



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**Faculdade de Direito**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito**

**ANDRÉ DE VILHENA MORAES SILVA**

**CLÁUSULA PENAL E TEORIA DA DUPLA FUNÇÃO:  
SUPERAÇÃO EM PERSPECTIVA NA DOUTRINA BRASILEIRA**

**Brasília**  
**2024**

**ANDRÉ DE VILHENA MORAES SILVA**

**CLÁUSULA PENAL E TEORIA DA DUPLA FUNÇÃO:  
SUPERAÇÃO EM PERSPECTIVA NA DOUTRINA BRASILEIRA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Costa Ribeiro-Neto

**Brasília  
2024**

**CLÁUSULA PENAL E TEORIA DA DUPLA FUNÇÃO:  
SUPERAÇÃO EM PERSPECTIVA NA DOUTRINA BRASILEIRA**

**Dissertação submetida à banca examinadora em**

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Doutor João Costa-Neto  
Universidade de Brasília  
Orientador

---

Professor Doutor Flávio Jaime de Moraes Jardim  
Procurador do Distrito Federal  
Membro Externo

---

Professor Doutor Carlos Eduardo Elias de Oliveira  
Consultor Legislativo no Senado Federal  
Membro Externo

Aprovada em:

Agradeço ao meu orientador, professor João Costa-Neto, por todo o apoio e suporte durante essa jornada, sem os quais, sem dúvida, não teria sido possível a realização desse trabalho. Obrigado por seus valiosos conselhos, sua infinita paciência e por me emprestar um pouco do seu brilhantismo e conhecimento.

Agradeço também minha esposa, Anna Carolina, fonte inesgotável de estímulo e motivação. Obrigado pela paciência e apoio nas noites viradas, nos finais de semana dedicados ao trabalho e por não deixar meu ânimo esmorecer.

## RESUMO

A cláusula penal tem sido objeto de relativamente poucos trabalhos doutrinários ou mesmo acadêmicos, ainda mais quando se trata de mudança de foco, o que implica mudança também de aplicação ou, em outras palavras, implica sair do habitual status para promover alterações da práxis. Implica, definitivamente, uma mudança jurídica cultural. Tanto é assim que, na Alemanha, por exemplo, uma revisão dessa cláusula teve início na década de 70 para somente em 2002 serem incorporadas alterações. Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é verificar o andamento da doutrina brasileira, em relação aos avanços no direito comparado, quanto à solução ou superação da cláusula penal, adotada na perspectiva da teoria unitária ou da dupla função. Para tanto, fez-se uma caracterização teórica da cláusula penal, de suas modalidades e funções, posteriormente apresentando pontos vulneráveis dessa teoria com base nos quais foram descritas soluções de doutrinadores brasileiros. Concluiu-se que, a despeito da questão cultural demandar tempo, no Brasil, os avanços estão lentos.

Palavras-chaves: Cláusula penal. Teoria unitária ou da dupla função. Superação da teoria unitária ou da dupla função.

## **ABSTRACT**

Penalty clauses have been the subject of relatively few academic studies, especially when dealing with a change in focus, which also implies a change in application or, in other words, implies abandoning the status quo in order to promote changes in accepted practices. This definitely leads to legal and cultural change. In Germany, for example, a review of penalty clauses began in the 1970s, but changes were only incorporated in 2002. In this sense, the goal of this dissertation is to verify the progress of Brazilian legal studies from a comparative perspective, in terms of resolving or overcoming the penalty clause. This is done from the viewpoint of the unitary theory or the dual function theory. To this end, we developed a theoretical characterization of the penalty clause, its modalities and functions, later presenting vulnerable points of this theory based on which solutions were described by Brazilian scholars. The study concludes that, despite cultural solutions taking time, progress is slow in Brazil.

Key-Words: Penalty clause. Unitary theory or dual function theory. Overcoming the penalty clause.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
Capítulo 1	
CLÁUSULA PENAL: CONTORNOS CONCEITUAIS E CARACTERIZAÇÃO	10
1.1 Conceito.....	11
1.2 Característica de Acessoriedade.....	14
1.3 Cláusula Penal: Negócio Bilateral e Responsabilidade Civil.....	21
1.4 Cláusula Penal: Obrigação, Faculdade do Credor e Condicionamento do Devedor.....	28
Capítulo 2	
CLÁUSULA PENAL: DAS MODALIDADES ÀS FUNÇÕES.....	32
2.1 Modalidades: Breve Discussão.....	32
2.2 Função Coercitiva ou Compulsória.....	34
2.3 Função Indenizatório ou de Pré-Liquidação dos Danos.....	38
2.4 Teoria Unitária ou da Dupla Função.....	43
Capítulo 3	
UMA SOLUÇÃO OU SUPERAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL.....	51
3.1 Novo Exercício Interpretativo .....	52
3.2 Respostas Doutrinárias a Inconsistências Práticas.....	56
3.3 Embasamento Histórico-Teórico.....	57
3.4 Uma Solução Necessária.....	68
CONCLUSÃO.....	74
REFERÊNCIAS.....	77





## INTRODUÇÃO

É sabido que mudanças quando ocorrem, de modo geral, não se introduzem em todos os lugares em tempo real. É sabido também ser “necessária uma circulação de ideias e um ambiente propício para recebê-las”.<sup>1</sup> E é sabido, ainda, que “o caminho que leva ao conhecimento é tortuoso e, às vezes, vai até para trás, quando uma ideia errada persiste por mais tempo do que deveria.” Apresentar um resultado, uma solução, “como um triunfalismo infalível da civilização esconde um de seus lados mais interessantes: [...] a descoberta, as incertezas.”<sup>2</sup>

É nessa conjuntura que a cláusula penal parece se encontrar desde o momento em que aspectos relacionados a sua dupla função passaram a ser questionados conceitualmente, fosse por resultados de sua aplicação prática; fosse por sua condição favorecer mais o credor em detrimento do devedor; fosse pela ausência de compatibilidade teórica entre uma e outra funções, fosse, também por respostas insuficientes da doutrina para tantas ou outras questões.

Com suas origens remontando ao direito romano, quando se destinava a “tornar eficazes, indiretamente, as obrigações, não providas de ação”, a cláusula penal, inserida no direito dos contratos, relações obrigacionais, “passou, depois, a representar as funções, que tem até hoje mantido”.<sup>3</sup> A inadimplência era considerada algo muito grave na época, e essa noção perdurou pelas eras posteriores, de certa forma dentro do espírito que “Aquele que rompe a fé da transação lícita está obrigado não somente pela exceção (do transacionado), senão também à pena. Vê-se jungido a prestar aquilo que estipulou no caso de a contra o combinado rato o pacto principal”.<sup>4</sup>

Em linhas gerais, essa ideia se manteve nos ordenamentos diversos, guardando-se sua noção nas funções da cláusula penal, notadamente de caráter compulsório e penal, e nas circunstâncias delas decorrentes. A perspectiva sempre é a de prejuízos futuros do credor e, devido a isso, tem-se a estipulação de

---

<sup>1</sup> LIMA, Evelyn Furquim Werneck. *Das Vanguardas à Tradição*. Rio de Janeiro: 7 letras, 2006, p. 35.

<sup>2</sup> GLEISER Marcelo. *Um caminho tortuoso*. 2012, p. 3. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br>. Acesso em: 22 dez 2023.

<sup>3</sup> AZEVEDO, José Philadepho de Barros e. Da cláusula penal. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. ano 4, v. 13, p. 469-482, 2017, p. 1. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es>. Acesso em: 22 dez 2023.

<sup>4</sup> FRANÇA, R. Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 25.

cominações por danos sofridos em face do inadimplemento, independentemente de tais danos existirem efetivamente e serem demonstrados. A cláusula chegou à atualidade, mas o ambiente que promove e que cerca as relações obrigacionais é outro e, com isso, coloca-se em xeque o sentido dessas funções e, principalmente, a igualdade entre as partes nas obrigações contraídas.

Eventos como a globalização, por exemplo, trouxeram novas características principalmente às relações econômicas e ao que delas decorre, como a ampliação dos mercados, o crescimento do poder aquisitivo da população e condições econômicas gerais favoráveis, entre outras.<sup>5</sup> Com isso, vêm à tona aspectos conceituais implícitos naquelas funções, tornando-as sem sentido prático frente a visões outras que exigem direitos iguais das partes em obrigação jurídicas. Na medida em que se evita a intervenção do judiciário nas relações contratuais, há possibilidades de abuso de uma parte frente à fragilidade da outra.

Ao mesmo tempo, a doutrina dominante ainda defende a unidade conceitual da cláusula penal, “com natureza unitária indenizatória, de forma prevalecente, sem importar sua finalidade”. Mas legislações recentes passaram a mitigar esse entendimento, trazendo outras possibilidades, como a redução da cláusula.<sup>6</sup>

Porém, uma doutrina que vem aos poucos se constituindo tem alargado a noção dos “deveres laterais, incluindo entre eles todo um conjunto de deveres que tem uma relação com a prestação, mas uma relação *indireta*, ou, com outra palavra, *qualitativa*.” O que se verifica é uma ampliação da ideia de adimplemento que passou a incluir todos os interesses envolvidos na obrigação contratada, desde os deveres da prestação em si até os de comportamento, referentes aos cuidados para com a pessoa e para com os bens da outra parte, postos na relação jurídica. Países como a Alemanha passaram a entender a cláusula penal nesse sentido<sup>7</sup> e promovem modificações em seu ordenamento, como se vê no *Bürgerliches*

---

<sup>5</sup> CRETELLA NETO, José. Da cláusula penal nos contratos empresariais. Visão dos tribunais brasileiros e necessidade de mudança de paradigma. *Revista de Processo*, v. 245, 2015, p. 6-7. Disponível em: [www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/PDF). Acesso em: 25 dez 2023.

<sup>6</sup> NOGUEIRA, Ana Carolina Del Picchio. *Ensaio sobre cláusulas penais*. 2013, p. 10. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/ensaio-sobre-clausulas-penais/> Acesso em: 29 dez 2023.

<sup>7</sup> LOTUFO, Renan. *Código civil comentado: obrigações (arts. 233 a 420)*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 435

*Gesetzbuch* (ou BGB) alemão que, em 2002, incorporou a reforma dessas obrigações.<sup>8</sup>

Relativamente ao Brasil, a percepção de Seabra é a de que “o direito brasileiro se encontra em momento similar ao vivenciado pelo ordenamento alemão entre as primeiras décadas de vigência do BGB e a consagração legislativa” de uma cláusula penal mais aberta, sem restringir as funções a serem exercidas pela cláusula penal. “Os problemas verificados na Alemanha, advindos da compatibilidade do regime legal perante cláusulas identificadas como tendo função exclusiva de prefixação de danos se fazem presentes diuturnamente nas cortes brasileiras.”<sup>9</sup> No Brasil, segundo Rosenvald, “o caminho para essa travessia já teve o traçado enunciado na doutrina.”<sup>10</sup>

Esse é o contexto deste estudo que tem como objetivo verificar o andamento da doutrina brasileira, em relação aos avanços no direito comparado, quanto à solução ou superação da cláusula penal, adotada na perspectiva da teoria unitária ou da dupla função.

O tema é relevante, haja vista as discussões que tem desencadeado desde décadas passadas, mas ainda avança a passos muito lentos, pelo menos no Brasil. Dessa forma, abordá-lo neste estudo, principalmente com o objetivo pretendido, pode contribuir para demonstrar o estado da arte sobre o assunto neste momento.

O trabalho foi desenvolvido por meio de uma pesquisa bibliográfica, na qual foram consultados doutrinadores internacionais e nacionais que se destacam como referência na abordagem crítica do tema, a exemplo de Antonio Joaquim de Matos Pinto Monteiro, Orosimbo Nonato, Limongi França e Caio Mário da Silva Pereira, mais clássicos, e de Nelson Rosenvald e André Silva Seabra, mais atuais.

O estudo encontra-se dividido em três capítulos: no primeiro, tratou-se de elaborar um panorama conceitual e característico da cláusula penal, buscando já deixar claras as questões envolvidas e a respectiva complexidade. No segundo, apresentou-se e discutiu-se a cláusula penal em relação a suas funções e

---

<sup>8</sup> TEPEDINO, Gustavo e KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos sobre a cláusula penal a partir da superação da tese da dupla função. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 31, n.4, p. 353-366, 2022, p. 363.

<sup>9</sup> SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 87.

<sup>10</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 78.

modalidades, como forma de contextualizar a apresentação seguinte da teoria unitária ou da dupla função. No terceiro, foram abordados pontos vulneráveis da cláusula penal na perspectiva da teoria unitária, passando por questões consideradas necessárias a um novo posicionamento, como interpretação e embasamento.

## Capítulo 1

### CLÁUSULA PENAL: CONTORNOS CONCEITUAIS E CARACTERIZAÇÃO

O Direito das Obrigações retrata a estrutura econômica da sociedade. “É através de relações obrigacionais que se estrutura o regime econômico, sob formas definidas de atividade produtiva e de permuta de bens.” Esse direito é expressão da liberdade individual, exercida no âmbito das atividades privadas de ordem patrimonial, a autonomia privada.<sup>11</sup>

No Direito das Obrigações, há ampla margem para a vontade individual, limitada apenas por princípios gerais e abstratos,<sup>12</sup> os quais regulam os mais variados interesses que tutelam, uma vez que todas as relações entre homens se ligam à ideia de obrigação. Nesse sentido, “é a matéria das obrigações, talvez, a parte mais árdua e difícil e, sem dúvida, a mais filosófica do direito civil, a mais abstrata.”<sup>13</sup>

Isso porque é por meio das relações obrigacionais que se estruturam as dinâmicas dos atores privados em relação à economia, sob formas definidas de atividade produtiva e de permuta de bens. O Direito das Obrigações confere o suporte econômico à circulação de bens e de riquezas.<sup>14</sup>

Trata-se de um conjunto de normas necessárias ao progresso da sociedade, visto que a ausência da regulação culminaria em caos social. O Direito das Obrigações fornece o vínculo da obrigação e na sua ausência, inexistindo o

<sup>11</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 3.

