme em inadimplemento absoluto).[118] Em geral, à cláusula penal moratória é imputada a finalidade de coagir ao adimplemento, como é o traço característico da *cláusula penal puramente coercitiva*, porquanto em ambas a pena é acrescida à prestação principal – não possuindo caráter substitutivo.[119]

A distinção prática, se uma cláusula penal é compensatória ou moratória, por vezes oferece dificuldade. Ordinariamente, a cláusula penal compensatória é estipulada em valor bem superior ao da multa moratória, porquanto é raro que se pactue uma cláusula penal de valor tímido, quer para fins de liquidação de perdas e danos, quer como coerção.[120] Mas não é incomum um negócio jurídico ser impreciso no que concerne à distinção entre uma cláusula compensatória ou moratória, em especial quando carecer de clareza na terminologia utilizada. Por certo que o título, perpetuando a vontade das partes, será o seu melhor intérprete e a ele o juiz deverá recorrer como fonte esclarecedora precípua, porquanto a matéria é de hermenêutica da vontade.[121] No entanto, na sua omissão ou ambiguidade, é de mister suprir os seus termos, de modo que o intérprete deverá buscar a intenção das partes materializada na declaração de vontade (artigo 112 do Código Civil), para, das circunstâncias postas, inferir a modalidade da pena. E além de determinar propriamente a modalidade de cláusula penal, o elemento mais relevante a ser perquirido para qualificar concretamente a pena consiste em definir a finalidade buscada pelas partes contratantes, e por consequência, a função para a qual a cláusula penal encontra-se vocacionada no negócio.[122] Acerta Jorge Cesa Ferreira da

---

[118] TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal:* uma releitura baseada no perfil funcional, 2008, p. 62.

[119] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 623.

[120] Oportuno referir que a *cláusula penal em sentido estrito* normalmente é pactuada num valor mais gravoso do que a própria prestação assegurada pela pena, justamente em razão da função coercitiva-sancionatória que é chamada a desempenhar. Também é de lembrar que, diferentemente da *cláusula de fixação de perdas e danos,* não há vinculação com os danos típicos ou que possam ser esperados como decorrência do inadimplemento da obrigação. Assim, para que seja atingido o escopo de coerção (de persuasão do devedor ao adimplemento *in natura*) é praticamente intuitivo admitir que o valor da cláusula possui a tendência de superar o da própria obrigação, sendo estabelecido um montante superior àquele que resultaria da cláusula com função indenizatória. (TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal:* uma releitura baseada no perfil funcional, 2008, p. 71).

[121] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* teoria geral das obrigações. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 148.

[122] TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal:* uma releitura baseada no perfil funcional, 2008, p. 64.

Silva ao apontar que serão "as circunstâncias do negócio jurídico concreto que permitirão a classificação".[123]

Além das hipóteses de inadimplemento total ou de mora, percebe-se a existência de diversas hipóteses que podem ser reguladas pela cláusula penal, como o cumprimento defeituoso, o adimplemento parcial e a violação positiva do contrato. E nestas situações, a conexão com a eficácia substitutiva ou cumulativa da cláusula penal somente poderá ser extraída do próprio negócio jurídico.

Conclui-se, em síntese, que a aplicação da teoria da duplicidade de espécies permite o discernimento entre funções, eficácias típicas, finalidades e espécies de cláusulas penais. Do cruzamento de tais categorias revela ser a cláusula penal uma figura assaz complexa, verdadeiramente multifuncional,[124] de modo que, antes de aplicar qualquer das regras legais incidentes à cláusula penal, deve o julgador apurar o escopo buscado pelos contratantes com a estipulação da pena, pois nem sempre a designação dada pelas partes é rigorosamente indicativa de sua finalidade.

---

[123] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 256.
[124] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 625.

CAPÍTULO II – O CONTROLE DA CLÁUSULA PENAL E A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR

2.1 LIMITES PARA FIXAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL E A POSSIBILIDADE DE REDUZI-LA JUDICIALMENTE

Na presente seção, serão primeiramente examinados os limites para fixação da cláusula penal estabelecidos na legislação civil pátria. Subsequentemente, serão analisadas as duas hipóteses de incidência previstas no artigo 413 do Código Civil de 2002, que podem ensejar a revisão judicial da cláusula penal.

Examinar-se-á, na sequência, o modo pelo qual a equidade opera como critério norteador da revisão judicial. E, por fim, serão analisadas a natureza cogente da norma contida no artigo 413 do Código Civil, bem como a impossibilidade de redução da pena de ofício pelo juiz.

2.1.1 Limitação de valor da cláusula penal e o sentido da expressão "obrigação principal"

Registre-se, inicialmente, que o Código Civil estabelece no seu artigo 412,[125] que o valor da cláusula penal estipulada pelas partes não poderá ser superior ao da obrigação principal, assim como já previa, de maneira idêntica, o artigo 920 do Código Civil de 1916.[126] Naquela época, justificava-se um dispositivo que limitava o valor da cláusula penal à importância da obrigação principal, sobretudo porque o artigo 927 do Código Civil de 1916 previa que o devedor não poderia se eximir do cumprimento da pena convencional sob o pretexto da mesma ser excessiva. Além disso, não se pode olvidar que o modelo adotado no Código anterior era o da imutabilidade da pena convencional, com exceção aberta apenas à faculdade dada ao juiz de reduzi-la proporcionalmente em caso de adimplemento parcial (artigo 924 do Código Civil de 1916).

---

[125] Artigo 412 do Código Civil brasileiro: "O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal."

[126] O referido dispositivo possui correspondência no direito estrangeiro nos artigos 811 do Código Civil português, no artigo 1.544 do Código Civil chileno, no § 343 do Código Civil alemão, e ainda, no § 163 do Código suíço das obrigações.

Jorge Cesa Ferreira da Silva observa, no entanto, que as circunstâncias fáticas e jurídicas se alteraram de maneira profunda dos idos de 1916 até a data de promulgação do atual Código Civil. O autor constata que o modelo adotado para a cláusula penal não é mais o da imutabilidade, mas sim um modelo flexível e proficientemente capaz de ensejar a revisão judicial quando se verifique abuso.[127] A esse respeito, Fernanda Girardi Tavares sustenta que o artigo 412 do Código Civil não mais se coaduna com o contexto normativo atual referente à cláusula penal, e tampouco se justifica. Para a autora,

> a cláusula penal em sentido estrito – conforme o modelo proposto por Pinto Monteiro –, embora admissível e compatível com o Direito brasileiro, é esmaecida pela limitação prevista no artigo 412 do Código Civil. Relembre-se que, ao estipularem-na, as partes estabelecem uma prestação que se reveste do caráter de uma pena e que coage o devedor ao cumprimento. Repita-se: é quase intuitivo concluir que, se tal pena não consistir em uma soma elevada frente à obrigação que se pretende ver cumprida, a coerção provavelmente não será eficaz. Ademais, não se pode perder de vista que a possibilidade de satisfação do credor por meio de uma pena desconectada dos danos típicos – e que, portanto, seria estipulada conforme os interesses das partes e as concretas circunstâncias negociais – deixa de ser atrativa no momento em que tal importe é limitado ao valor da obrigação principal.[128]

Na mesma esteira de entendimento é a lição de Caio Mário da Silva Pereira, segundo o qual a manutenção do referido dispositivo na sistemática legislativa atual é fruto da pura força da inércia: pois uma vez que estava, ficou. Para o autor, somente as parte são livres e interessadas em reforçar o cumprimento da obrigação com uma pena convencional, e, do mesmo modo que são livres para inseri-las, também devem ter o arbítrio de a estipularem nos limites de suas conveniências, estimando-a em montante mais ou menos elevado.[129] E conclui sustentando que "a disposição do art. 412 do Código Civil de 2002 é inócua, tendo em vista que o seguinte permite a redução equitativa pelo juiz, e o art. 416 admite seja estipulada indenização suplementar".[130] Christiano Cassettari, ao revés, indica que tal entendimento não poderia prosperar no Brasil, porquanto a propositura de ação judicial é um problema para o seu autor (em razão da morosidade de nossa justiça), e assim, é justamente para se evitarem