<sup>12</sup> Uma infinidade de relações jurídicas são abarcadas pelo conceito de obrigação. Então, há proposital abstração do texto legal, conforme COSTA-NETO, João; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Direito civil*. São Paulo: Método, 2022, p. 354. Também nesse sentido: “é a matéria das obrigações, talvez, a parte mais árdua e difícil e, sem dúvida, a mais filosófica do direito civil, a mais abstrata. NONATO, Orosimbo, Curso de Obrigações (generalidades-espécies) v. I. Rio de Janeiro: Forense, p. 53.

<sup>13</sup> NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações (generalidades-espécies)* Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. I, p. 53.

<sup>14</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil interpretado*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 315.

interesse do Estado em proteger esse vínculo, muitos dos acordos firmados não seriam cumpridos. Deve o Estado garantir ao titular da obrigação o poder de exigir seu cumprimento, criando mecanismos por meio dos quais as obrigações sejam respeitadas.<sup>15</sup>

Por essa razão, conforme destaca Christiano Cassetari,<sup>16</sup> a doutrina e o legislador estão preocupados em operacionalizar mecanismos legais que garantam o cumprimento das obrigações assumidas, para que não se quebre o elo negocial do desenvolvimento econômico.

Entre esses mecanismos, criados com o fito de que sejam respeitadas e cumpridas as obrigações assumidas, encontra-se a cláusula penal.

### 1.1 Conceito

Desde o nascimento do contrato até sua conclusão, a preocupação quanto ao cumprimento da obrigação objeto do acordo se faz presente a todo tempo entre as partes. É a cláusula penal, portanto, um remédio jurídico criado com o intuito de apaziguar esse receio, estando presente em quase todos os contratos, desde os mais simples e corriqueiros até os mais estruturados e complexos.<sup>17</sup> A propósito, a realidade certa “onipresença da cláusula penal nos contratos”, seja em negócios mais corriqueiros, seja em relações obrigacionais mais difíceis e complexas, a exemplo de consórcios, contratos de construção civil de grande porte e outros.<sup>18</sup>

Consoante André Silva Seabra,<sup>19</sup> “a cláusula penal é hoje figura quase onipresente no direito contratual”, no qual, além das finalidades diversas, suscita divergências, acabando por, em numerosas situações, tornar-se determinante para a

---

<sup>15</sup> NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro, GZ, 2009, p. 13.

<sup>16</sup> CASSETARI, Christiano. *Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 28.

<sup>17</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A cláusula penal e a quadratura do círculo: as funções da cláusula penal depois do novo Código Civil Brasileiro. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. (Coords.). *A evolução do direito empresarial e obrigacional. Os 18 anos do código civil. Obrigações e contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, v. 2, p. 585.

<sup>18</sup> JENKINS, Jane; STEBBINGS, Simon. *International constructional arbitration law*. Alphen Aan den Rijn: *kluwer Law International*, 2006, p. 39-43.

<sup>19</sup> SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 35.

concretização do negócio. Não à toa, Néelson Rosenvald assegura que todo contrato que se preze possui uma cláusula penal.<sup>20</sup>

Presente já no ordenamento jurídico romano, na forma da *stipulatio poenae* –como “cláusula aposta a contrato ou a disposição testamentária pela qual o contratante ou o onerado que deixa de cumprir uma prestação se obriga a efetuar outra prestação, em geral, a pagar determinada quantia em dinheiro, a título de pena<sup>21</sup> –, é reconhecida em todas as jurisdições de tradição romano-germânica, como possibilidade de sujeição voluntária a uma pena privada.<sup>22</sup> A origem desse instituto é muito antiga, dos romanos, com a referida *stipulatio poenae*. Mas “a cláusula penal se espalhou para os ordenamentos jurídicos ocidentais, sendo recebida, inclusive, pelo nosso”.<sup>23</sup>

Na Idade Média, como a doutrina católica passou a proibir a usura, a partir do Primeiro Concílio de Niceia [...], convocado pelo Imperador Constantino I (272-337) em 325 A.D., a cláusula penal foi considerada um possível meio para dissimular tal “pecado”, pois poderia proporcionar ao credor soma superior ao capital emprestado. A partir daí, adquiriu caráter indenizatório, reduzindo-se seu valor ao da compensação pelas perdas incorridas pelo credor. A legislação Siete Partidas (= Sete Códigos), da Península Ibérica, compilação de normas e leis iniciada sob o reino da Afonso X de Castilha (1252-1284), originalmente denominada Libro de las Leyes, e desenvolvida por Gregorio Lopes, em Salamanca, em 1555, trazia, no art. 34 (Ley XXXIV), estipulação sobre a cláusula penal: “que pena merescen, aquellos que no guardan las promisiones que fazem”.<sup>24</sup>

A cláusula penal se encontra no direito pátrio precisamente desde as Ordenações Filipinas.<sup>25</sup> Essas Ordenações, seguindo as Ordenações Afonsinas e as Manoelinas, estatuíram que o valor da pena não poderia ser superior ao valor da

<sup>20</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 5.

<sup>21</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v.II, p. 54.

<sup>22</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*. Cape Town: Juta, 1990, p. 95.

<sup>23</sup> NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro, GZ, 2009, p. 378.

<sup>24</sup> CRETELLA NETO, José. Da cláusula penal nos contratos empresariais. Visão dos tribunais brasileiros e necessidade de mudança de paradigma. *Revista de Processo*, v. 245, 2015, p. 4. Disponível em: [www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/PDF). Acesso em: 25 dez 2023.

<sup>25</sup> ORDENAÇÕES FILIPINAS, L. IV, t. LXX. *Das penas convencionaes, e judiciaes, e interesses, em que casos se podem levar*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>, acesso em 08/2023.

obrigação principal acordada. E essa regra se consolidou com a repetição nos Códigos Civil de 1916 e de 2002.<sup>26</sup>

Sendo essa cláusula o objeto deste estudo, é necessário construir/delinear seu conceito, ou seja, quais os pressupostos necessários para que determinado item negocial seja considerado cláusula penal.

No ordenamento brasileiro, a cláusula penal está topograficamente localizada no Capítulo V (Da Cláusula Penal), do Título IV (Do Inadimplemento das Obrigações), do Livro I (Direito das Obrigações) da Parte Especial do Código Civil Brasileiro, compreendendo os arts. 408 ao 416, que constituem a fonte primária e principal do tratamento dessa matéria no direito brasileiro.<sup>27</sup>

Da leitura dos referidos artigos, extrai-se que o legislador brasileiro optou por não definir a cláusula penal. O art. 408<sup>28</sup>, o primeiro do Capítulo V, dispõe sobre a condição para sua exigibilidade. O art. 409<sup>29</sup> traz um rol exemplificativo de situações em que ela pode ser utilizada.

No direito brasileiro, assim como em diversos outros ordenamentos, a legislação traz um modelo aberto de cláusula penal, ou seja, não há definições ou norma a restringir as funções, diferentemente de ordenamentos nos quais a cláusula penal é disposta em termos integralmente construídos sobre uma única função que ela deve desempenhar.<sup>30</sup> Tanto o Código Civil de 1916, quanto o de 2002, não emitiram qualquer conceito de cláusula penal nem fizeram alusões a suas funções.<sup>31</sup> “Repetindo o seu antecessor, o Código Civil de 2002 não emitiu qualquer conceito de

---

<sup>26</sup> CANELA, Kelly Cristina. *A cláusula penal nos direitos europeu e latino americano*. 2011. Disponível em: [www.diritto.it](http://www.diritto.it). Acesso em: 27 dez 2023, p. 8.

<sup>27</sup> SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 31.

<sup>28</sup> Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

<sup>29</sup> Art. 409. 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.

<sup>30</sup> SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 32/33

<sup>31</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 105.

cláusula penal, tampouco fez alusão às suas funções. Caberá à doutrina o desenvolvimento do tema”.<sup>32</sup>

Tome-se como exemplo o ordenamento português, que prevê, no art. 810º, 1º de seu Código Civil, que “as partes podem fixar por acordo o montante da indemnização exigível: é o que se chama cláusula penal”. Nesse caso, a cláusula penal é necessariamente atrelada à função de servir como montante indenizatório pré-fixado.

Como dito, não há na lei brasileira, como existe na francesa ou na portuguesa, um conceito de cláusula penal, motivo pela qual, para se chegar a uma definição acerca desse instituto, deve-se recorrer à doutrina<sup>33</sup>. Ao que indica, a decisão tomada pelo legislador brasileiro é mais acertada, pois, no caso da cláusula penal, “definir é pensão da doutrina, e não da lei”.<sup>34</sup>

Pinto Monteiro, discorrendo sobre a definição trazida pela legislação portuguesa, aduz que “o código dá uma noção *acanhada* de cláusula penal, *restringindo-a* à fixação prévia e convencional da indemnização, a qual, a meu ver, constitui apenas *uma* das possíveis *espécies* de cláusulas penais – não, porém, a cláusula penal *tout court*”.<sup>35</sup>

Mais aberta e abrangente do que a constante do Código Civil português é a definição de Clovis Bevilacqua, para quem a cláusula penal é “um pacto acessório, em que se estipulam penas, ou, antes, multas, contra aquelle que deixar de cumprir o acto ou facto a que se obrigou ou, apenas, retardas a sua execução”.<sup>36</sup> Perceba-se que não há, aí, restrição relativa a sua função, diferentemente do que se positivou na legislação portuguesa.

---

<sup>32</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 32

<sup>33</sup> CASSETARI, Christiano. *Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 47.

<sup>34</sup> NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações (generalidades-espécies)* Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. .

<sup>35</sup> MONTEIRO, Antonio Joaquim de Matos Pinto. Cláusula penal e comportamento abusivo do credor. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2003, p. 117.

<sup>36</sup> BEVILAQUA, Clovis. *Direito das obrigações*. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1940, p. 74.



No Brasil, Antônio Joaquim Ribas<sup>37</sup> leciona que a cláusula penal, ou pena convencional, é a convenção acessória do contrato, pela qual as partes se obrigam a certa prestação no caso de não execução, total ou parcial, da convenção principal.

## 1.2 Característica de Acessoriedade

Bens principais são os que têm existência própria, independentemente de outros. Acessórios são aqueles cuja existência supõe a de outro, principal, na dicção do art. 92 do Código Civil: “Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal”. Conforme Francisco Amaral,

Considerados isoladamente, os bens não são principais nem acessórios. Essa distinção decorre de um vínculo de subordinação estabelecido entre duas coisas, pela natureza, pela vontade humana, ou pela lei. É essa relação de dependência que faz distinguir os bens principais dos que lhe são acessórios. Os primeiros existem por si e para si, os segundos, embora distintos, dependem dos primeiros, formando, porém, um todo com o mesmo destino, salvo disposição em contrário.<sup>38</sup>

Percebe-se que tanto Bevilacqua quanto Ribas destacam, em suas clássicas definições, uma das mais importantes características da cláusula penal: sua natureza de acessoriedade, que se constitui em um de seus pressupostos. Como explica Tito Fulgêncio<sup>39</sup>, “é que a pena não é fim em si mesma, objeto de obrigação, senão meio para a consecução de determinado objeto”.

Nessa mesma linha de entendimento, Orosimbo Nonato<sup>40</sup> – para quem “o primeiro caráter da cláusula penal [...] consiste, exatamente, em ser convenção acessória [...]” – explica que “não se pode compreender cláusula penal sem convenção, que ela reforce, e a cujo cumprimento sirva de estímulo, ao passo que se mostra perfeitamente compreensível a existência da convenção sem multa, sem a cláusula estudada”.

<sup>37</sup> RIBAS, Antônio Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro: parte geral*. Rio de Janeiro: Garnier, 1880, t. II, p. 224.

<sup>38</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 447.

<sup>39</sup> FULGENCIO, Tito. *Programmas de direito civil*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas, 1921, p. 135.

<sup>40</sup> NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações (generalidades-espécies)* Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. II, p. 337, 338.

Portanto, percebe-se que a acessoriedade da cláusula penal é um de seus pressupostos fundamentais, característica desde sempre destacada pela doutrina que dela tratou, tanto em obras abrangentes acerca do Direito das Obrigações quanto em trabalhos que tratam especificamente desse mecanismo.<sup>41</sup>

O caráter de acessoriedade é da essência da cláusula penal, uma vez que a pena convencional só se justifica quando existe uma outra obrigação principal, cujo inadimplemento se procura impedir. “Outro pressuposto [...] consiste na sua natureza de obrigação acessória, pois sua existência, validade, e eficácia estão diretamente vinculadas a outra obrigação, qualificada de principal”.<sup>42</sup> Aliás, conforme Cassetari, a cláusula penal já tinha natureza acessória desde o direito romano. Tanto que “sua nulidade não invalidava a obrigação principal”, mas a nulidade dessa invalidava aquela.<sup>43</sup>

Sintetizando: a importante característica da cláusula penal é “a acessoriedade em relação ao contrato principal. A cláusula penal não pode ser estipulada isoladamente.”<sup>44</sup> Sua existência está condicionada a outra obrigação, que constitui o objeto principal do contrato, e em função da qual se convencionou. Como a cláusula penal não pode existir sem uma obrigação à qual se acople, é aceitável que existam obrigações desprovidas de penas convencionais.

Na legislação atual, Código Civil de 2002, o art. 409 prevê que a cláusula penal é estabelecida em conjunto com a obrigação principal, seja no mesmo instrumento ou em ato posterior. Sendo pacto acessório, essa cláusula está sujeita ao princípio da gravitação jurídica, segundo o qual o *accessorium sequitur principale*, ou seja, “o acessório segue o principal”, princípio segundo o qual os direitos e as obrigações acessórias devem acompanhar “o destino do direito” ou da obrigação principal.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 58.

<sup>42</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. *Biblioteca de Direito Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: RT, 2007, p. 235.

<sup>43</sup> CASSETARI, Christiano. *Multa contratual: teoria e prática da cláusula pena*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 41.

<sup>44</sup> NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro, GZ, 2009, p. 379.

<sup>45</sup> DICIONÁRIO JURÍDICO. *Accessorium sequitur principale*. Verbete. Disponível em: <https://jurishand.com/dicionario-juridico/accessorium-sequitur-principale>. Acesso em: 15 dez 2023.

Quer dizer, a cláusula penal está umbilicalmente ligada à obrigação principal, permanecendo em sua dependência, acompanhando-a em sua trajetória e sujeita a sua eficácia. Obviamente, desaparecendo a obrigação principal – seja por seu cumprimento ou pela nulidade da obrigação principal –, a cláusula penal terá forçosamente o mesmo destino, em função da gravitação jurídica.

Ineficácia, nulidade ou anulabilidade da obrigação principal afetam necessariamente a cláusula penal. É o que entende Caio Mário<sup>46</sup>, ao aduzir que “é a pena convencional, sempre, uma cláusula acessória, e tal como ocorre com todas as obrigações acessórias segue a principal, à qual acompanha nas suas vicissitudes”. Assim, a ineficácia, a nulidade ou a anulabilidade dessa acarreta fatalmente a daquela, descabendo indagar as razões.

Especificamente em relação à nulidade, o Código Civil de 1916 preconizava, em seu art. 922, que “a nulidade da obrigação importa a da cláusula penal”. Essa determinação de nulidade, em consequência da cláusula penal pela expressa referência à sua dependência em relação à obrigação principal, também é encontrada no Código Civil espanhol – *Artículo 1155 – 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* – e no Código Civil francês – *Article 1227 – La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice*.

Mas a disposição do Código brasileiro de 1916 não foi replicada pelo Código Civil de 2002, embora a alusão legislativa a essa qualidade seja desnecessária.<sup>47</sup> Apesar disso, não se pode deduzir que o legislador tenha optado por eliminar do ordenamento o caráter de acessoriedade da pena convencional. Invariavelmente, ela “seguirá a sorte da obrigação principal”.<sup>48</sup>

A acessoriedade integra a concepção conceitual da cláusula penal e, como já dito, encontra-se em sua essência, já que ela não tem causa própria distinta da

---

<sup>46</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 148-149. Nessa mesma linha: “O destino do contrato, em regra, é seguido pelas cláusulas que o compõem. Como estipulação acessória, a nulidade do contrato importará a nulidade também da cláusula penal. NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro, GZ, 2009, p. 381

<sup>47</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil. Parte geral das obrigações*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v.2, p. 263.

<sup>48</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 37. Além do mais, a questão já é regulada na disciplina acerca da invalidade do negócio jurídico, mais especificamente no art. 184 do Código Civil

obrigação a que se conecta. Logo, sua nulidade é corolário lógico quando da nulidade da obrigação principal.

Nesse sentido, explica Nelson Rosenvald que

[...] apesar de no Brasil não existir um dispositivo como o art. 1227 do Código Francês – que explicita que a nulidade da pena não produz a nulidade do contrato –, aplicando o princípio geral da conservação dos negócios jurídicos, a solução adequada será a redução do negócio, sem que se prejudique sua parte válida, a teor do exposto no art. 184 do Código Civil. Mantém-se o conteúdo principal da avença, com a realização de sua finalidade, em sintonia com o aforismo latino *utile per inutile non vitiatur*.<sup>49</sup>

Porém, não se trata de via de mão dupla, uma vez que “se a nulidade da obrigação principal origina a da cláusula penal, a recíproca não é verdadeira. O principal pode subsistir sem o acessório. A invalidade do que é adjetivo não atinge, por si mesma, o substantivo – o principal não segue o acessório.”<sup>50</sup> Caio Mário esclarece que, “mesmo no caso de se encontrar na pena convencional uma afronta a lei de ordem pública, a nulidade a ela apenas é adstrita, permanecendo incólume a obrigação principal”.<sup>51</sup>

Da mesma forma, se a dívida se resolve por impossibilidade superveniente sem culpa do devedor, resolve-se também a pena convencional. Essa possibilidade foi expressamente tratada no art. 923 do Código Civil de 1916, que dispôs: “resolvida a obrigação, não tendo culpa o devedor, resolve-se a cláusula penal”. Já na legislação atual, mesmo sem artigo influenciado pelo art. 923 daquele Código, “o art. 408 incluiu o advérbio “culposamente”, deixando claro ser o elemento culpa condição fática para a incidência da cláusula penal.” Em havendo culpa, “a cláusula penal apenas incide na hipótese de inadimplemento culposo. O devedor somente ficará sujeito a arcar com a cláusula se tiver contribuído para o não cumprimento da obrigação”.<sup>52</sup>

Cabe frisar que, nesses casos, cabe ao devedor demonstrar a ausência de culpabilidade, pois havendo inadimplemento, presume-se a culpa do devedor.

<sup>49</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 38.

<sup>50</sup> NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações (generalidades-espécies)*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. II, p. 344.

<sup>51</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, v. II, p.150

<sup>52</sup> NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 381.

Maas segundo Rosenvald, mesmo que o devedor incorra no em descumprimento, não se comprovando a culpa em seu comportamento, há extinção da relação obrigacional sem exigência da cláusula penal, pois o fato não é impotável à conduta.<sup>53</sup>

Saliente-se que, na doutrina, há quem entenda a existência de exceções à regra sobre a nulidade da obrigação principal necessariamente acarretar nulidade da cláusula penal. Nesse sentido, para Serpa Lopes, existem situações que, ainda se estando frente à nulidade do contrato, a cláusula penal resiste. Trata-se de situações nas quais a nulidade é de gravidade tamanha a ponto de gerar indenizações por perdas e danos, a exemplo da venda de coisa não pertencente ao vendedor, de forma dolosa. Inclusive, há possibilidades de a cláusula penal ter sido estabelecida exatamente para casos de ser nulidade da obrigação principal. Em casos assim, a cláusula penal se torna obrigação principal; deixa de ser acessória.<sup>54</sup>

Em outro exemplo, Rosenvald declara que “extraordinariamente, admite-se que as partes deliberem uma cláusula penal para a hipótese de ser pronunciada a invalidade da obrigação principal”.<sup>55</sup>

Acerca desses dois posicionamentos, André Silva Seabra esclarece que eles não afastam o caráter acessório da cláusula penal<sup>56</sup>. Já especificamente sobre o primeiro caso, Florence argumenta o seguinte:

Não nos parece que o cumprimento da cláusula penal poderá ser exigido após declarada a nulidade da obrigação principal, ela apenas servirá como um parâmetro para o juiz, ao fixar a indenização perseguida pela parte prejudicada com a extinção do contrato.<sup>57</sup>

Quanto ao segundo exemplo, arguido tanto por Serpa Lopes quanto por Rosenvald, Seabra pondera:

no segundo caso, parece-nos que admitir-se a exigibilidade de cláusula penal fixada para garantir a nulidade de determinada obrigação representaria uma forma de burlar a vedação legal à

<sup>53</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 38.

<sup>54</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil. Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966, v. 2, p. 172.

<sup>55</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p.38.

<sup>56</sup> SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 60.

<sup>57</sup> FLORENCE, Tatiana Magalhães. Aspectos pontuais da cláusula penal. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.) *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 519.

referida obrigação, que encontraria na cláusula penal uma forma de oferecer aquilo que foi vedado pelo ordenamento.<sup>58</sup>

Esse foi o entendimento de Caio Mário, que explicou: “Ainda mesmo que os interessados a hajam adotado na ciência de que o contrato é inoperante e a tenham estipulado com o objetivo de reforça-lo, a sorte da cláusula penal depende da obrigação a que adere”. Não sendo assim, as partes poderiam estabelecer tal cláusula com a finalidade de burlar a lei, buscando eficácias por meio viés, já que não poderiam alcançar nada diretamente.<sup>59</sup>

Estando assente que a nulidade da obrigação principal acarreta a da cláusula penal, não se pode esquecer de Beviláqua, em cujo comentário ao art. 922 do Código Civil de 1916, aduz que se alguém promete por outrem, aceitando uma pena para o caso de não ser cumprida a obrigação, valerá a pena ainda que não se realize a obrigação principal por falta de consentimento daquele cujo ato ou fato se prometeu.<sup>60</sup>

Mas nesses casos, a pena convencional não é acessória à principal, pois está-se diante de duas obrigações distintas: a do promitente, que está perfeita e acabada, e a daquele por quem se prometeu que, por não ter participado da avença, pode macular, pela ausência de consentimento, o ato que em seu nome foi prometido.

Nessa situação, mais exato é reconhecer que a cláusula penal deixa de constituir acessório. Sendo vazia de qualquer conteúdo patrimonial a promessa feita em nome de outrem, a pena a que se sujeita aquele que prometeu em nome de terceiro constitui verdadeira e independente obrigação em face do estipulante. Conforme explica Nonato,

Quando alguém promete fato de terceiro, porque não se obrigou a qualquer coisa, prometeu inutilmente. A estipulação, entretanto, de uma pena, insufla ao contrato vigor que lhe falecia e rende ensejo ao estipulante de demandar ao promitente. Se a cláusula se mantém, apesar da invalidez do contrato e, ainda, empresta a este vigor que lhe faltava, não somente deixa de ser acessório, como avulta em autonomia e principalidade. Em suma, se a obrigação originária

<sup>58</sup> SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 60.

<sup>59</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, v. II, p 149.

<sup>60</sup> BEVILÁQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*. 6 ed. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1943, v. IV., p. 71.

mostra-se vazia de conteúdo patrimonial e somente a cláusula penal a torna exequível, ilógico será falar-se em cláusula acessória.<sup>61</sup>

É justamente a adoção da cláusula penal que preenche de interesse a demanda, cuja ausência em primeiro lugar maculava a obrigação. No entanto, não parece ser esse caso exceção à regra da gravitação jurídica; esse é um caso limítrofe no qual a cláusula penal se transveste de obrigação principal em razão das peculiaridades mencionadas.

Prosseguindo, ainda quanto aos efeitos da incidência do princípio da gravitação jurídica, cedida a obrigação principal, cede-se também a pretensão à pena, salvo se convencionado em contrário.<sup>62</sup> O mais usual é que a cláusula penal seja estipulada em conjunto com a obrigação principal, mas nada impede que o seja em ato posterior, conforme se extrai da primeira parte do art. 409.

O que não se pode é admitir que seja a cláusula penal estipulada previamente à obrigação principal: “é inconcebível a estipulação da multa convencional antecedendo a da obrigação principal; somente por depender da obrigação principal é que se pode admiti-la concebida posteriormente a esta, sem que o contrário se possa figurar.”<sup>63</sup>

Tampouco se pode admitir ser a pena convencional estipulada após a ocorrência do inadimplemento.

Seja a cláusula penal estipulada juntamente com a obrigação ou em instrumento separado, evidentemente deve ser fixada antes do descumprimento, pois o contrário se não compadeceria com a finalidade econômica (liquidação prévia do dano) e menos ainda se afinaria com a outra, já que o reforçamento da obrigação descumprida pareceria o que a linguagem popular caracteriza no refrão que alude a pôr fechadura em porta arrombada.<sup>64</sup>

Também Orosimbo explica que nenhuma dúvida pode suscitada quanto à multa convencional poder ser inserida no texto do instrumento da obrigação

---

<sup>61</sup> NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações (generalidades-espécies)* Rio de Janeiro: Forense, v. II, p. 347.

<sup>62</sup> Art. 287. Salvo disposição em contrário, na cessão de um crédito abrangem-se todos os seus acessórios.

<sup>63</sup> RODRIGUES, Silvío. *Direito civil: parte geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 263.

<sup>64</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, v. II, p. 148.

acordada ou ser formalizada em ato separado ou outro superior, “desde que preceda ao inadimplemento ou à mora”.<sup>65</sup>

Portanto, no que tange ao caráter, pode-se concluir que a cláusula penal é convenção acessória que liga uma pena privada ao inadimplemento de uma obrigação dita principal. Trata-se de estipulação negocial juntada a uma obrigação na qual um dos contratantes ou os dois se comprometem a efetuar determinada prestação em caso de culposa inexecução da obrigação principal.<sup>66</sup>

### 1.3 Cláusula Penal: Negócio Bilateral e Responsabilidade Civil

A cláusula penal deve ser explícita “para vencer o *plus favemos liberationibus quam obligationibus*”<sup>67</sup> e inequívoca, uma vez que, ser ela implícita ou presumida não se coaduna com os princípios gerais que regem o direito, “já que traz em si um objetivo penal, e nenhuma pena é de aplicar-se por inferência, senão por disposição explícita”.<sup>68</sup>

Em sendo acordada no próprio título que dispõe acerca da obrigação principal ou em instrumento apartado, sua ocorrência decorre da vontade das partes no negócio jurídico. É através do texto que declara a vontade que se pode concluir pela ocorrência da cláusula penal<sup>69</sup>.