---

[127] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 265.
[128] TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal:* uma releitura baseada no perfil funcional, 2008, p. 71.
[129] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* teoria geral das obrigações. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 153.
[130] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* teoria geral das obrigações. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 153.

demandas judiciais que nossa legislação deve impor limites à cláusula penal, e excepcionalmente, ocorrendo as hipóteses descritas no artigo 413 do Código Civil, é que a parte irá procurar o Poder Judiciário a fim de reduzir a cláusula penal.[131]

A despeito da impropriedade da manutenção do limite positivado no artigo 412 do Código Civil, o fato é que tal limitação remanesce vigente em nosso ordenamento jurídico, e incide tanto às cláusulas penais compensatórias, como também às moratórias (para estas últimas no espaço que não é regrado por leis especiais).[132] Registramos, ao analisar as modalidades de cláusula penal (moratória e compensatória), que a cláusula compensatória possui caráter substitutivo e função compensatória, ao passo que a cláusula moratória possui caráter cumulativo e função de pena, e, evidentemente essas distintas funções e escopos deverão ser levadas em conta na atuação do artigo 412 do Código Civil. Dessa forma, se a cláusula penal for compensatória, o valor da "obrigação principal" será o teto, e assim, considera-se atendido o interesse do credor; e, se a cláusula penal for moratória, a norma estabelece um limite dotado de flexibilidade, condizente com a natureza da cláusula penal (nada impedindo que à pena moratória seja imputada a finalidade de puramente coagir ao adimplemento, como é o traço característico da *cláusula penal puramente coercitiva*), sendo que para excessos manifestos caberá redução (artigo 413 do Código Civil), sabendo-se que o valor da obrigação principal é o limite.[133]

Seja ela moratória, ou compensatória, contudo, para que a cláusula penal atenda sua finalidade, é preciso ter presente a correta exegese da expressão "obrigação principal" constante do artigo 412 do Código Civil. Nesse sentido, Jorge Cesa Ferreira da Silva esclarece que é "obrigação principal aquela que seria realizada pela parte à qual o inadimplemento enseja a aplicação da pena".[134] Além disso, por obrigação principal também se deve entender o conjunto de prestações atinentes à prestação principal (incluindo, portanto, as obrigações secundárias e anexas, referentes ao interesse de prestação), e que não se equiparam às expressões "valor da obrigação principal" e nem ao "valor do contrato". Assim, exemplificativamente, na compra e venda de um automóvel, a obrigação principal do

---

[131] CASSETTARI, Christiano. *Multa Contratual*: teoria e prática da cláusula penal. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 79.
[132] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 668.
[133] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, pp. 678-679.
[134] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 268.

vendedor equivalerá não só ao valor do automóvel, mas a este acrescido do frete, porquanto é a prestação correspondente à obrigação principal da outra parte. Outrossim, como regra geral, o valor da obrigação principal deve ser mensurável de acordo com a relação posta no contrato no momento de sua contratação.[135] E assim, a par do significado da expressão "obrigação principal", pode-se concluir que, se o valor pactuado para a cláusula penal superar o limite do valor da obrigação principal, haverá ineficácia[136] a fulminar o excesso, cabendo ao julgador reduzir o montante, atendendo ao postulado do devedor.[137]

Uma vez analisados os limites estipulados em lei para fixação da cláusula penal, e tendo sido demonstrada a impropriedade da manutenção do limite positivado no artigo 412 do Código Civil, passa-se ao exame das hipóteses de incidência previstas no artigo 413 do mesmo diploma legal, que podem dar ensejo à revisão judicial da pena.

2.1.2 Hipóteses de incidência que podem ensejar a revisão judicial da cláusula penal: o *cumprimento parcial* e a *manifesta excessividade*

Ao longo do presente estudo, restou evidenciada a importante contribuição que a cláusula penal empresta às relações contratuais. Exemplificativamente, quando delimitada como meio de coerção ao cumprimento, a cláusula penal atua como mecanismo de persuasão, pela ameaça de uma sanção ao devedor por meio de uma prestação de valor elevado, justamente para estimular a consciência do adimplemento; ou, quando estimada como cláusula de liquidação antecipada de danos, proporciona aos contratantes o conhecimento prévio do valor da indenização. Como se vê, a autonomia privada conspira justamente no sentido de reforçar a relação obrigacional. Contudo, esta mesma liberdade contratual que confere plasticidade ao modelo jurídico pode ser um instrumento perigoso de opressão negocial.[138] A esse respeito, Cristiano Chaves de Farias ressalta

---

[135] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 268.

[136] Jorge Cesa Ferreira da Silva ensina que essa questão não se encontra no plano da validade, mas no plano da eficácia, pois o negócio jurídico pode dispor sobre a inclusão da multa, mas seus efeitos não podem ir além de um determinado limite, de modo que não caberá ao juiz retirar a cláusula do negócio jurídico, mas apenas reduzir o seu valor. (FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 269).

[137] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 683.

[138] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 215.

> a importância da cláusula penal nas relações obrigacionais, por lhe conferir maior segurança e, por via de consequência, às próprias relações sócio-econômicas. Atente-se, todavia, que essa maior garantia não poderá, no entanto, desrespeitar as garantias conferidas pelo sistema legal ao devedor.[139]

É que ao ingressarem na relação contratual, os contratantes geralmente possuem expectativas otimistas quanto ao cumprimento de suas finalidades, e, nesse momento de euforia não é raro o devedor aceitar cláusulas penais excessivas, por acreditar que alcançará o adimplemento e a sanção seria uma hipótese distante. Em outros casos, mesmo que a pena seja pactuada em parâmetros razoáveis, pode se tornar gravosa no momento do inadimplemento, em razão de eventos futuros, previsíveis ou não. Em qualquer desses casos, a cláusula penal poderá conduzir a abusividades, sendo necessária a intervenção do Poder Judiciário para prestigiar a equidade, reduzindo a pena manifestamente excessiva.[140]

Nesse contexto, o Código Civil, mais especificamente em seu artigo 413,[141] trata de maneira expressa da possibilidade de reduzir-se o montante pactuado na cláusula penal, mediante intervenção judicial. Em que pese a matéria adentre na seara da liberdade de contratar, em verdade, não consiste em nenhuma novidade, já que o próprio Código Civil de 1916 não acolhia o modelo de liberdade irrestrita de estipulação pelas partes, ao determinar no artigo 924 a redução proporcional da cláusula penal estipulada para o caso de inadimplemento ou mora.[142] Todavia, o Código Civil de 2002 ampliou, significativamente, os poderes de revisão da cláusula penal conferidos ao julgador por meio do artigo 413, transformando aquilo que era uma simples faculdade – artigo 924 do Código Civil de 1916 – num dever, e passando a abarcar a possibilidade de moderação em casos de manifesta excessividade.

Mesmo diante do alargamento dos poderes de revisão conferidos ao juiz, para que se possa cogitar em intervenção judicial para fins de reduzir a cláusula penal, há dois pressupostos que podem se configurar de forma alternativa ou cumulativa, quais sejam, o *cumprimento parcial* e a *manifesta excessividade*. Ambos os pressupostos estão descritos

---

[139] FARIAS, Cristiano Chaves de. *Miradas sobre a cláusula penal no direito contemporâneo*. *In*: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras complementares de direito civil*. Salvador: Podivm, 2007, p. 246.

[140] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 215-216.

[141] Artigo 413 do Código Civil brasileiro: "A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio."

[142] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, pp. 683-684.

expressamente no artigo 413 do Código Civil, e merecem um exame apartado, que se passa a expor.