Convencionou-se a cláusula penal como meio de definir uma consequência determinada para o caso de inadimplemento da obrigação principal, sendo necessário que “o obrigado à ulterior prestação da pena tenha previamente consentido nela, não podendo esta ser-lhe imposta unilateralmente”.<sup>70</sup>

Os particulares, no âmbito da autonomia privada, têm liberdade de dispor sobre as consequências do inadimplemento, com base em instrumentos previstos legalmente para esse fim, entre eles a cláusula penal.

<sup>65</sup> NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações (generalidades-espécies)* Rio de Janeiro: Forense, v. II, p. 304.

<sup>66</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 36.

<sup>67</sup> NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações (generalidades-espécies)* Rio de Janeiro: Forense, v. II, p. 319.

<sup>68</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, v. II, p. 151.

<sup>69</sup> NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações (generalidades-espécies)* Rio de Janeiro: Forense, v. II, p. 304.

<sup>70</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 71.



Quanto a ser necessariamente uma figura contratual, segundo Pinto Monteiro, a cláusula penal é típica figura dos contratos, cuja finalidade é a sanção pela ausência de cumprimento da obrigação emergente deles. “[...] é essencial, para o efeito, que haja acordos entre os sujeitos que a estipulam. Compreende-se que seja assim: atentas as funções que ela desempenha, só por consentimento prévio poderá impor-se a alguém uma sanção, ou um montante indemnizatório prefixado”.<sup>71</sup>

Nessa perspectiva é o entendimento de Rosenvald, que complementa, esclarecendo o seguinte:

A cláusula penal, como ato de autonomia privada, localiza-se no campo contratual. Sua estrutura é bilateral. A bilateralidade é condizente com o princípio da igualdade, que constitui uma das diretivas do direito privado que encontra explícito reconhecimento em nível constitucional. [...] Somente o consentimento prévio do devedor legitimará a eventual aplicação de uma sanção. Por isso o consentimento é obtido pela via contratual, excluindo-se a possibilidade de aplicação da pena de maneira unilateral.<sup>72</sup>

Para esses autores, a cláusula penal necessariamente é estabelecida via contratual e constitui um negócio jurídico bilateral. Mas Seabra diverge, sob o argumento de que um contrato é a fonte principal das obrigações e que, entre seus possíveis objetivos, a ele se vincula “em caráter acessório, uma cláusula penal”. Ainda que o contrato seja uma categoria de negócio jurídico, para o qual se concebeu a cláusula penal, “a doutrina majoritária admite sua estipulação em negócios jurídicos unilaterais, como, por exemplo, no testamento, quando dentre as disposições de última vontade são previstas penalidades para o herdeiro que não pagar os legados”.<sup>73</sup>

Assim também entende Caio Mário, para quem a cláusula penal é “originariamente contratual, como contratual (é) o seu campo de incidência mais frequente”. Porém, não seria exato isolá-la no direito do contrato. “É lícito inseri-la no testamento que é ato unilateral, punindo o herdeiro pela inexecução de legados ou encargos”.<sup>74</sup>

<sup>71</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 70.

<sup>72</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 49.

<sup>73</sup> SEABRA, André S. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 35.

<sup>74</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, v. II, p. 150.

Pinto Monteiro e Rosenvald são contramajoritários quanto às penalidades previstas em testamento constituírem cláusula penal; a pena convencional deve ser, forçosamente, um negócio jurídico bilateral. Para tanto, Rosenvald argumenta o seguinte:

Equívoco corriqueiro consiste na remissão a uma suposta ‘cláusula penal testamentária’. A cláusula penal transita com exclusividade nas relações contratuais. Sendo o consentimento do devedor imprescindível para a incidência de uma sanção, não coaduna com o modelo jurídico da pena convencional um negócio jurídico unilateral testamentário no qual o testador inclua, entre as declarações de última vontade, uma sanção que corresponda ao regime da cláusula penal [...] O testador tem a faculdade de acrescentar ao encargo uma restrição patrimonial ao herdeiro ou legatário beneficiado em razão do descumprimento da obrigação principal. Sem dúvida, cuida-se de uma sanção com nítida finalidade coercitiva. O sistema de coerção privada não se exaure na figura da cláusula penal, pois outros modelos jurídicos – como o encargo – também poderão exercer esse mister [...] em outras palavras, a disposição testamentária não deixa de ser uma pena negocial, mas não uma cláusula penal propriamente dita.<sup>75</sup>

Na mesma direção, Pinto Monteiro defende que é indispensável o consentimento prévio do contraente que se obriga à prestação principal e que isso leva à conclusão sobre a impropriedade e a inadequação da expressão “cláusula penal testamentária” frequentemente difundida. Para ele, “o equívoco dessa doutrina, que apela, para o efeito, à cláusula penal, consiste em julgar que só através dessa figura é que o testador conseguirá realizar os seus intentos compulsórios”. Porém, trata-se de uma via inadequada, imprópria e inútil, na medida em que o testamento “é negócio jurídico unilateral, insuscetível de conter no seu seio uma cláusula penal.” Em resumo, “a cláusula penal requer o consentimento prévio da pessoa que fica vinculada ao ulterior cumprimento da pena”.<sup>76</sup>

O posicionamento de Seabra nesse sentido contrapõe-se a Pinto Monteiro e a Rosenvald. Segundo ele, mesmo o testamento sendo um negócio unilateral, a cláusula penal apenas se exige depois de aceito o legado ou herança. Essa aceitação inclui eventuais penalidades a ele integradas, com o que se caracteriza ser decorrente do acordo de vontades. Ainda que não haja consenso

<sup>75</sup>ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 50.

<sup>76</sup>MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 82-85.

simultaneamente ao estabelecimento da cláusula, o respectivo conteúdo é aceito depois, na qualidade de posterior condição para a eficácia.<sup>77</sup>

É importante destacar que a cláusula penal nunca é imposta por terceiros. Ela nasce no âmbito da liberdade de contratar, fruto do consenso entre as partes da relação obrigacional. Nascendo do acordo de vontades, e diante da argumentação trazida, conclui-se que a cláusula penal é uma espécie de negócio jurídico bilateral e, como tal, está sujeita ao regramento do art. 104 do Código Civil<sup>78</sup>. Portanto, são elementos básicos gerais da cláusula penal os comuns a todo negócio jurídico, quais sejam: os sujeitos, o objeto e o consentimento.<sup>79</sup>

Especificamente, os sujeitos da constituição da cláusula são no mínimo dois, o ativo e o passivo<sup>80</sup>, necessariamente, que devem, de forma obrigatória, ser os mesmos que figuram na obrigação principal.<sup>81</sup>

Sujeito ativo da cláusula é o credor dela (*creditor* ou *reus credendi*), isto é, aquele a quem, em princípio, a prestação da cláusula é devida. Sujeito passivo é o devedor (*debitor* ou *reus debendi*), a saber, aquele que está adstrito à execução da pena, no caso de inadimplemento ou de implemento inadequado da obrigação principal.<sup>82</sup>

A propósito, quanto à capacidade e à legitimidade dos sujeitos contraentes, não há qualquer especificidade a ser mencionada, incidindo-se, no caso, o regime geral para contração de obrigações.

O objeto da cláusula penal é a promessa feita pelo devedor ao credor, de uma pena a ser prestada em caso de inadimplemento absoluto ou de mora da obrigação. “Cuida-se de pena negocial que substitui o insucesso da obrigação principal como prestação a ser cumprida pelo devedor faltoso”.<sup>83</sup>

Em consonância com o art. 104 do Código Civil de 2002, deve o objeto ser lícito, determinado ou determinável. O mais comum é que a pena convencionalizada

<sup>77</sup> SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 36.

<sup>78</sup> Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

<sup>79</sup> FRANÇA, R. Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 168.

<sup>80</sup> FRANÇA, R. Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 168

<sup>81</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 50

<sup>82</sup> FRANÇA, R. Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 168

<sup>83</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 50.

seja mensurada em quantia em dinheiro, a ser paga pela parte inadimplente. Porém, a “cláusula penal não consiste apenas e forçosamente e sempre em dinheiro. O mesmo texto do *Digesto* mostra a possibilidade de consistir a cláusula penal em coisa diversa do dinheiro”.<sup>84</sup> Assim também dispõe Carvalho de Mendonça: “A pena convencional é ordinariamente fixada em dinheiro; nada, porém, inibe que o seja em *cousa, fato ou abstenção*”.<sup>85</sup>

Sobre o consentimento, tratando-se de negócio jurídico bilateral, é inafastável, para sua formação, a presença do consentimento, o que Limongi França define como “a anuência válida do sujeito a respeito do entabulamento de uma relação jurídica, sobre determinado objeto”.<sup>86</sup> Costa Almeida corrobora que, em sendo negócio jurídico bilateral, é do gênero acordo a responsabilidade civil no caso de inadimplemento<sup>87</sup>, e Seabra esclarece que “por meio da cláusula penal os contratantes disciplinam a responsabilidade civil contratual, estabelecendo uma determinada consequência para o inadimplemento obrigacional”.<sup>88</sup> Pela cláusula penal, conforme Borja Soriano, também se regula a responsabilidade civil, por meio do que foi convencionado pelas partes.<sup>89</sup>

Cabe destacar um dos mais importantes aspectos da cláusula penal, qual seja: ela não tem sua exigibilidade afastada, ainda que o devedor prove que o inadimplemento não causou qualquer prejuízo ao credor. Esse pressuposto fundamental encontra-se no art. 416 caput do Código Civil.<sup>90</sup>

Ocorrendo inadimplemento da obrigação imputável ao sujeito passivo, o devedor descumpridor *pleno iure* (pleno direito) incorre na cláusula penal. Pelo caput do art. 416, não é relevante a ocorrência ou não de prejuízo para a aplicação da cláusula penal.<sup>91</sup> Ainda que inexistam danos, a cláusula penal é exigível. Para

<sup>84</sup> NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações (generalidades-espécies)* Rio de Janeiro: Forense, v. II, p. 307.

<sup>85</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, M.I. *Doutrina e prática das obrigações*. 3 ed. Rio de Janeiro, 1938, t. 1, p. 344.

<sup>86</sup> FRANÇA, R. Limongi. *Manual de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, v. 6, p. 265.

<sup>87</sup> COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 787.

<sup>88</sup> SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 46.

<sup>89</sup> BORJA SORIANO, Manuel. *Teoría general de las obligaciones*. México: Porrúa, 1953, v.II, p.10.

<sup>90</sup> Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

<sup>91</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. *Biblioteca de Direito Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: RT, 2007, p. 286.

Pontes de Miranda<sup>92</sup>, incide a cláusula penal “ainda que nenhum prejuízo possa ter existido”.

Também nesse sentido, Caio Mário Pereira complementa:

Descumprida a obrigação garantida por cláusula penal, esta entra em funcionamento. [...] O efeito fundamental da pena convencional, e que pode ser assinalado como determinação cardeal, é a sua exigibilidade *pleno iure*, no sentido de que independe da indagação se o credor foi ou não prejudicado pela inexecução do obrigado. [...] Mesmo que o devedor produza prova incontroversa da ausência de prejuízo em razão do inadimplemento, mesmo assim a pena é devida, pois que a dispensa de demonstrá-lo se erige em *praesumptio iuris et de iure*, de que a inexecução é em si mesma danosa sempre, o que afasta inteiramente a oportunidade de prova contrária.<sup>93</sup>

Orosimbo porém pondera: mas o devedor poderia oferecer “frutuosamente”, por se livrar da imposição da pena, para fugir à cominação, prova da real ausência de prejuízo?” A resposta nega, pois é invencível a presunção em favor do credor da obrigação. A presunção é *legis et de lege*, e acolher esse argumento implica a elisão da presunção *iuris et de iure*, eliminando do “instituto um dos seus proveitos maiores, uma de suas excelências mais notáveis”.<sup>94</sup>

Do exposto, objetivamente infere-se o seguinte: nesse particular, a causa penal incide sobre a responsabilidade não cumprida em si mesma, não sobre fatos adjacentes ou decorrentes do não cumprimento.

Ainda: ante a presunção absoluta de dano decorrente do inadimplemento, a cláusula penal pode parecer, *prima facie*, um instrumento voltado apenas para o direito do credor.<sup>95</sup> Possivelmente contribua para isso a localização dessa cláusula em obras sobre o Direito das Obrigações, a exemplo de “Das obrigações em geral”, v. II, de Antunes Varela, no qual a cláusula penal se encontra na Seção II – não-cumprimento Subseção V – fixação contratual dos direitos do credor.<sup>96</sup>

<sup>92</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado* 3 ed. São Paulo: RT, 1984, t. XXIV, p. .

<sup>93</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, v. II, p. 157.

<sup>94</sup> NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações (generalidades-espécies)* Rio de Janeiro: Forense, v. II, p.360.

<sup>95</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 162.

<sup>96</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral (generalidades-espécies)* 7 ed. Coimbra: Almedina, 1997, v. II, p.135.

“Uma das principais vantagens da cláusula penal para o credor, ao lado da simplificação do cálculo da indenização, está no fato de dispensar a prova do dano, pois para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo”, esclarece Orlando Gomes.<sup>97</sup>

No entanto, a cláusula penal é acordo da responsabilidade relativa aos interesses tanto do credor como do devedor. Conforme Seabra, quando as partes fixam, de antemão, valores a serem imputados em caso de inadimplemento, “credor e devedor, além de afastarem longas discussões judiciais e a incerteza a ela inerentes, garantem maior dinamismo à extinção contratual.”<sup>98</sup>

Nessa mesmo sentido, Pinto Monteiro corrobora o entendimento das partes sobre esse ponto do contrato, esclarecendo que além de elas tomarem conhecimento, antecipadamente, das “consequências da falta de cumprimento (*“latu sensu”*), subtraem-se ambas [...] às incertezas, custos e delongas de uma discussão judicial sobre o montante do dano, e previnem-se contra os valores inesperados”.<sup>99</sup>

Percebe-se que a cláusula penal constitui, assim, um importante instrumento negocial para as partes, cuja autonomia pode levar a adequá-la aos objetivos negociais, servindo como mecanismo de alocação de riscos. Isso porque, “ao mesmo tempo que o credor se furta ao encargo de ter de provar a extensão do prejuízo efectivo, o devedor previne-se quanto a uma indemnização avultada, superior às suas expectativas”.<sup>100</sup>

Ao credor fica garantido o recebimento de prestação cominada em caso de inadimplemento, dispensando-se a necessidade de provar a existência e a extensão do prejuízo, se houver. Ao devedor, sua exposição patrimonial é desde logo delimitada.

Em síntese, conclui-se que a cláusula penal é negócio jurídico bilateral, cujo objeto é a estipulação da pena para o devedor inadimplente, em favor do credor, pena essa que normalmente é representada por dinheiro, embora não o seja necessariamente representada por tal. A cláusula penal, enfim, consubstancia-se

---

<sup>97</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 162.

<sup>98</sup> SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 73.

<sup>99</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 35.

<sup>100</sup> PINTO, Carlos Alberto da Motta. *Teoria geral do direito civil*. 4 ed. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 591.

em um verdadeiro acordo acerca da responsabilidade civil decorrente de eventual descumprimento contratual.

#### 1.4 Cláusula Penal: Obrigação, Faculdade do Credor e Condicionamento do Devedor

Quando da formulação de um contrato com cláusula penal, a única prestação devida pelo devedor ao credor é a obrigação principal avençada. O devedor se vincula a uma única prestação, que se refere à obrigação contraída. Nesse momento, a cláusula penal é uma promessa de caráter eventual a cumprir no futuro.<sup>101</sup>

Por suas características e respectiva imposição, fica claro, como foi dito, que a cláusula penal só pode ser exigida no caso de ocorrência do inadimplemento imputável. É essa, pois, a condição de sua aplicação. Por isso, diz-se que a cláusula penal é obrigação condicionada ao inadimplemento imputável,<sup>102</sup> uma vez que “ao lado da prestação principal – que é a única devida –, surge, a partir do momento em que esta não for cumprida, o dever de prestar a pena”.<sup>103</sup>

Inegável se nos depara o fato de constituir o instituto de que tratamos uma obrigação condicional, pois a *commissio poenae* está na dependência da inexecução ou da execução inadequada da obrigação que visa a fortalecer, não sendo necessário acentuar que, evidentemente, se trata de evento futuro e incerto.<sup>104</sup>

Também fica clara a necessária dependência entre o inadimplemento imputável à obrigação principal e a pretensão de exigir a pena. Enquanto não ocorrer inadimplemento, a pena não pode ser exigida.

Todavia, é importante diferenciar que a cláusula penal não é uma obrigação condicional em sentido próprio.

O devedor está vinculado [...] a uma só prestação, – nos termos da obrigação contraída –, podendo, todavia, configurar-se mais tarde, ao lado desta, uma outra, cabendo então ao credor, em certas condições, o direito de optar, em lugar da prestação devida, pela que a pena traduz. Esta última está condicionada ao não cumprimento da primeira, sem que possa falar-se, todavia, de uma obrigação condicional em sentido próprio. A obrigação já existe, a sua eficácia não depende de qualquer condição, antes é o inadimplemento que

<sup>101</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 41.

<sup>102</sup> FRANÇA, R. Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 163

<sup>103</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indenização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 102.

<sup>104</sup> FRANÇA, R. Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 163.

constitui o pressuposto (a condição, “hoc sensu”) de exigibilidade da pena convencional. Por outro lado, a ocorrência desta “condição” não faz com que a pena seja automaticamente devida, uma vez que, dada a sua acessoriedade, ela só é exigível em caso de não cumprimento imputável ao devedor.<sup>105</sup>

Em outras palavras, na obrigação condicional, exclusivamente pela vontade das partes, o efeito do negócio jurídico está subordinado a evento futuro e incerto. Não é o caso com a cláusula penal, na qual “a relação obrigacional já existe e sua eficácia não depende de qualquer condição. O inadimplemento, sim, será pressuposto da exigibilidade da pena”.<sup>106</sup>

Nesse sentido, Jorge Cesa explica que afirmar sobre a condicionalidade da cláusula penal não significa a condicionalidade de um dever, pois esse já existe. Trata-se da pretensão da pena, cuja promessa existe, é válida, e seus efeitos se darão com o inadimplemento do devedor.<sup>107</sup>

Em face disso, conclui-se o seguinte: ainda que o inadimplemento imputável pareça ser condição da cláusula penal, não se trata de modalidade jurídica de obrigação condicional.<sup>108</sup>

A cláusula penal é obrigação com faculdade alternativa do credor. Como já explicitado, no momento da formulação da relação obrigacional, a prestação devida é uma só, aquela estipulada como obrigação principal. De início, conforme Rosenvald, a principal obrigação de dar, de fazer ou de não fazer é a única que se deve, não podendo nada mais ser exigido do devedor.<sup>109</sup>

Advindo o inadimplemento da obrigação principal, surge para o credor a opção de escolher entre a pena e a prestação, devendo o devedor se sujeitar à escolha do credor. Como explica Pinto Monteiro, com a prestação principal, “a única devida”, no momento em que essa não for satisfeita, surge o dever de prestação da pena. O devedor vai ser liberado com a satisfação de uma delas, embora ele não

<sup>105</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 101.

<sup>106</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 41.

<sup>107</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. *Biblioteca de Direito Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: RT, 2007, p. 236-237

<sup>108</sup> NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações (generalidades-espécies)* Rio de Janeiro: Forense, v. II, p.343. “Pôsto obrigações penais existam convizinhas e finítimas das condicionais, e com as respectivas lindes nem sempre rastreáveis ao fácil, elas não se confundem nem se identificam”.

<sup>109</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 41.



tenha poder de optar, nem o credor perca seu “direito de exigir a prestação devida a partir do momento em que a pena se torna exigível”. O credor detém o “direito de prosseguir a execução específica, podendo, todavia, se assim o preferir, reclamar a satisfação da pena. O devedor é que não pode impor ao credor a realização desta última, impedindo-o de prosseguir a execução da primeira.”<sup>110</sup>

Como se percebe, essa é uma obrigação com faculdade alternativa “a parte *creditoris*”, alternativa essa que, entre a determinada prestação e a multa, beneficia somente o credor, nunca alcançando o devedor inadimplente.<sup>111</sup> A obrigação devida é apenas a pactuada como principal. Mas, sobrevindo seu não cumprimento, o credor tem a faculdade de poder exigir do devedor a prestação da pena convencionada em vez da prestação do principal.

[...] a cláusula penal se amolda perfeitamente ao perfil da obrigação com faculdade alternativa em favor do credor. 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. O devedor se coloca em estado de sujeição, pois se submeterá à opção do credor.<sup>112</sup>

Ressalte-se que o fato de a cláusula penal ser uma obrigação que, nesse ponto, conta com a faculdade alternativa da parte do credor não se confunde com uma obrigação alternativa. Isso porque “o próprio credor não tem, em virtude da cláusula penal, duplicidade de prestações, alternativamente exigíveis, pois não tem direito a uma de duas soluções, a específica e a multa. Esta somente existe e será exigível depois de caracterizado o inadimplemento.”<sup>113</sup>

Sobre essa faculdade, a título de exemplo, vale trazer seu entendimento em diferentes perspectivas: no Código Civil argentino, a noção de obrigação facultativa encontra-se expressa claramente no art. 643, que estabelece não ser a cláusula penal uma obrigação facultativa, porque beneficia o credor e não o devedor; *es la que no teniendo por objeto sino una sola prestación, da al deudor la facultad de substituir esa prestación por otra.*<sup>114</sup>

<sup>110</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 102.

<sup>111</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, v. II, p. 152.

<sup>112</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p.42.

<sup>113</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, v. II, p. 152.

<sup>114</sup> FRANÇA, R. Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 163.

Diferentemente, Pinto Monteiro explica que o mais comum, na doutrina, é a faculdade alternativa pertencer ao devedor, embora isso não impeça ser uma faculdade em favor do credor. “Apesar de a hipótese mais vulgar ser a de a faculdade alternativa pertencer ao devedor, a doutrina acentua que esta opção pode caber ao devedor”.<sup>115</sup>

Para Rosenvald, mesmo o ordenamento tratando a “faculdade de escolha como um direito potestativo do devedor, nada impede que a obrigação facultativa seja de opção do credor.”<sup>116</sup>

Em síntese, pra fins deste trabalho, a cláusula penal é um negócio jurídico bilateral do gênero acordo sobre a responsabilidade civil, consubstanciada em obrigação com faculdade alternativa do credor, condicionada ao inadimplemento imputável ao devedor.

## Capítulo 2

### CLÁUSULA PENAL: DAS MODALIDADES ÀS FUNÇÕES

Pelo art. 408 do Código Civil de 2002, o devedor que deixar de cumprir a obrigação ou se constituir em mora culposamente incorrerá na cláusula penal. Por sua vez, o art. 409 prevê que a cláusula penal pode se referir à inexecução total da obrigação, à inexecução de alguma cláusula especial ou apenas à mora.

Nos casos de total inadimplemento da obrigação, o regime adotado pelo art. 410 determina que a cláusula penal se converterá em alternativa em benefício do credor. Nos casos de mora ou de segurança especial de uma determinada cláusula,

---

<sup>115</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. Cláusula penal e indemnização. Coimbra: Almedina, 1999, p. 102

<sup>116</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p.42.

o regime do art. 411 determina que o credor pode exigir a satisfação da pena cominada ao mesmo tempo da obrigação principal.<sup>117</sup>

Pela leitura dos dispositivos legais mencionados, verifica-se que há duas modalidades positivadas de cláusula penal: a compensatória e a moratória.

## 2.1 Modalidades: Breve Discussão

Para Limongi França, a terminologia que distingue as categorias de cláusula penal em compensatória e moratória é inadequada, uma vez que essas modalidades nem sempre estão em oposição. Ele sugere, então, que elas sejam divididas conforme a extensão da cláusula penal e subdivide as compensatórias em alternativas e cumulativas, ou seja: haveria casos em que a cláusula penal compensatória poderia ser cumulativa sem, necessariamente, opor-se à moratória.<sup>118</sup>

Mais recentemente, Seabra também criticou essa nomenclatura, sob o argumento de que “o equívoco da doutrina clássica seria desrespeitar a lógica de que cláusulas compensatórias são, na verdade, um gênero, do qual cláusulas de efeito substitutivo ou cumulativo, ou, ainda, de extensão integral ou parcial, são espécies”.<sup>119</sup>

No mesmo sentido, Marcelo Benacchio explicou que “parece [...] ser inexistente, senão no que concerne ao regime jurídico aplicável (possibilidade de cumulação ou não com o cumprimento da obrigação principal), a distinção da natureza jurídica entre as espécies, conforme a sua finalidade”. Isso, porque ambas se entrelaçam, significando que não existe uma diferença fundamental entre elas; uma e outra buscam sujeitar o devedor a determinada pena, com a finalidade de “evitar o inadimplemento culposo”.<sup>120</sup>

---

<sup>117</sup> A redação dos arts. 410 e 411 do Código Civil de 2002 permaneceu idêntica à dos arts. 918 e 919 do Código Civil de 1916.

<sup>118</sup> FRANÇA, R. Limongi, *Raízes e dogmática da cláusula penal*. Dissertação para o concurso de professor titular de direito civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: Gráfica, 1987, p.

<sup>119</sup> SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 179.

<sup>120</sup> BENACCHIO, Marcelo. Cláusula penal: revisão crítica à luz do Código Civil de 2002. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 5 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 380-381, p.

Rosenvald resume, por fim, que no direito brasileiro, seja pela doutrina clássica, seja por via jurisprudencial, e no direito comparado, há certa uniformidade quanto à divisão da cláusula penal entre compensatória e moratória.<sup>121</sup>

Ao mesmo tempo, não há qualquer vedação para que seja estabelecida, em um mesmo contrato, uma penalidade para o caso de total inadimplemento e outra para assegurar o cumprimento de uma cláusula específica ou para o caso de mora.<sup>122</sup> Logo, podem conviver a cláusula penal compensatória e a moratória em um mesmo título.

Quanto à diferença entre essas modalidades, de modo sintético, pode-se dizer que

O elemento essencial da distinção encontra-se na consequência jurídica: as cláusulas penais compensatórias são satisfativas, ou seja, substituem a execução do dever originalmente prevista (art. 410); já as cláusulas penais moratórias são cumulativas, vale dizer, não substituem a prestação e, por isso, podem ser exigidas juntamente com ela (art. 411).<sup>123</sup>

Neste trabalho, considera-se a divisão básica em compensatória e moratória pelas razões explicitadas por Rosenvald. Também porque, mais importante que a discussão acerca dessas modalidades é distinguir as funções e conhecer a natureza jurídica da cláusula penal. Conforme explicita Jorge Peirano Facio, *la más importante de todas las modalidades que se pueden presentar al pactarse la cláusula penal y que há tenido un desarrollo más trascendente em la doctrina, es la que mira principalísimamente a la finalidad que persiguen las partes estableciendo la cláusula penal.*<sup>124</sup> Isso tem efeitos direto na prática.