Em primeiro lugar, no que tange ao *cumprimento parcial*, o artigo 413 do Código Civil estabelece que a redução da cláusula penal terá lugar "se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte". Como se vê, mais uma vez a expressão "obrigação principal" é mencionada entre os preceitos relacionados à cláusula penal, porém, aqui, possui sentido diverso daquele empregado no artigo 412 do Código Civil. Nesse tocante, Jorge Cesa Ferreira da Silva sublinha que a "obrigação principal" referida no artigo 412 do Código Civil, é aquela que representa a própria razão do negócio jurídico (por exemplo: num contrato de compra e venda, será a transferência do bem e o pagamento do preço; já numa locação, será a entrega da posse do bem e o pagamento pelo uso; numa doação, será a transferência do bem), e assim, o valor dessas prestações é fixado pela lei como o teto da cláusula penal.[143] Para o autor, entretanto, não é esse o sentido da expressão "obrigação principal" empregada no artigo 413 do Código Civil, pois aqui, entende-se por "principal" a obrigação à qual a cláusula penal (que é acessória) se vincula. Para auxiliar no esclarecimento, Jorge Cesa Ferreira da Silva traz o seguinte exemplo,

> em um contrato de locação, o locatário tem, como obrigação principal, o dever de pagar os locativos mensais. Extinto o contrato, cabe-lhe devolver o imóvel. Como "obrigação secundária" impõe-se que o entregue do mesmo modo que o recebera. Para a hipótese de descumprimento de tal dever, há previsão de cláusula penal. Cogite-se que o locatário devolveu o imóvel, mas que tenha se limitado a pintar a metade do apartamento. Nesse exemplo, a "obrigação principal", em relação ao contrato, foi adimplida. Contudo, não o foi a "principal" em relação à cláusula penal. Caberia ao devedor, nesse caso, o pagamento relativo a metade do montante previsto na cláusula penal.[144]

Desta maneira, constata-se que é justamente o conteúdo do dever ao qual a cláusula penal se conecta que deve ser examinado para identificar se a prestação principal foi

---

[143] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 274.
[144] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 274-275.

adimplida pelas partes. E assim, se a prestação principal do negócio jurídico for cumprida em parte, mas a cláusula penal não se relacionar a ela, não há se cogitar em redução.[145]

Para além da definição do sentido empregado à "obrigação principal" no artigo 413 do Código Civil, deve-se, sobretudo, atentar que o conceito de obrigação principal está relacionado diretamente à hipótese de "cumprimento parcial". Note-se que o *cumprimento parcial* da obrigação principal é um dos pressupostos que autorizam a redução da cláusula penal justamente porque se o inadimplemento não se estendeu ao todo, mas tão-somente à parte do negócio, seria assaz injusto permitir que o credor (o qual já se beneficiou com o cumprimento parcial da prestação) venha a receber a cláusula penal pactuada por inteiro.[146] Todavia, cabe advertir que não é todo adimplemento parcial que justifica a redução da cláusula penal, mas apenas aquele que foi útil ao credor, pois pode ocorrer o adimplemento parcial sem que seja suficiente para satisfazer, ainda que em parte, o credor.

Passa-se, então, ao exame do segundo pressuposto deflagrado pelo artigo 413 do Código Civil, que autoriza a redução judicial da pena quando "o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio". Tal pressuposto da *manifesta excessividade* também é estabelecido uniformemente no direito comparado, como se verifica do § 343 do BGB (penalidade "desmedidamente elevada"); assim como no artigo 1.384 do Código italiano (montante "manifestamente excessivo"), e também no artigo 812 do Código de Portugal ("manifestamente excessiva"), e constitui grande novidade introduzida pelo Código Civil de 2002, pois não apenas afastou de forma cabal o princípio da imutabilidade da cláusula penal no sistema brasileiro, como também alargou as fronteiras da intervenção judicial no instituto.[147]

A finalidade dessa nova regra, segundo Judith Martins-Costa, é de evitar que a cláusula penal seja utilizada como meio que possibilite o exercício abusivo da posição de credor, pois sabidamente o principal perigo da pena é o de propiciar abusos em face do valor excessivo da cláusula penal, notadamente nos contratos de adesão, ou quando há notória assimetria entre os contratantes, ou ainda, quando existe um liame de dependência econômica

---

[145] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 275.
[146] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 687.
[147] TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal:* uma releitura baseada no perfil funcional, 2008, p. 79.

entre as partes.[148] Para a autora, a segunda parte do artigo 413 do Código Civil visa a atacar justamente esse perigo do abuso, e assim, diversamente da regra da primeira parte do dispositivo, aqui não se exige que a prestação tenha sido cumprida em parte.

Releva notar, nesse sentido, que a legitimação da intervenção judicial com base na hipótese de *manifesta excessividade* da cláusula penal exige, como reiterado até aqui, a atividade de concreção e de fundamentação da decisão, porquanto não é qualquer excessividade considerada subjetivamente pelo intérprete que poderá ensejar à revisão da cláusula penal. Como sintetiza Jorge Cesa Ferreira da Silva, não se cogita na vedação de todo e qualquer excesso, "mas tão-somente daquele 'manifesto', ou seja, o que se mostra, de modo claro, como desconectado da equação dano + pena, e vinculado à noção de enriquecimento injustificado por pare do credor".[149] E conclui que "é na tensão entre esses dois vetores – enriquecimento injustificado e pena – que se concentra o conteúdo da ideia de 'excesso manifesto'".[150]

Nessa esteira de entendimento, e com o intuito de delimitar a noção de "prestação excessivamente onerosa", Fernanda Girardi Tavares indica que há a necessidade de se estabelecer um termo de comparação com o qual a prestação possa vir a ser confrontada, sendo que as bases para a confrontação (e para a aferição da excessividade) serão fornecidas a partir da identificação da função desempenhada pela cláusula penal. Desse modo, a autora sustenta que "será com base no perfil funcional da cláusula – e, especialmente, tendo em conta a finalidade que se pretende alcançar – que se poderá realizar a ponderação acerca da adequação ou da excessividade da importância cominada".[151]

Note-se, a propósito, que o artigo 413 do Código Civil remete a redução da penalidade manifestamente excessiva justamente à "natureza e à finalidade do negócio". Nelson Rosenvald reputa acertada esta escolha do legislador, na medida em que remete o intérprete à imprescindível qualificação da cláusula penal como medida preliminar de aferição da redução

---

[148] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 693.
[149] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 277.
[150] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 277.
[151] TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal:* uma releitura baseada no perfil funcional, 2008, p. 80.

da pena.[152] Para o autor, um dos méritos inegáveis da inovação que acompanha o artigo 413 do Código Civil é o de forçar o intérprete a qualificar as diferentes cláusulas penais para descobrir a sua função, e destaca que "haverá um objetivo determinado para a conformação da cláusula, seja como prefixação de perdas e danos, seja como pena negocial. Só a partir dessa avaliação será possível admitir o cabimento do poder moderador judicial e, se positivo, em que extensão".[153] A esse respeito parece crucial referir a lição de António Pinto Monteiro, segundo o qual,

> o critério por que se afere a legitimidade do tribunal para moderar a pena e, bem assim, o grau da mesma assenta, sobretudo, no *interesse do credor*, tratando-se de uma compulsória, ou no valor do *dano efectivo*, sendo ela uma pena indemnizatória. Numa palavra, os factores a considerar pelo tribunal, num caso e no outro, não são exactamente os mesmos ou, pelo menos, não assumirão o mesmo grau de importância. Pois bem, solicitado a reduzir a pena, deve o tribunal começar por *qualificá-la*, a fim de apurar a espécie acordada entre os contratantes.[154]

Desta maneira, caso se esteja diante de uma *cláusula de fixação de perdas e danos*, o grau de divergência entre o dano experimentado e o montante prefixado passa a ser relevante, uma vez que o valor da pena possui eficácia satisfativa, como visto. Por conseguinte, como a finalidade é ressarcir o dano, deve-se admitir uma diferença entre o dano efetivo e o montante pré-fixado, que é inerente ao fato de se optar por uma pré-liquidação da indenização, já que é baseada numa estimativa de danos prováveis. No entanto, se essa diferença se revelar demasiada no caso concreto, haverá excessividade da cláusula penal.[155] Se é certo que a qualificação da cláusula penal vincula-se ao dano que razoavelmente poderia ser previsto no momento da contratação, o mesmo não se pode dizer da aferição da excessividade da pena. Aqui não mais prepondera o momento da celebração do negócio, mas aquele em que se constata o descumprimento da obrigação. Ou seja, a excessividade da cláusula penal não será aferida em comparação com o dano previsível, mas com o prejuízo real e efetivo do credor.