## 2.2 Função Coercitiva ou Compulsória

A cláusula penal nasceu no direito romano, com a denominação de *stipulatio poenae* e com a dupla função de servir, ao mesmo tempo: (i) de meio de promover a

<sup>121</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 53.

<sup>122</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, v. II, p. 155.

<sup>123</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. *Biblioteca de Direito Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: RT, 2007, p. 253.

<sup>124</sup> FACIO, Jorge Peirano. *La cláusula penal*. Bogotá: Temis, 1982, p. 206.

executividade dos pactos firmados e (ii) de pena privada ante o descumprimento de um pacto. Ela se apoiava em duas causas fundamentais:

*1º) las únicas obligaciones jurídicamente obligatorias eran en esa primer época del derecho romano las que consistían en dar sumas de dinero, las demás, especialmente las que terian per objeto un hecho o una abstención, no gozaban de fuerza obligatoria, porque se consideraba que la misión de los jueces no los habitada para imponer a un ciudadano el cumplimiento forzado de un hecho que no quería ejecutar; 2º) predominaba también en aquella época idea de que el juez no tenía tampoco el poder de fixar el monto de los perjuicios que un ciudadano debía pagar en el caso de inejecución de una obligación cuya prestación consistiese en otra cosa que una suma de dinero.*<sup>125</sup>

Nesse sentido, a cláusula penal buscava atenuar parcialmente inconvenientes da situação que pudessem surgir. As partes estipulavam uma determinada soma em dinheiro, a qual deveria ser paga pelo devedor ao credor, caso ele não pudesse honrar o acordado. O devedor era compelido a cumprir o acordado ou pagar a penalidade. A cláusula penal então representava, então, “em toda a extensão da palavra”, uma forma de assegurar a concretização do acordado.<sup>126</sup>

Percebe-se que, naquele tempo, a grande importância da cláusula penal era dar eficácia prática às situações, ante dificuldades de execução pelas regras do direito romano da época. Constituía um meio de assegurar a execução e dar eficácia completa à obrigação pactuada. Inclusive, essa última função talvez tenha sido a mais disseminada e, por tal, a mais associada a sua origem histórica, haja vista sempre a estipulação de quantias de dinheiro a tornar rapidamente exequível o acordado pela *conditio certi*. “O rigor do *jus civile* romano exigia que nas estipulações primitivas só se tivesse como objeto pecúnia certa.” Por isso, o estabelecido do *facere et non facere* geralmente era nulo se não fosse acompanhado da cláusula penal, “pois que o juiz não tinha arbítrio para apreciar o fato, tratando-se de ações *stricti juris*”.<sup>127</sup>

Quanto à função de servir de pena privada ante o descumprimento da obrigação acordada, tal como indica o nome, o direito romano primitivo definia como réu o devedor que não cumprisse sua promessa no acordo. E nesse contexto, a

<sup>125</sup> SALVAT, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino III*. Obligaciones en general. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1952, t. 1, p. 88, 89.

<sup>126</sup> SALVAT, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino III*. Obligaciones en general. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1952, t. 1, p. 88, 89.

<sup>127</sup> MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, t. 2, p.374.

*stipulatio poenae* tinha “por escopo assegurar não a reparação do dano causado pelo inadimplemento, mas a repressão do delito cometido pelo devedor”.<sup>128</sup>

Quando de seu surgimento no direito romano, a cláusula penal era a “sanção de uma injúria, o castigo de um delito, a reparação de dano, em forma de pena, em aspecto de punição”<sup>129</sup>.

No direito romano não vigorava qualquer limitação prévia do valor da cláusula penal que poderia, inclusive, ser superior ao valor da prestação principal. Da mesma forma, não se admitia a redução por excesso. Aponta-se também que o inadimplemento não precisaria ser total para que a cobrança da pena fosse exigível. Portanto, à época, não havia uma preocupação com a excessividade da pena convencionada entre as partes, pois a medida do dano ou da obrigação principal não era parâmetro para invalidar ou diminuir uma cláusula penal. Além disso, a *stipulatio poenae* tinha função essencialmente sancionatória.<sup>130</sup>

Essa noção punitiva da cláusula penal, no entanto, foi mitigada ainda na vigência daquele direito romano<sup>131</sup>, e “ao ocaso do aspecto punitivo correspondeu referência à função coercitiva, não mais voltada a agravar o devedor inadimplente, mas reforçar o vínculo obrigacional.”<sup>132</sup>

É que, originalmente, a cláusula penal era tida como uma “verdadeira pena”; uma “composição da injúria objectiva, derivada do inadimplemento [...]” que assumia características de ato ilícito e de delito, ao qual correspondia a pena. Mas essa noção se modificou ainda naquele tempo, com o abrandamento da noção de pena, que foi substituída pela ideia de “reforço da prestação prometida”. Com isso, o que era principal tornou-se acessório, havendo distinção entre as noções primitiva e moderna da cláusula penal. Porém, “nem por isso o conceito de pena deixa de ainda projectar-se sobre o instituto; não pena criminal; mas, pena civil, sanção civil”.<sup>133</sup>

<sup>128</sup> CONTINENTINO, Múcio. *Da cláusula penal no direito brasileiro*. São Paulo: Livraria Saraiva, 1926, p. 14.

<sup>129</sup> NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações (generalidades-espécies)* Rio de Janeiro: Forense, v. II, p. 311.

<sup>130</sup> SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 122. Ver nesse sentido: ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 2; ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*. Cape Town: Juta, 1990, p.107 “Roman lawyers, loath to interfere with what the parties had agreed upon, seem to have had no qualms about such clauses. They did not object to stipulationes poenae simply because the stipulated sum was too high.”

<sup>132</sup> TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos sobre a cláusula penal a partir da superação da tese da dupla função. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 31, n.4, p. 353-366, 2022.

<sup>133</sup> CONTINENTINO, Múcio. *Da cláusula penal no direito brasileiro*. São Paulo: Livraria Saraiva, 1926, p. 15.

Como já dito, desde o nascimento do contrato até sua conclusão, as partes ficam atentas e receosas quanto a eventuais falhas no cumprimento da obrigação objeto do acordo e a suas consequências. E para se apaziguar esse receio, surgiram, em vários sistemas jurídicos, meios de constrangimento indiretos, como medidas intimidativas e de pressão sobre o devedor, visando a “estimular” o cumprimento da obrigação contratada. Entre esses meios de constrangimento indireto, cita-se a cláusula penal como uma medida compulsória preventiva, de natureza privada, estipulada em comum acordo pelas partes.

[...] é neste contexto que a cláusula penal emerge como importante medida coercitiva de natureza privada, reforçando o cumprimento e tutelando a confiança das partes. Ao mesmo tempo que zela pela satisfação do interesse do credor, esta relevante medida de autotutela contribui para o fortalecimento do mecanismo contratual. É a própria confiança gerada pelo contrato que a cláusula penal visa, assim, tutelar.<sup>134</sup>

Por ser uma obrigação acessória, a cláusula penal representa uma forma indireta de coerção para o devedor e exerce uma função dissuasora, pois a ameaça de ter de pagar uma quantia suplementar em caso de inadimplemento estimula, em tese, o cumprimento da obrigação. Ela se integra aos “contratos entre particulares e sua natureza de pena opera com o valor de ameaça, constituindo, a essa conta, e por inegável influência psicológica, um estímulo ao cumprimento da obrigação”.<sup>135</sup>

Portanto, pode-se dizer que a função compulsória ou coercitiva –

por se tratar de desdobramento histórico-jurídico da função penal que exercia em sua gênese romana – é a função clássica da cláusula penal. No Brasil, desde o Império, a cláusula penal era “fixada com o propósito de reforçar o cumprimento da obrigação principal”, por sujeitar “o devedor inadimplente ao pagamento de certa prestação com repercussão econômica, reforçando assim sua condição acessória.”<sup>136</sup>

“*Prima facie*, a ideia de cláusula penal traz consigo a representação de ‘pena’ em sentido estrito, de coerção exercida contra alguém, o devedor, visando a melhor assegurar o adimplemento de dada obrigação.” Ela representaria, então,

<sup>134</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 39.

<sup>135</sup> NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações (generalidades-espécies)* Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 2, p. 315.

<sup>136</sup> CASSETARI, Christiano. *Multa Contratual: teoria e prática da cláusula penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.47-48.

uma forma de sanção de carácter civil, comparada a sanções de ordem ou de natureza administrativa, com a pena beneficiando o credor”.<sup>137</sup>

Assim, a cláusula penal sempre vai exercer pressão sobre o devedor, para ele cumprir o acordo, e funcionar como reforço do vínculo citação contratual, servindo para aumentar a confiança do credor quanto ao adimplemento pontual.

Dada a especial natureza do contrato e, bem assim, o particular interesse do credor no efectivo cumprimento do mesmo, ele só contrata mediante a inclusão de uma cláusula penal com o fim de *incutir* na outra parte a necessidade de respeitar as obrigações assumidas. O credor, neste caso, utiliza a cláusula penal como instrumento de *pressão*, *compelindo* a outra parte, através da *ameaça* especial que sobre ela passa a impender, em virtude de ter de efectuar outra prestação – *mais gravosa* – caso não cumpra ou não cumpra devidamente a prestação que se obrigou.<sup>138</sup>

Desse modo, especificamente, a cláusula penal exerce pressão psicológica sobre o devedor que, temeroso de seus efeitos sancionatórios, busca cumprir corretamente o contratado.

Inclusive, algumas legislações ligam a função compulsória ao conceito de cláusula penal, a exemplo do Código Civil argentino, cujo art. 652 dispõe que *La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación*.<sup>139</sup>

Nesse sentido, expressiva era a redação do art. 1.062 do Projeto de Código Civil de Clóvis Bevilacqua, que, após modificações no Congresso Nacional, tornou-se o art. 916 do Código Civil de 1916. Em sua redação original, o art. 1.062 dispunha que “para reforço da obrigação, pode ser imposta uma cláusula penal ou seja estipulada conjuntamente com ella ou acto posterior”.<sup>140</sup> Apesar de a redação final do art. 916 do Código não ter abarcado a expressão “para reforço da obrigação”,

<sup>137</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. *Biblioteca de Direito Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: RT, 2007, p. 235

<sup>138</sup> MONTEIRO, Antonio Joaquim de Matos Pinto. Cláusula penal e comportamento abusivo do credor. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2003, p. 118, grifos no original.

<sup>139</sup> ARGENTINA. *Código Civil de la República Argentina*. 2015. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_civil\\_de\\_la\\_republica\\_argentina.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_de_la_republica_argentina.pdf). Acesso em: 21 nov.2023.

<sup>140</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A cláusula penal e a quadratura do círculo: as funções da cláusula penal depois do novo Código Civil Brasileiro. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreir (Coords.) *A evolução do Direito Empresarial e Obrigacional. Os 18 anos do Código Civil. Obrigações e Contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, v.2, p. 586.



nota-se que a ideia de primordial função compulsória sempre se fez presente na cláusula penal. Para Limongi França, “essa presença” pode ser explicada da seguinte forma:

A essência da cláusula penal está em significar um reforço, uma garantia, da execução exata da obrigação que está adstrita. [...] constituindo, pois, o reforço o elemento que se mantém constantemente nas diversas feições de que se reveste a cláusula penal, e ainda, e sobretudo, aquele sem o qual deixa de existir de modo próprio e atuante, é nele sem dúvida que reside a essência do instituto.<sup>141</sup>

Esse também é o entendimento de Caio Mário, para quem “a finalidade essencial da pena convencional, a nosso ver, é o reforçamento do vínculo obrigacional, e é com esse caráter que mais assiduamente se apõe a obrigação. A pré-liquidação do *id quo interest* aparece, então, como finalidade subsidiária”.<sup>142</sup>

Mas para esse autor, a cláusula penal pode exercer outra função, ainda que subsidiariamente, qual seja, a função de pré-liquidação dos danos, que trataremos no item a seguir.

### 2.3 Função Indenizatório ou de Pré-Liquidação dos Danos

Ilícito contratual, o objeto de interesse, é o descumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação pactuada, de forma a violar direito subjetivo relativo.<sup>143</sup> Portanto, o ato ilícito contratual é a infração de um dever contratual da qual resulta dano a outrem.

O ato ilícito gera para seu autor, preenchidos determinados requisitos, a responsabilidade pelos danos causados. Na legislação brasileira, esses aspectos se encontram expressos nos arts. 186 e 187—“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”; “ Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” – e no art. 927 do novo Código Civil – “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Isso, porque

<sup>141</sup> FRANÇA, R. Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 158-159.

<sup>142</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, v. II, p.148.

<sup>143</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, p. 641.