Por outro lado, caso se esteja diante de uma das duas espécies de cláusulas com finalidade coercitivo-sancionatória, deve-se levar em conta que o principal fator comparativo

---

[152] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 226.
[153] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 223.
[154] PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula penal e indemnização.* Coimbra: Almedina, 1990, pp. 639-640.
[155] TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal:* uma releitura baseada no perfil funcional, 2008, p. 80.

a ser considerado não será o dano efetivo, mas sim o interesse do credor no cumprimento. Consoante sublinha Fernanda Girardi Tavares, aqui será necessário perquirir o valor necessário para estimular o devedor ao adimplemento, ou seja, "deve-se verificar, segundo um juízo de razoabilidade, se o montante convencionado era adequado à eficácia da ameaça".[156] De acordo com António Pinto Monteiro, nesse caso,

> não será o prejuízo real o factor mais importante a considerar, antes o interesse do credor no cumprimento. Do que se trata, então, fundamentalmente, é de perguntar pelo montante necessário para estimular o devedor a cumprir e, assim, em último termo, de uma ponderação de interesses que, partindo do prioritário interesse do credor ao cumprimento, para o reforço e proteção 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.[157]

Há que se advertir, outrossim, que o resultado de tal ponderação, focada no interesse do credor, não encerra o exame das circunstâncias concretas envolvidas, eis que poderão existir elementos supervenientes ao momento de pactuação da cláusula que possam militar em favor de sua redução – em especial quando se verificar que o grau de culpa do devedor foi ínfimo para a ocorrência do inadimplemento[158]. Em sentido convergente ao exposto, Nelson Rosenvald ressalta que "quando a cláusula penal for uma pena privada, a medida da redução judiciária repousará sobre a gravidade da inexecução ilícita e não sobre a importância do prejuízo real do credor".[159]

Dessa maneira, constata-se que a moderação da cláusula penal manifestamente excessiva visa a evitar não só o exercício abusivo da posição do credor, mas também uma migração patrimonial injustificada. E assim, a redução da cláusula penal por intermédio judicial mostra-se uma forma adequada de evitar abusos por parte do credor, eis que concilia o respeito à autonomia das partes com os ditames da justiça contratual.

---

[156] TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal:* uma releitura baseada no perfil funcional, 2008, p. 81.
[157] PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula penal e indemnização.* Coimbra: Almedina, 1990, p. 229.
[158] TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal:* uma releitura baseada no perfil funcional, 2008, p. 81.
[159] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 229.

Uma vez estabelecidos os pressupostos para redução da cláusula penal (o *cumprimento parcial* e a *manifesta excessividade*), passa-se a examinar o modo pelo qual a equidade opera como critério norteador da revisão judicial. Assim, será demonstrado que o artigo 413 do Código Civil comporta duas faces da equidade: (i) equidade-proporcionalidade, e a (ii) equidade-razoabilidade, sendo que a primeira integra o juízo de moderação diante das hipóteses de *cumprimento parcial*, e a segunda, integra o juízo de moderação quando houver *manifesta excessividade* da cláusula penal.

2.1.3 A equidade como critério norteador da revisão judicial da cláusula penal

O texto do artigo 413 do Código Civil, como já referido, estabelece que "a penalidade deve ser reduzida *equitativamente* pelo juiz". Jorge Cesa Ferreira da Silva observa que "do texto do art. 413 decorrem duas normas jurídicas, com suportes fáticos distintos mas com uma mesma consequência jurídica: a revisibilidade da cláusula penal".[160] Malgrado alberguem duas situações distintas, as hipóteses visam à mesma finalidade: evitar a obtenção de vantagens indevidas pelo credor, ao mesmo tempo em que assegura a eficácia da pena, de acordo com a finalidade pretendida pelas partes contratantes.

Nesse particular, Fernanda Girardi Tavares anota que as vantagens indevidas que se pretende coibir, não estão necessariamente atreladas à prática de algum ato abusivo do credor, pois podem decorrer exclusivamente do fato de o devedor ter cumprido parcialmente a obrigação assegurada pela cláusula penal (com proveito efetivo ao credor), tornando demasiada e desproporcional a aplicação da pena convencional prevista originalmente.[161] E é justamente essa a primeira hipótese (de cumprimento parcial da obrigação principal) que autoriza a intervenção judicial na seara contratual com o intuito de, eventualmente, proceder à redução do valor pactuado na cláusula penal.

Em face dessa primeira hipótese fática de revisão, qual seja, no caso de *cumprimento parcial* da obrigação pelo devedor, observa-se que a redução da pena convencional parece surgir intuitivamente – como uma consequência adequada –, na medida em que está atrelada

---

[160] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 271.
[161] TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal:* uma releitura baseada no perfil funcional, 2008, p. 99.

ao senso comum de justiça que decorre da ideia de *proporcionalidade*.[162] Assim, para fins da primeira parte do artigo 413 do Código Civil, verifica-se que o critério que deve permear a revisão judicial é o da proporcionalidade, posta como uma das acepções do princípio da equidade (justo proporcional) e também como um postulado normativo (postulado da proporcionalidade).[163] É o que preleciona Judith Martins-Costa:

> Para os fins do art. 413, 1ª parte, se pode afirmar que a ideia de proporcionalidade tem uma dupla valência: significa uma das acepções do *princípio da equidade* e também um *postulado normativo*, indicando a medida concreta da redução a ser feita pelo juiz tendo em vista realizar a finalidade a que foi predisposta a cláusula penal no caso de ter havido cumprimento parcial da obrigação, então se examinando: (i) a *adequação* entre a pena e o inadimplemento efetivamente ocorrido; e (ii) a *necessidade* de ser reduzida a penalidade, por ter havido, efetivamente, desproporção entre a parte da obrigação efetivamente cumprida e a pena a ser paga, considerando, naturalmente, a totalidade das obrigações contraídas, no seu complexo de circunstâncias e motivações; e (iii) a finalidade expressa no valor *justiça proporcional*. Só assim, reunidos esses três aspectos, se justifica a restrição ao direito subjetivo do credor.[164]

Desta maneira, a autora sugere que a regra do artigo 413 do Código Civil poderia ser lida da seguinte maneira: "A penalidade deve ser reduzida *proporcionalmente* pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte", ainda que não se trate de uma proporcionalidade puramente matemática, mas axiológica, levando-se em conta a importância do que foi prestado, assim como a tipicidade do negócio, a utilidade para o credor da prestação cumprida em parte, e ainda, a função econômico-social do negócio.[165] Por consequência, deverá a cláusula penal ser reduzida proporcionalmente à parte prestada. E assim, não se poderia cogitar em indevido arbítrio judicial, mas em dever e em responsabilidade do intérprete de concretizar o comando da lei. Arbítrio injustificado haveria

---

[162] TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal:* uma releitura baseada no perfil funcional, 2008, p. 100.

[163] De acordo com Humberto Ávila, o exame da proporcionalidade "aplica-se sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*." Nesses casos, o autor explica que "devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito). (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios,* 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 164-165).

[164] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, pp. 688-689.