Não há responsabilidade civil sem dano [...] o dano é mecanismo essencial para o mecanismo ressarcitório. Inexiste responsabilidade civil sem dano, ainda que ele possa assumir formas diferenciadas, como o dano reflexo ou a perda de uma chance. O Código Civil brasileiro não conceitua o dano, nem tampouco delimita quais seriam as lesões tuteladas pelo ordenamento jurídico. Em verdade, optou por um sistema aberto, em que prevalece uma cláusula geral de reparação de danos [...] o dano pode violar não só direitos subjetivos, mas também interesses legítimos. Abarca não só danos diretos e tangíveis, mas também quebras razoáveis de expectativas ou frustrações de confiança, entre outras dimensões possíveis. Neste ponto, conceituamos o dano como ‘a lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela, seja ele patrimonial, extrapatrimonial, individual ou metaindividual.<sup>144</sup>

O lesante terá a responsabilidade de ressarcir o lesado. O autor do fato causador do dano, ante a presente responsabilidade, deve indenizar a vítima pelos danos causados, sendo a indenização consequência ou efeito comum à responsabilidade contratual.<sup>145</sup>

Como já dito, da mesma forma que a preocupação quanto ao cumprimento do acordo está presente nas partes desde o nascimento do contrato, também há preocupação quanto à repercussão de eventual inadimplemento e aos danos relacionados ao descumprimento contratual. Concomitantemente, ainda há preocupação com a quantificação e a posterior reparação do dano, ou seja, com a indenização. Havendo inadimplemento, seja ele total ou parcial, há ao mesmo tempo “o dever de indenizar. Indenizar é reparar o dano, o prejuízo. *Indene* é aquele que não sofreu prejuízo. Indenizar é tornar indene.<sup>146</sup> A questão que segue é a determinação daquilo que vai corresponder aos danos.

Para determinar os *danos* que ficam a cargo do lesante, abrangidos pela indenização, haverá que apurar, de entre aqueles que sobrevêm ao fato constitutivo da responsabilidade, os danos em relação aos quais o fato foi *causa adequada*, a que serão de deduzir as vantagens que o lesado não teria tido. Questão que se prende, pois, com o delicado problema do nexo de causalidade. Apurados *que* danos devem ser indenizados, importará saber *como* se processa a sua reparação.<sup>147</sup>

Sendo certo que ao ilícito contratual imputável deve ser corresponder o dever de indenizar o dano causado, o processo para sua quantificação e respectiva

<sup>144</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 669-670.

<sup>145</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 27.

<sup>146</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 457 (grifo no original).

<sup>147</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 27 (grifos no original).

reparação pode, em muitos casos, se mostrar complexo, moroso, trabalhoso e de resultado sempre incerto, o que causa receio a ambas as partes: receoso o credor, pois pode ser que, ao final do processo, ele não fique satisfeito com a indenização arbitrada, que pode não fazer frente a todos os prejuízos sofridos, aumentando o risco do negócio; receoso o devedor, por ter exposto todos os seus bens para a reparação do dano causado, não havendo qualquer tipo de limitação. O Código Civil brasileiro dispõe sobre o assunto nos arts. 389, 391 e 942.<sup>148</sup>

É justamente nesse sentido que a cláusula penal funcionaria como prefixação de danos:

[...] ao pactuarem uma cláusula penal, as partes afastam as discussões sobre a existência ou não do prejuízo, definindo, antecipadamente, uma prestação que, para ser exigível, dependerá, apenas, da caracterização do inadimplemento imputável. A grande vantagem da prévia estipulação da cláusula penal, assim, reside não na sua aptidão a efetivamente fazer frente aos prejuízos experimentados por ocasião do inadimplemento, mas sim na sua capacidade de regular antecipadamente os riscos e efeitos dessa ocorrência entre as partes contratantes.<sup>149</sup>

Assim, a função indenizatória da cláusula penal traz vantagens para o credor que, desde logo, sabe o valor com que será indenizado em caso de inadimplemento, estando dispensado de provar em juízo o dano causado e liberado do complexo processo nesse sentido. Ao mesmo tempo, traz vantagem para o devedor que tem, desde logo, sua exposição patrimonial delimitada. Em suma, a função indenizatória da cláusula penal pode evitar discussões. Tudo isso, além da sempre “inerente e ineliminável margem de incerteza” quanto ao dano sofrido efetivamente; quanto àquilo que se pode considerar consequência efetiva do referido fato ilícito; quanto às vantagens eventuais a serem deduzidas e, até mesmo, quanto “à concretização prática do critério legal sobre o cálculo da indemnização”, esse sempre fundado em juízos de probabilidade.<sup>150</sup> Pinto Monteiro sintetiza:

[...] de facto, os contraentes podem recorrer à cláusula penal a fim de fixarem, desde logo, a *indenização* que será devida em caso de

<sup>148</sup>“Art.389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”;

“Art.391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”;“Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

<sup>149</sup> SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 72.

<sup>150</sup> MONTEIRO, Antonio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 30 (grifos do original).

incumprimento da obrigação principal. O credor, temendo não conseguir provar todos os danos que eventualmente possa sofrer, o que, além disso, implicaria um moroso processo judicial, de resultado sempre incerto, prefere acautelar-se, através de uma avaliação prévia do dano que, *previsivelmente*, o incumprimento lhe causará. O devedor, por seu lado, receando que o dano efectivo possa atingir proporções exageradas, fora das suas previsões, prefere, igualmente, prevenir-se contra essa eventualidade, acordando com o credor a indemnização a que este terá direito. Qualquer das partes retira vantagens, pois, de uma *fixação antecipada da indemnização*, ainda que ficando ambas sujeitas ao *risco* de o dano efectivo poder divergir sensivelmente da soma acordada.<sup>151</sup>

Em vista disso, segundo Marcelo Benacchio, pode-se atribuir à cláusula penal um sentido de justiça privada, não exatamente sobre a exclusão do controle jurisdicional, mas no que diz respeito à possibilidade de, no exercício e nos limites da autonomia, as partes poderem afastar “a atuação do juiz no caso de inadimplemento da obrigação ao fixarem uma pena a ser exigida na situação.”<sup>152</sup>

Pinto Monteiro aduz que a cláusula penal evita os custos de se recorrer a tribunais e “os inevitáveis incômodos e demoras” de um processo judicial para apurar a indenização. Mas pondera que, em princípio e nos termos acordados previamente, mesmo ela não impedindo uma apreciação judicial do problema, de forma absoluta ou definitiva, isso não minimiza a vantagem importante de a pena substituir a indenização devida, superando problemas inerentes ao respectivo cálculo.<sup>153</sup>

Em igual sentido, para Orosimbo Nonato, quanto a eliminar complexidades e embaraços do processo e da tramitação forense, entre outros, essa pré-avaliação ou fixação prévia afasta a necessidade de se provar o dano, sua extensão e sua importância.<sup>154</sup>

No Código Civil português, diferente do Código Civil argentino, a cláusula penal é definida como a fixação do montante da indenização exigível por meio de acordo prévio, como se vê em seu art. 810: “As partes podem, porém, fixar por acordo o montante da indemnização exigível: é o que se chama cláusula penal.”

<sup>151</sup> MONTEIRO, Antonio Joaquim de Matos Pinto. Cláusula penal e comportamento abusivo do credor. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, 2003, p. 118 (grifos no original).

<sup>152</sup> BENACCHIO, Marcelo. Cláusula penal: revisão crítica à luz do Código Civil de 2002. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 5 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 383.

<sup>153</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 35.

<sup>154</sup> NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações (generalidades-espécies)*. Rio de Janeiro: Forense, v. II, p. 317.

Inclusive, Pinto Monteiro não só considerou “acanhada” essa noção (como já explicitado), como declarou ser esse “um dos pontos fundamentais” de sua posição, frente a teses mais recentes sobre essa cláusula.”<sup>155</sup>

Fábio Mattia faz distinção quando se trata de cláusula pactuada com o fito de pré-liquidar o dano advindo de eventual inadimplemento. Nesse caso, segundo ele, trata-se de cláusula penal não pura, que se caracteriza quando as partes contratam um determinado negócio no qual é difícil verificar os eventuais danos ou quando elas simplesmente buscam agilizar o recebimento da indenização e evitar as dificuldades de se provar o dano em juízo e a morosidade do processo. Já a cláusula penal pura tem natureza punitiva, e nesse ponto ele diverge de vários autores contemporâneos de sua época, para os quais há, na cláusula penal, um caráter de reforço da obrigação. Na cláusula penal pura, “as partes convencionam uma quantia a ser paga a título de pena, como uma espécie de multa [...] Quando a cláusula penal é cominada apenas como sanção ao inadimplemento ou para o atraso, é possível individualizar uma cláusula penal pura.”<sup>156</sup>

Orlando Gomes é incisivo no sentido de que a função indenizatória é a finalidade essencial da cláusula penal, e a função coercitiva é meramente subsidiária.

Sua *função* é pré-liquidar danos. Insiste-se em considera-la meio de constranger o devedor a cumprir a obrigação, por sua força intimidativa, mas esse efeito da cláusula penal é acidental. A melhor prova de que não atua essencialmente como arma coercitiva é que, por vezes, sua função é diminuir o montante da indenização que seria devida numa liquidação de perdas e danos conforme as regras comuns que a presidem. Ademais, o valor estipulado pelas partes para o eventual ressarcimento pode ser reduzido pelo juiz, em algumas situações, e não se permite que exceda o da obrigação principal. Com estas restrições e outras já introduzidas em lei, a *cláusula penal* amortece o efeito de intimidação que a maioria lhe atribui. É, em verdade, uma convenção sobre perdas e danos.<sup>157</sup>

Ainda que autores clássicos da doutrina nacional diverjam acerca da predominância da função compulsória ou da função indenizatória no instituto da cláusula penal, ambos os lados defendem o sistema unitário da cláusula penal, no

<sup>155</sup> MONTEIRO, Antonio Joaquim de Matos Pinto. Cláusula penal e comportamento abusivo do credor. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, 2003, p. 117 (grifos no original)

<sup>156</sup> MATTIA, Fábio de Maria. Cláusula penal pura e cláusula penal não pura. *Revista dos Tribunais*, v. 56, n. 383, 1967, p. 54.

<sup>157</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*. 13.ed Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 159, grifos no original.

qual se conjugariam as duas funções simultaneamente, em maior ou menor grau. Trata-se da chamada teoria unitária ou da dupla função.

## 2.4 Teoria Unitária ou da Dupla Função

O direito das obrigações está estreitamente conectado à cláusula penal, porque todo e qualquer efeito das obrigações se resume unicamente à execução. Segundo Múcio Continentino, para assegurar a execução contra violações, contra inadimplementos totais ou parciais e ainda contra a mora, há a cláusula penal. E pela possibilidade de essa abranger todos os vínculos decorrentes das obrigações, “seu estudo invade todo o campo das obrigações”.<sup>158</sup>

Apesar disso, são raros os trabalhos sobre o assunto no Brasil,<sup>159</sup> o que pode ser explicado pelo relativo consenso doutrinário acerca da sua natureza, qual seja:

as funções que, no essencial, a cláusula penal pode desempenhar – uma função indenizatória ou uma função compulsória –, convirá referir, desde já, que a pedra de toque da doutrina tradicional foi a de entender que *uma* e a *mesma* figura poderia exercer, *em simultâneo*, ambas as funções. Daí a estafada tese da dupla função da cláusula penal, passando a atribuir-lhe *natureza mista* (de sanção e indemnização).<sup>160</sup>

De acordo com a teoria unitária ou da dupla função, a cláusula penal é uma única figura a exercer, em maior ou menor grau, duas funções: a coercitiva, como reforço da obrigação, e a indenizatória, como estimativa de perdas e danos em caso de não cumprimento ou de cumprimento imperfeito da obrigação principal. Trata-se de um instituto jurídico híbrido que exerce, ao mesmo tempo, as funções indenizatória e compulsória, sendo impossível dissociar uma da outra quando da estipulação dessa obrigação acessória.

De início, os modelos jurídicos de raiz latino-germânica acataram a teoria da dupla função da cláusula penal. Na perspectiva tradicional, amplamente dominante no início do século passado, com o “triunfo da concepção franco-austro-prussiana”, a pena é, em si, somente a *indenização* do credor, antecipadamente estabelecida

<sup>158</sup> CONTINENTINO, Múcio. *Da cláusula penal no direito brasileiro*. São Paulo: Livraria Saraiva, 1926.

<sup>159</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 2.

<sup>160</sup> MONTEIRO, Antonio Joaquim de Matos Pinto. Cláusula penal e comportamento abusivo do credor. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, 2003, p. 119. (grifos no original)

pelas partes. Apesar de o direito germânico e os direitos associados ao modelo latino terem concedido à cláusula penal a função coercitiva, na verdade, “todos eles aceitaram, inicialmente, a construção *unitária* da cláusula penal”.<sup>161</sup>

Sem fugir a esse padrão, a doutrina brasileira também adotou a teoria da dupla função, conforme explica Rosenvald, após examinar o posicionamento de destacados nomes do direito privado nacional. Ele constatou uma “defesa veemente” comum do sistema unitário da cláusula penal, com o exercício da função dupla. “A natureza eclética da pena convencional seria resumida em uma conjugação de seu escopo de garantir o cumprimento da obrigação principal acrescido à finalidade de pré-liquidar as perdas e danos”.<sup>162</sup>

Tendo a doutrina tradicional adotado a teoria unitária da cláusula penal, as discussões giram em torno de qual seria a função predominante no instituto. Para Seabra, tradicionalmente, o entendimento se limitava a dois grupos, os quais, em certa medida, sintetizam uma parte da discussão dos intérpretes com base em fontes romanas: os que identificam a função compulsória, e os que identificam a função indenizatória.<sup>163</sup> Mas de acordo com Rosenvald, “a doutrina brasileira pré e pós Código Civil de 2002, salvo raras exceções, mantém aceso debate sobre a finalidade da cláusula penal. Ora acentuando sua função indenizatória, ora a finalidade coercitiva”.<sup>164</sup>

Nesse sentido, em um polo, há o entendimento de que a função primordial da cláusula penal é a compulsória, sendo residual a função de pré-liquidação; em outro polo, há o inverso, com preponderância da função indenizatória e, conseqüentemente, residualidade da função compulsória, com vários doutrinadores oscilando entre um e outro polos.