[165] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 689.

se o julgador, ao revés, se negasse a reduzir a cláusula penal quando cumprida em parte a prestação principal, o que, seguramente, desnaturaria a racionalidade econômica do negócio jurídico.[166]

À guisa de exemplo, a fim de ilustrar a atuação do postulado normativo da proporcionalidade, imagine-se que duas sociedades empresárias celebraram um contrato de fornecimento de peças de reposição, por meio do qual as partes pactuaram a entrega de um lote de 1.000 peças e estipulada, para o caso de descumprimento, uma cláusula penal de 30% do valor total das peças que compõe a integralidade do lote. Com a superveniência do prazo pactuado, são entregues apenas 800 peças, e em virtude da impossibilidade de manufatura, não serão fornecidas as peças faltantes.[167] Nesse caso, a aplicação da pena de 30% revela-se *inadequada*, seja para indenizar, seja para punir o devedor, pois os quinhões tornaram-se por demais desproporcionais. Assim, já se ingressa no exame do requisito da *necessidade* de redução da cláusula penal, que também envolve a avaliação do contexto negocial em sua integralidade. Admitindo-se, por hipótese, que a parcela cumprida foi útil ao credor, e tendo em vista a finalidade expressa no valor da justiça proporcional, resta evidente que a aplicação da pena no seu montante originalmente previsto implicaria uma iniquidade, eis que um dos quinhões tornou-se assaz elevado (a cláusula penal) comparativamente com o outro quinhão que se tornou diminuto (no caso, a parcela que deixou de ser adimplida). Dessarte, em face do valor da justiça proporcional, o juiz alcançará o meio termo entre os extremos desproporcionais, adequando o *quantum* da cláusula penal com base nesta métrica.[168] Advirta-se, entretanto, que a cláusula penal não deve ser necessariamente reduzida de 30% para um montante de 6% (que seria equivalente a 1/5 do montante que deixou de ser fornecido), pois não se está tratando aqui, reitere-se, de uma proporcionalidade puramente aritmética, mas sim da proporcionalidade axiológica.[169] Fundamental salientar, ainda, que nesse exame valorativo importará perquirir a finalidade pretendida pelas partes com a estipulação da pena (se indenizatória ou coercitiva), e a espécie da cláusula penal individualmente considerada. Ante a situação hipotética exposta, parece correto concluir que a cláusula possuía escopo

---

[166] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 690.
[167] O exemplo foi extraído da monografia de Fernanda Girardi Tavares (TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal:* uma releitura baseada no perfil funcional, 2008, pp. 106-107).
[168] TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal:* uma releitura baseada no perfil funcional, 2008, p. 107.
[169] TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal:* uma releitura baseada no perfil funcional, 2008, p. 107.

coercitivo, pois pretendia evitar, estritamente, o inadimplemento (e perceba-se que não houve pactuação de cláusula penal na hipótese de mora). Além do mais, o seu montante não possui potencial de cobrir eventual dano decorrente do descumprimento. Em face dos elementos fáticos narrados, pois, e estando diante de um pleito revisional, proceder-se-ia à redução do percentual da pena para 15%, assim entendido como um percentual módico que, igualmente, não esvazia o objetivo da cláusula penal pactuada.[170]

Importa, agora, examinar a segunda hipótese fática que pode ensejar a intervenção judicial, qual seja, a situação na qual o montante da penalidade se revela *manifestamente excessivo*. Como referido anteriormente, a equidade, nesse caso, opera de forma diversa daquela examinada até então, pois não permanece atrelada à ideia de proporcionalidade, mas sim à noção de *razoabilidade* – o que, ao fim e ao cabo, justifica a nomenclatura equidade-razoabilidade anteriormente empregada.

Releva notar, nesse sentido, que o juízo a ser realizado aqui não é mais calcado exclusivamente em uma comparação de quinhões (entre a extensão e a utilidade do cumprimento parcial, e o valor da cláusula penal), mas sim na ponderação de elementos para que se possa concluir se existe ou não excessividade a ser mitigada.[171] Ditos elementos são identificados por António Pinto Monteiro, quando trata dos critérios interpretativos envolvidos no exame do excesso da cláusula penal:

> Perante a superioridade de determinada pena, o juiz só poderá concluir pelo seu carácter "manifestamente excessivo" após *ponderar* uma série de outros factores, à luz do *caso concreto*, que um julgamento por *equidade* requer. Assim, a gravidade da infracção, o grau de culpa do devedor, as vantagens que, para este, resultem do incumprimento, o interesse do credor na prestação, a situação económica de ambas as partes, a sua boa ou má fé, a índole do contrato, as condições em que foi negociado e, designadamente, eventuais contrapartidas de que haja beneficiado o devedor pela inclusão da cláusula penal, são, entre outros, factores que o juiz deve ponderar para tomar uma decisão.[172]

Como se vê, a aferição de excessividade da cláusula penal – como pressuposto para revisão judicial – confunde-se com o próprio juízo de moderação. A propósito, note-se que a

---

[170] TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal:* uma releitura baseada no perfil funcional, 2008, pp. 107-108.
[171] TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal:* uma releitura baseada no perfil funcional, 2008, p. 108.
[172] PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1990, pp. 743-744.

segunda parte do artigo 413 do Código Civil direciona o aplicador justamente a um juízo de equidade, estritamente ligado com a ideia de *moderação* ou *razoabilidade,* a ser proferido sobre a regra derivada do contrato.[173] Em atenção a isso, Judith Martins-Costa esclarece que não está se tratando de uma possibilidade de substituir o regramento derivado da autonomia privada por outro, mas está se tratando de um dever de amoldar o que está excessivo a parâmetros razoáveis, já que o termo "equitativamente" também significa "equilibradamente".[174] Para a autora, o advérbio de modo "equitativamente" significa, nesse contexto, "um mandado para a correção do que está escrito no contrato e que, por conta das circunstâncias concretas, se mostra excessivo, abusivo, em uma palavra: irrazoável". E conclui sugerindo que a segunda regra do artigo 413 poderia ser lida da seguinte maneira: "A penalidade deve ser reduzida *razoavelmente* pelo juiz se o seu montante for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio".[175]

Cumpre reiterar que, muito embora o artigo 413 do Código Civil não seja uma cláusula geral, o referido dispositivo exige a atividade de concreção do juiz, em especial diante do seu trecho final (que remete à verificação do excesso manifesto da cláusula penal à natureza e à finalidade do negócio). Nelson Rosenvald, nesse particular, destaca que a eleição da equidade como critério de aplicação do poder moderador também torna necessária a ponderação dos elementos concretos, pois "qualquer julgamento plasmado na equidade demanda uma atividade de ponderação de outros fatores que a concretude do caso exige."[176] E complementa afirmando que "será a apreciação global de todas as circunstâncias objetivas e subjetivas envolvidas no episódio que propiciará uma segura consideração sobre a real necessidade de redução e, em caso afirmativo, em que grau."[177]

Há que se ressaltar, também, que não pode o intérprete desconsiderar o perfil funcional da pena quando realizar o juízo de ponderação do excesso. Dessa forma, quando se está diante de uma cláusula penal com escopo indenizatório, a perseguição do equilíbrio entre

---

[173] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 695.
[174] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, pp. 695-696.
[175] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 696.
[176] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 231.
[177] ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 231.

o valor da pena e os efeitos do inadimplemento revela-se adequada.[178] Todavia, essa premissa não se aplica irrestritamente quando se está diante de uma cláusula penal com escopo coercitivo, pois, nesse caso, não se pretende estabelecer uma relação absolutamente harmoniosa e equidistante entre as duas grandezas, pois é inerente à cláusula penal coercitiva a estipulação de uma prestação mais elevada ao devedor, sobretudo para incentivar o adimplemento (na fase que antecede o descumprimento) e penalizá-lo (na fase subsequente).[179]

A par das considerações expendidas, cumpre agora analisar duas questões que muito influem na aplicação do artigo 413 do Código Civil, a saber: (i) a natureza cogente da aludida norma; e a (ii) impossibilidade de redução da pena de ofício pelo juiz.

2.1.4 A natureza cogente da norma insculpida no artigo 413 do Código Civil e a impossibilidade de revisão de ofício

Inicialmente, cumpre referir que o exame da natureza jurídica da norma contida no artigo 413 do Código Civil é de fundamental importância, pois se a aludida norma possui, de fato, natureza cogente, tal implicará a impossibilidade de sua derrogação pelas partes contratantes, o que, consequentemente, representará uma limitação ao exercício do poder de autorregulação.[180]

Nesse contexto, portanto, subjaz a seguinte indagação: pode o contrato proibir a redução da cláusula penal? A resposta a essa indagação é fornecida por Judith Martins-Costa, segundo a qual "a norma é cogente, não podendo ser afastada pela autonomia privada, seja em face dos valores que contém, seja em razão da linguagem imperativa na qual vazada".[181] De modo geral, com a superveniência do Código Civil de 2002, a doutrina brasileira de forma majoritária posicionou-se pelo caráter cogente do artigo 413 do referido diploma legal, concluindo ser aquele inderrogável pela vontade das partes. Nesse sentido, anota Silvio Rodrigues que "se a disposição que determina a irredutibilidade da pena convencional for considerada lícita, ela passará a ser cláusula de estilo, pois raramente tem o devedor forças

---

[178] TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal:* uma releitura baseada no perfil funcional, 2008, p. 110.
[179] TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal:* uma releitura baseada no perfil funcional, 2008, p. 110.
[180] TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal:* uma releitura baseada no perfil funcional, 2008, p. 129.
[181] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 711.

para rejeitá-la. Se isso acontecer, fica frustrada a proteção que a lei pretende oferecer ao mais fraco".[182] Ademais, não se está tratando aqui exclusivamente da utilização da autonomia privada, mas de outros valores especialmente tutelados pelo Código Civil.[183] A esse respeito, Jorge Cesa Ferreira da Silva destaca que o artigo 413 do Código Civil se alicerça no equilíbrio e na vedação de excesso, que são especialmente garantidos no novo Código Civil de forma cogente (como ocorre, exemplificativamente, nos artigos 187, 317 e 478 do mesmo diploma legal).[184]

Desse modo, a intervenção judicial visando à redução da cláusula penal será sempre possível, independentemente da existência (ou não) de pactuação em sentido contrário, face à natureza cogente da norma ínsita no artigo 413 do Código Civil. Porém, cabe advertir que, para se cogitar em redução judicial da pena, é necessário que haja pleito formulado pela parte interessada nesse sentido, devido à impossibilidade de redução de ofício da cláusula penal, como se passa a examinar.

Diversamente do que se verificou quando analisada a natureza jurídica da norma insculpida no artigo 413 do Código Civil (em que se constatou uma uniformidade na doutrina pátria no sentido de que se trata de uma norma inderrogável), quanto ao segundo aspecto, que trata da possibilidade de revisão da cláusula penal de ofício pelo juiz, constata-se um maior dissenso doutrinário.

Muito influiu para instauração dessa controvérsia, o fato de que o artigo 924 do Código Civil de 1916 previa que "*poderá* o juiz reduzir", ao passo que o artigo 413 do Código Civil de 2002 deflagra que "a penalidade *deve ser* reduzida". Desse modo, devido ao fato do novel Código ter atribuído ao juiz o dever de proceder a revisão quando configurados os pressupostos previstos abstratamente na regra, há uma parcela da doutrina que sustenta que seria possível compreender que não é requisito da revisão o pedido do interessado, ou seja, a ação judicial seria procedida de ofício.[185]

---

[182] RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil:* parte geral das obrigações. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 275.
[183] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 280.
[184] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 280.
[185] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 710.

Em que pese a redação do Código Civil, sobre esse aspecto, possa suscitar dúvidas, uma interpretação a partir da garantia constitucional da ação (que é uma *garantia*, e não uma imposição) faz inclinar à solução já resolvida pelo Direito alemão,[186] que condiciona a revisão ao pedido do devedor.[187] É o que sugere Judith Martins-Costa, que ainda acrescenta "a questão se põe no plano da eficácia (revisibilidade) e não do da validade (nulidade), tal como vem, essa última, disciplinada no CDC. Pressupõe-se, naturalmente, que o credor haja exigido a pena".

Jorge Cesa Ferreira da Silva traça panorama semelhante ao exposto por Judith Martins-Costa, referindo que não parece ser aceitável que o julgador, nos limites de aplicação do Código Civil, venha a conhecer, sem a provocação da parte, o desequilíbrio da cláusula, a quer em razão de pagamento parcial, quer em razão de outro excesso.[188] Para o autor, aqui está se tratando de direitos disponíveis de natureza patrimonial, que são atribuídos a pessoas que não necessitam de uma especial tutela (por exemplo, duas grandes sociedades comerciais, que por meio de um corpo técnico, discutem o conteúdo do vínculo contratual que as une).[189] Além disso, o autor ainda indica que "são as partes que devem dominar as condições dos seus contratos e os respectivos efeitos (não só jurídicos) nas suas relações, de modo que a elas cabe solicitar a revisão quando, e se, assim entenderem".[190] Esse entendimento expendido, aliás, também não destoa do encontrado por autores no direito comparado, como Mário Júlio de Almeida Costa, segundo o qual "embora a lei não o explicite, afasta-se a possibilidade de uma redução oficiosa pelo tribunal. Esta terá de basear-se em pedido do devedor – após lhe haver sido exigida a pena, judicial ou extrajudicialmente –, formulado através de acção ou de exceção peremptória."[191]

Dessarte, a despeito das posições favoráveis à redução judicial da cláusula penal de ofício,[192] não parece necessário (e tampouco aconselhável) aceitar a revisibilidade da pena

---

[186] No direito alemão, o BGB foi inflexível quanto à impossibilidade de pronunciamento de ofício pelo juiz no seu § 343.
[187] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 710.
[188] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 281.
[189] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 281.
[190] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 281.
[191] ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*, 12ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, p. 801.
[192] No Brasil, dentre os autores que defendem a possibilidade de redução da pena convencional de ofício estão Pontes de Miranda, o qual se pronunciou acerca do artigo 924 do Código Civil de 1916 sustentando que "pode o

convencional sem que tenha havido pedido da parte interessada, eis que consistiria uma interferência descabida na esfera privada, vez que se está examinando as relações paritárias (reguladas pelo Código Civil).

Uma vez demonstrados os limites para fixação da cláusula penal, bem como a possibilidade de intervenção judicial tendente à redução da cláusula penal, cumpre agora examinar, em contrapartida, a possibilidade dos contratantes estipularem cláusula de indenização suplementar, visando à reparação pelo dano excedente.

2.2 POSSIBILIDADE DE ESTIPULAR CLÁUSULA DE INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR

A presente seção destina-se ao exame da possibilidade das partes pactuarem cláusula de reparação pelo dano excedente. Para tanto, será inicialmente demonstrado que as regras insculpidas no *caput*, e no parágrafo único, do artigo 416 do Código Civil dirigem-se a distintas espécies de cláusula penal (reforçando-se a necessidade de qualificação da cláusula penal com base no perfil funcional), demonstrando-se, ainda, para quais espécies de cláusula penal mostra-se desnecessária a comprovação do prejuízo efetivo.

Subsequentemente, será examinada a previsão legal que permite aos contratantes pactuarem cláusula de reparação pelo dano excedente (parágrafo único do artigo 416 do Código Civil), bem como a sua compatibilização com o princípio da reparação integral.

2.2.1 A função coercitiva e a desnecessidade de comprovação de prejuízo

Cumpre lembrar, inicialmente, que ao analisarmos as espécies de cláusula penal, verificamos duas *finalidades* (de coagir ao cumprimento, e a de indenizar), que conduzem às

---

juiz, a pedido do devedor, ou de ofício, reduzir a pena negocial". (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, tomo XXVI, p. 84); bem como Nelson Rosenvald, segundo o qual o "art. 413 do Código Civil permite a redução oficiosa da cláusula penal, com espeque na vedação ao exercício abusivo do direito como concretização do princípio da boa-fé". (ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 254); e ainda, Castro Filho que indica "por se tratar de norma de ordem pública (cogente), o juiz deverá determinar a redução de ofício. Sendo assim, a antiga celeuma que girava em torno da possibilidade de as partes afastarem a aplicabilidade do dispositivo não existe mais, o que se afirma, principalmente, ante a imperatividade do comando exsurgente do relato 'deverá'" (CASTRO FILHO; ANDRADE, Marcos Vinicius dos Santos; MESQUITA, Eduardo Melo e SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Comentários ao Código Civil brasileiro. Do Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, vol. IV, p. 566).

espécies: (a) *cláusula de fixação antecipada da indenização* – com função ressarcitória; (b) *cláusula penal em sentido estrito* – com escopo de sancionar o descumprimento e de coagir ao cumprimento; e, (c) *cláusula penal puramente coercitiva* – com a finalidade de coagir ao cumprimento, distinguindo-se também as *modalidades* (compensatória e moratória).[193]

É preciso ter bem presente tais categorias (propostas por António Pinto Monteiro no Direito português), na medida em que as regras do artigo 416 do Código Civil[194] dirigem-se a duas finalidades distintas. De um lado, o *caput* do referido artigo, tem como alvo a finalidade coercitiva, que em princípio abarca as espécies *cláusula penal em sentido estrito* e também a *cláusula penal puramente coercitiva*. De outro lado, o parágrafo único do aludido artigo, tem em mira a função indenizatória, dirigindo-se, portanto, à *cláusula de fixação de perdas e danos*.[195]

Nesse sentido, em razão do *caput* do artigo 416 do Código Civil referir-se à cláusula penal com finalidade coercitivo-sancionatória, constata-se que o mesmo não leva em consideração o prejuízo efetivo para que a pena seja aplicável, justamente porque sua finalidade não é de fixar as perdas e danos, mas de reforçar o adimplemento.[196] Daí a importância da distinção funcional da cláusula penal, pois a pena independe do dano quando funciona como sanção (ou como incentivo ao cumprimento). Jorge Cesa Ferreira da Silva, ao comentar a regra contida no *caput* do artigo 416 do Código Civil, ensina que "muito mais do que afirmar que o credor não precisa alegar prejuízo, o texto está a dizer que o prejuízo não é relevante para que a cláusula penal se faça aplicável".[197]

Ou seja, mesmo que não se verifique dano efetivo, nasce o direito à cláusula penal, já que ela foi pactuada para evitar o inadimplemento (e não para preestabelecer os danos eventuais). Entretanto, isso não significa dizer que o devedor não poderá requerer a redução

---

[193] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 723.

[194] "Artigo 416 do Código Civil brasileiro: "Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente."

[195] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, pp. 723-724.

[196] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 724.

[197] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 286.

da cláusula penal caso prove que não houve prejuízo. Tal direito lhe assiste, mas a cláusula penal não poderá ser inteiramente afastada no processo de redução.[198] Nessa esteira de entendimento, aliás, Pontes de Miranda sublinha que "as decisões judiciais que procuram ligar a cláusula penal a algum prejuízo desgarram do conhecimento científico do instituto e, aberta ou sub-repticiamente, violam o art. 927, alínea 1ª, do Código Civil".[199]

Como se vê, a compreensão funcional da cláusula penal permite compreender a razão pela qual a pena pode incidir mesmo que nenhum prejuízo tenha sido alegado ou provado, porquanto a cláusula penal possui natureza de promessa condicional de prestação, a ser atuada caso o devedor não cumpra a prestação, ou cumpra de forma inadequada. Dessarte, em se tratando de cláusula penal concebida com finalidade coercitivo-sancionatória, basta ao credor comprovar o descumprimento culposo do devedor para exigir-lhe a pena pactuada, mostrando-se desnecessária, pois, a comprovação de prejuízos eventualmente experimentados.

Situação diversa, no entanto, ocorre quando se está tratando de cláusula penal concebida com finalidade de indenizar (identificada pela espécie *cláusula de fixação antecipada da indenização*), como se passa a expor.

2.2.2 A função indenizatória e a possibilidade de indenização suplementar

Se o Código Civil de 2002, de um lado, consagrou expressamente no artigo 413 a possibilidade da excessividade da cláusula penal ser mitigada por ato do juiz, como visto, atento ao princípio do equilíbrio, o mesmo Diploma legal, de outro lado, admite no seu artigo 416, parágrafo único, que o negócio jurídico preveja indenização suplementar se o dano experimentado for superior à pena.

Tal previsão legislativa seguiu a orientação preconizada em outros sistemas jurídicos, como o Código Suíço (art. 161), e o BGB (§ 340, II), que igualmente permitem a cobrança dos prejuízos suplementares à cláusula penal, desde que efetivamente comprovados pelo credor. No sentido, aliás, estabelece o Código Civil italiano que: "*Art. 1382* (*Effetti della clausola penale). La clausola, con cui si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo*

---

[198] FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 287.
[199] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, tomo XXVI, p. 62.

nell'adempimento (1218), uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore (1223)".[200] Dita previsão também encontra guarida no Direito português (artigo 811.º, 2), que, de acordo com António Pinto Monteiro,

> trata-se de uma questão que só se põe quando as partes tiverem recorrido à cláusula penal a fim de liquidar antecipadamente o dano: justamente por isso é que se pergunta se o credor poderá obter uma reparação maior do que a fixada na pena, no caso de o dano efectivo superar a quantia prevista para esse efeito. Em coerência com a noção de que parte (art. 810.º, n.º 1), a lei recusa esta reparação, salvo se as partes a tiverem convencionado. Neste caso, acordada a ressarcibilidade do dano excedente, o sentido desse acordo é o de uma reserva do credor a prosseguir a indemnização, nos termos gerais. E isto, porque, para provar um dano *excedente*, terá o credor de fazer a prova da totalidade do dano sofrido: só depois disso se poderá saber se este *excede* o *quantum* indemnizatório preestabelecido.[201]

Consoante já alertado do tópico antecedente, o parágrafo único do artigo 416 do Código Civil tem em mira a função indenizatória, dirigindo-se, portanto, à *cláusula de fixação de perdas e danos*. Esse direcionamento, aliás, fica bastante evidente quando o referido dispositivo alude "ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal".

Nesse sentido, profícuo lembrar que a *cláusula de fixação de perdas e danos*, pactuada com finalidade indenizatória, conduz à associação entre a cláusula penal e a ideia de uma liquidação preventiva de um dano, eventual e futuro, produzido pelo inadimplemento definitivo ou pela mora.[202] Como faz notar Judith Martins-Costa, essa associação leva a situar a cláusula penal "como 'medida concreta do dano': tanto assim que se denomina a função ressarcitória de 'função estimativa' do dano, decorrente da própria convenção, uma vez que as partes fixam e substituem, convencionalmente, as consequências derivadas do incumprimento da obrigação principal".[203]

---

[200] Tradução livre: "Art. 1382 (Efeitos da cláusula penal). A cláusula penal mediante a qual se convenciona que, no caso de inadimplemento ou mora na execução, um dos contraentes fica obrigado a uma determinada prestação, tem o efeito de limitar a indenização à prestação prometida, se não for convencionada a possibilidade de ressarcimento de danos ulterior".

[201] PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula penal e indemnização.* Coimbra: Almedina, 1990, pp. 703-704.

[202] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 726.

[203] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 726.

Por conseguinte, se as partes decidiram estipular uma pena estimando as perdas e danos, em face do inadimplemento, o credor fica livre das delongas do procedimento indenizatório, recebendo aquele montante estabelecido previamente. No entanto, em se tratando de uma prefixação das perdas e danos, pode ocorrer que o dano efetivamente experimentado seja maior do que o fixado com antecedência. Nesse caso em particular, o Código Civil abre margem à atuação da autonomia privada, ao conter a previsão de possibilitar a estipulação de indenização suplementar.[204] E assim o faz em atenção ao princípio da reparação integral, que tem sido a diretriz fundamental para avaliar as perdas e danos experimentados pela parte lesada e quantificar a indenização correspondente. A finalidade buscada por meio deste princípio é bem elucidada nas palavras de Paulo de Tarso Sanseverino, segundo o qual,

> o princípio da reparação integral ou plena, ou da equivalência entre os prejuízos e a indenização, conforme já aludido, busca colocar o lesado, na medida do possível, em uma situação equivalente à que se encontrava antes de ocorrer o fato danoso. [...] De todo modo, como a responsabilidade civil tem como função prioritária a reparação mais completa do dano, dentro do possível, essa norma constitui a diretiva fundamental para avaliação dos prejuízos e quantificação da indenização.[205]

Nessa mesma linha é o entendimento jurisprudencial sufragado pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que reconhece a possibilidade de estipulação de cláusula de indenização suplementar, a qual tem inspiração no princípio da reparação integral. É o que revela, com bastante clareza, o seguinte trecho do voto proferido pelo relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

> O valor da indenização pode ser prefixada pelos contratantes, na forma de um cláusula penal compensatória, ou pode ser apurada posteriormente. Ainda que o contrato estabeleça uma cláusula penal compensatória, não se exclui possibilidade de indenização suplementar, previamente pactuada, hipótese em que a cláusula penal servirá de patamar mínimo para a indenização. [...] A previsão normativa de uma indenização suplementar, novidade do CC/2002, tem inspiração no princípio da reparação integral, que orientou a elaboração do Código Reale, conforme aponta Judith Martins-Costa (Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de

[204] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 727.
[205] SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da reparação integral – Indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48.

> Janeiro: Forense, 2003, p. 445). A origem desse princípio é o Direito francês, tendo sido sintetizado por Geneviève Viney no adágio: *tout le dommage, mais rien que le dommage* (todo o dano, mas nada mais do que o dano). O princípio da reparação integral possui duas funções no âmbito da responsabilidade civil: estabelecer um piso indenizatório (todo o dano) e, ao mesmo tempo, um teto indenizatório (não mais que o dano). [206]

Releva notar, ainda, que a regra contida no parágrafo único do artigo 416 do Código Civil é dispositiva, e consequentemente, se as partes nada pactuarem, deve apenas ser considerado o que foi estabelecido na cláusula penal com relação ao *quantum* da indenização devida. Ao revés, se prevista a indenização suplementar, o montante da cláusula penal é considerado como mínimo de indenização, a ser suplementada conforme o prejuízo excedente.[207] Nesse sentido, Gustavo Tepedino aponta que as partes também podem limitar sua responsabilidade, pactuando um limite para a indenização suplementar, e assim, a cláusula fixaria previamente o teto indenizatório (por exemplo, dispondo-se que o valor da pena é de 100 reais, mas, mediante a prova do prejuízo, a reparação pode chegar a um teto de 200 reais).[208]

Judith Martins-Costa adverte, no entanto, que a estipulação de indenização suplementar não deve conduzir ao arbítrio do credor. Para a autora, deve o credor demonstrar o prejuízo excedente, sendo a indenização proporcional ao prejuízo comprovado, de modo que não pode o credor impor o *quantum* que entende devido.[209] E assim, se as partes nada pactuaram, ou se o credor não conseguir comprovar o dano suplementar, restará adstrito à previsão da cláusula penal, sendo defeso ao credor (que optou por executar a cláusula penal) postular indenização suplementar pelo dano efetivo.[210]

---

[206] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1.258.998/MG. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 18/02/2014, publicado em 06/03/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1258998&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1>. Acesso em: 06 dez. 2014.

[207] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 728.

[208] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 763.

[209] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 728.

[210] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 728.

CONCLUSÕES

Analisadas as características e funcionalidades da cláusula penal, verifica-se que a abordagem que se revela mais adequada e coerente para explicar as potencialidades do instituto é aquela associada à finalidade buscada pelos contratantes quando da estipulação da cláusula penal. Isto porque o escopo buscado pelas partes reflete diretamente na visão que se constrói acerca do instituto e nas suas diretrizes interpretativas.

A teoria tradicional que vislumbra na cláusula penal um instituto unitário, de natureza jurídica híbrida, que congrega as funções coercitiva e indenizatória em uma mesma figura, invariavelmente coloca a intenção das partes num papel secundário, porquanto ela não será decisiva para traçar o perfil da cláusula celebrada pelos contratantes no caso concreto. Além disso, essa visão revela contradições internas, na medida em que não se pode conceber que a função coercitiva seja exercida por meio da indenização, e tampouco que a pena faça as vezes de reparação de danos.

Constata-se, no entanto, que a doutrina vem rompendo com a visão tradicional do instituto, passando a inclinar-se à teoria da duplicidade de espécies de cláusula penal, porquanto é fundamental que seja perquirida a finalidade pretendida pelos contratantes quando da estipulação da cláusula penal, já que é justamente a finalidade concretamente visada pelas partes que servirá como critério para a distinção entre as espécies de cláusula penal.

É com base nessa releitura do instituto que se mostra possível identificar duas finalidades que podem ser desempenhadas pela cláusula penal, quais sejam, a de indenizar (estabelecendo, prévia e substitutivamente, o valor das perdas e danos para o caso de inadimplemento culposo da prestação), ou a de coagir ao cumprimento (mediante um estimula e pressão ao devedor). Posteriormente, realiza-se a verificação das modalidades (moratória e compensatória), que também conduzem às espécies (cláusula de fixação de perdas e danos; cláusula penal em sentido estrito; e, cláusula penal puramente coercitiva).

A par da qualificação da cláusula penal com base no perfil funcional, passa-se ao exame das hipóteses legais que permitem a revisão judicial da cláusula penal. Nesse contexto, verifica-se que a equidade passou a determinar o modo pelo qual a revisão judicial da cláusula penal deve ser realizada, revelando uma dupla valência frente ao juízo de moderação: equidade-proporcionalidade (que integra o juízo de moderação diante das hipóteses de *cumprimento parcial*), e a equidade-razoabilidade (que integra o juízo de moderação quando houver *manifesta excessividade* da cláusula penal). Ademais, também é possível constatar a possibilidade dos contratantes estipularem cláusula de indenização suplementar, a qual possui inspiração no princípio da reparação integral, que constitui a diretiva fundamental utilizada para avaliação dos prejuízos e quantificação da indenização.

Somente qualificando previamente a cláusula penal a partir do negócio jurídico concretamente considerado é que será possível aplicar as regras legais incidentes ao instituto. E assim, verifica-se que tanto a revisão judicial da cláusula penal, como a possibilidade de postular indenização suplementar visando à reparação pelo dano excedente, pressupõem a atividade de concreção e de qualificação da cláusula penal pelo intérprete.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor.* 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*, 12ª ed., Coimbra: Almedina, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos* : interpretação à luz do Código Civil, São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1258998/MG. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 18/02/2014, publicado em 06/03/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1258998&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1>. Acesso em: 06 dez. 2014.

CASSETTARI, Christiano. *Multa Contratual*: teoria e prática da cláusula penal. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CASTRO FILHO; ANDRADE, Marcos Vinicius dos Santos; MESQUITA, Eduardo Melo e SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Comentários ao Código Civil brasileiro. Do Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, vol. IV.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Miradas sobre a cláusula penal no direito contemporâneo*. *In*: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras complementares de direito civil*. Salvador: Podivm, 2007.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações:* comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Reciprocidade e Contrato*: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações "paracontratuais". Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil:* do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações,* v. 1, 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* teoria geral das obrigações. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PINTO MONTEIRO, António. Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor. *Revista Brasileira de Direito Comparado.* Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 25, p. 113-141, 2003.

_____. *Cláusula penal e indemnização.* Coimbra: Almedina, 1990.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, tomo XXVI.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil:* parte geral das obrigações. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal:* a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da reparação integral – Indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*: obrigações em geral, v. II, 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

TAVARES, Fernanda Girardi, *Redução da cláusula penal:* uma releitura baseada no perfil funcional, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, 10.ed. Coimbra: Almedina, 2003.