Como já referido, para Caio Mário, a função compulsória é a principal e essencial, visão à qual se opõe Orlando Gomes, que privilegia a função indenizatória. Entre os que aderem ao entendimento de Caio Mário, pode-se citar: Arnaldo Rizzardo – “sua natureza [...] malgrado os que dão preponderância ao

---

<sup>161</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indenização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 285.

<sup>162</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 53

<sup>163</sup> SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 123.

<sup>164</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 73.

caráter indenizatório, numa pré-avaliação dos danos a que conduz a inadimplência, assenta-se na coerção para o cumprimento, no que se confunde praticamente com a finalidade que impõe”<sup>165</sup>; Carlos Alberto Bittar – “A cláusula penal objetiva primordialmente reforçar a obrigação assumida e, posteriormente, a prévia estimativa das perdas e danos diante do inadimplemento”<sup>166</sup>, e Sílvio Rodrigues – “a função mais importante da cláusula penal, e a que se prende à sua origem histórica, é a de servir como cálculo predeterminado de perdas e danos”<sup>167</sup>.

A propósito, Rosenvald ressalva a afirmativa de Sílvio Rodrigues, que considerou “peremptória”, explicando que ele se “refere à origem histórica da cláusula penal como justificativa para enfatizar a função de liquidação de danos”. Com isso, remete ao Código Civil francês<sup>168</sup> que dispõe, em seu art. 1229, primeira parte: “A cláusula penal é a compensação das perdas e danos que o credor sofre em virtude da inexecução da obrigação principal”<sup>169</sup>.

Complementando, Sílvio Rodrigues ainda explica que se encontra sempre no contrato uma “disposição em que o credor se reserva o direito de exigir do devedor uma pena, em caso de inadimplemento” e que essa pena “representa o montante das perdas e danos preestabelecidos pelas partes, calculados tendo em vista o eventual prejuízo decorrente do descumprimento da obrigação”<sup>170</sup>.

Por sua vez, são filiados ao entendimento de Orlando Gomes sobre a preponderância da função indenizatória: Pontes de Miranda – “uma das funções mais prestantes da cláusula penal é assentar a indenizabilidade de danos no caso de não ser pecuniária ou ser de difícil avaliação a prestação prometida”<sup>171</sup>; Tito Fulgêncio – “a cláusula penal é uma cominatória tecnicamente dita e a sua função primordial consiste na pré-liquidação convencional do prejuízo do credor. Essa

<sup>165</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 538.

<sup>166</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Direito das obrigações*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, 170.

<sup>167</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil. Parte geral das obrigações*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 264.

<sup>168</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 31.

<sup>169</sup> BRANCO, Luiz Carlos. *Cláusula Penal: o valor da cominação e a redução equitativa da pena*. Tese (Doutorado em Filosofia do direito e do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 34. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pdf> Acesso em: 12 dez 2023.

<sup>170</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil. Parte geral das obrigações*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 264.

<sup>171</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado* 3 ed. São Paulo: RT, 1984, p. 59, t. XXVI.



avaliação prévia constitui, a um tempo, claramente, um meio indireto de constrangimento”<sup>172</sup>, e Washington de Barros Monteiro – ela constitui uma “liquidação à *forfait*, cuja utilidade consiste, precisamente, em determinar com antecedência o valor dos prejuízos resultantes do não-cumprimento da avença”.<sup>173</sup>

Independentemente do polo em que orbitam e da função que entendam como predominante, a doutrina admite que a cláusula penal desempenhe ambas funções, ou seja, se filia à teoria da dupla função.

Na doutrina contemporânea, percebe-se a mesma tendência em autores como: José Roberto de Castro Neves – “[...] na verdade, a cláusula penal representa um pouco de todas essas funções, embora prepondere o seu emprego como forma de pré-avaliar os danos”<sup>174</sup>; Gustavo Tepedino et al. – “[...] os fundamentos da cláusula penal, a despeito da discussão doutrinária sobre sua finalidade precípua, são o de servir de instrumento de prefixação de danos e, simultaneamente, elemento de reforço do liame contratual”<sup>175</sup>; Maria Helena Diniz – “sua função (é) ambivalente, por reunir compulsória e a indenizatória”<sup>176</sup>; Carlos Roberto Gonçalves – “a cláusula penal tem *dupla função*: a) atua como [...] coerção (*intimidação*), para compelir o devedor a cumprir a obrigação e [...] não ter de pagá-la; [...] b) como prefixação das perdas e danos (*ressarcimento*) devidos em razão do inadimplemento do contrato”. Ele confirma essa tese, mas não privilegia nem uma de suas funções.<sup>177</sup>

Segundo Rosenthal, a mesma linha doutrinária é encontrada em países da Europa que adotam a teoria da dupla função, imputando à cláusula penal as funções de pré-liquidação e de coerção para cumprimento da obrigação acordada.<sup>178</sup> A propósito e em termos gerais, segundo Canela, no direito europeu,

a cláusula penal é um instituto que opera seja nos ordenamentos do direito continental seja na *common law*. Foi justamente por esta

<sup>172</sup> FULGÊNCIO, Tito. *Das modalidades das obrigações*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 395.

<sup>173</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4, p.

<sup>174</sup> NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 380.

<sup>175</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 749, v. I. Mesmo sendo coautor dessa obra, Gustavo Tepedino é um dos pioneiros na doutrina brasileira a contestar a teoria unitária, o que se fará referência mais à frente.

<sup>176</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 418, v. 2.

<sup>177</sup> GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito civil brasileiro*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2, p. 416, 383.

<sup>178</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 23 e ss.

razão que a Comissão de Ministros do Conselho da Europa adotou, em 20 de janeiro de 1978, uma resolução para a regulamentação uniforme das cláusulas penais, acentuando, dentre outros elementos, a acessoriedade contratual, o objeto pecuniário e a culpa como pressuposto necessário da responsabilidade.<sup>179</sup>

Relativamente à adoção da ideia de dupla função dessa cláusula, são exemplos os seguintes países com os respectivos entendimentos: Portugal – a conclusão de vários autores é a de que a cláusula penal pode ter tanto função indenizatória, como função compulsória. Porém, “o n. 1 do artigo 812º não está restrito à cláusula penal compensatória, antes se aplicando, com muito mais razão, à compulsória, visando corrigir eventuais iniquidades e imoralidades que esta possa significar”; Itália – refuta-se a função unicamente indenizatória e punitiva, identificando “uma função dúplice e complexa, cuidando, por um lado, da proteção do credor, e por outro, da sanção do devedor inadimplente”; França – o art. 1152 do Code traz a “cláusula de prefixação de perdas e danos, enquanto os artigos 1.226 a 1.229 cuidam da cláusula penal de natureza compulsória”; Espanha – ainda vige a teoria da cláusula unitária, mas, em análise jurisprudencial, reconhece-se que essa teoria “não é capaz de resolver certos problemas de regime da cláusula penal”.<sup>180</sup>

Mas na doutrina brasileira, faz-se mister apontar exceções entre os autores clássicos, a exemplo de Limongi França, para quem a cláusula penal exerce tríplice função, acrescentando a função de pena às duas funções discutidas acima. Ele explica que, com base em diversos ensinamentos de distintos autores, mas sobretudo centrado na “realidade da cláusula penal”, considerando a dinâmica da vida social e jurídica, pela natureza dessa cláusula, ela apresenta uma face tripla, o que lhe permite o exercício simultâneo de três funções referentes ao ato jurídico:

(A cláusula penal) Não constitui apenas *reforço* da obrigação, nem somente *pré-avaliação* dos danos, nem, ainda que excepcionalmente, tão-só uma pena. Reveste-se conjuntamente dessas três feições. É *reforço*, porque efetivamente assume o caráter de *garantia* da obrigação principal. É *pré-avaliação* dois danos, porque o seu pagamento é compulsório, independentemente de prova em juízo da inexecução ou da execução inadequada. E ainda mesmo que não haja prejuízo, o pagamento não deixa de ser devido. E, finalmente, é *pena*, na acepção lata do termo, porque

<sup>179</sup> CANELA, Kelly Cristina. *A cláusula penal nos direitos europeu e latino americano*. 2011. Disponível em: [www.diritto.it](http://www.diritto.it). Acesso em: 27 dez 2023, p. 5.

<sup>180</sup> SILVA, Leonardo Di Cola N. *Cláusula penal e o código civil de 2002*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 80-84. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8328/1/Acesso> em: 12 dez 2023.

significa uma *punição*, infligida àquele que transgride a ordem contratual e, via de consequência, a própria ordem jurídica.<sup>181</sup>

Cassetari também adere a esse posicionamento, quando concorda sobre as funções de prefixar perdas e de reforçar o cumprimento da obrigação, aduzindo, entre outros, com base no aspecto psicológico (já citado) decorrente da pressão sobre o devedor, que um dos objetivos da cláusula penal é estabelecer uma sanção. Ante isso, conclui que “a cláusula penal possui tríplice função: de reforço, de prefixação à *forfait* das perdas e danos e de pena”.<sup>182</sup>

Em sua ampla monografia sobre o tema, Otávio Rodrigues defende que a cláusula penal no direito brasileiro exerceria unicamente a função indenizatória, argumentando que não existe a função coercitiva.

1. A cláusula penal, tomada em uma perspectiva do direito civil brasileiro, possui natureza singular, monofuncional, destinada a ressarcir os danos pré-estabelecidos pelas partes em um negócio jurídico. 2. A função punitiva, associada à prevenção geral, não existe no direito brasileiro, antes os controles internos e externos à cláusula.<sup>183</sup>

No entanto, é exceção, pois conforme Jorge Cesa Ferreira, a corrente doutrinária é inequivocamente favorável à teoria unitária e isso se reflete na legislação.

No novo Código Civil brasileiro, por exemplo, o *caput* do art. 416, ao admitir que a cláusula penal incida ainda que inexista prejuízo concreto, demonstraria a qualidade penal, ao passo que os arts. 410, 411, 413 e 416, parágrafo único, que conectam a grandeza da pena à abrangência do dano, indicariam relação com a fixação da indenização e do seu montante.<sup>184</sup>

Em consequência, também há reflexos na jurisprudência. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por exemplo, no REsp nº 1.999.836 - MG (2021/0379867-1), Terceira Turma, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 2/3/2023,

<sup>181</sup> FRANÇA, R. Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988, p.157.

<sup>182</sup> CASSETARI, Christiano. *Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 61.

<sup>183</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006, p. 348. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item>. Acesso em: 20 nov 2023.

<sup>184</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. *Biblioteca de Direito Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: RT, 2007, p. 238.

“ressaltou que o art. 413 do Código Civil [...] é norma cogente e de ordem pública [...]”.<sup>185</sup>

As peculiaridades que a construção teórica unitária da cláusula penal atrai para o instituto podem ser vistas da seguinte forma: sendo a cláusula penal uma figura única, submetida à um mesmo regime jurídico, a exercer duas funções, de início extrai-se que a vontade dos contraentes, quando da sua estipulação, é indiferente para a qualificação dessa figura. Isso porque essa vontade não é necessária para se traçar o perfil da cláusula desenhada para o caso em concreto.

Ainda que as partes tenham estabelecido a cláusula penal, com base nas funções compulsória ou indenizatória, isso em nada importará para a definição da cláusula penal. É que, independentemente do fito com o qual foi estipulada, ela permanece sujeita aos mesmos regramentos e condições.

Como bem explicado por Venosa, a cláusula penal é uma moeda de duas faces, nas quais se tem, de um lado, a finalidade prévia indenizatória de danos e perdas e, de outro, o objetivo compulsório de “punir o devedor moroso”.<sup>186</sup> São objetivos que estão umbilicalmente associadas, sendo impossível, pela vontade das partes, dissociar uma à outra. Daí a precisa comparação desse autor.

Independentemente do objetivo para o qual foi estabelecida, a cláusula penal, “mais que uma forma de tutela creditória, [...] constituirá, sobretudo, a fixação *ne varietur* da idemnização, a qual pode actuar a favor ou contra o credor.”<sup>187</sup>

O cariz aleatório da cláusula penal resulta da sua compreensão como *forfait*, característica esta que a doutrina, com o apogeu do Código de Napoleão, passou a considerar a *ratio essendi* da figura. Daí que ela, ao fixar a idemnização, tanto pode servir para criar uma penalidade como, ao invés, para fundar uma limitação da responsabilidade. O que não implicará qualquer alteração na sua natureza e regime.<sup>188</sup>

Para Pinto Monteiro, a implicação de compreender a cláusula penal como uma “soma invariável” (*ne varietur*) é que a pena é sempre devida,

<sup>185</sup> STJ. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.999.836*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta/paginas/comunicacao/noticias/2023/02032021>. Acesso em: 31 dez 2023.

<sup>186</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 331.

<sup>187</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e idemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 294.

<sup>188</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e idemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 294.

independentemente de ela ser inferior ou superior ao dano ao qual se refere. E isso é o que faz respeitar sua natureza *forfataire* e a autonomia das partes.<sup>189</sup>

### Capítulo 3

#### UMA SOLUÇÃO OU SUPERAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL

---

<sup>189</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p.294-295.

A tese unitária da cláusula penal, amplamente referida, foi adotada, de início, em ordenamentos de matrizes germânica e latina. No sistema alemão, foi conferido, em um primeiro momento, especial destaque ao aspecto coercitivo da cláusula penal, enquanto que em outros sistemas, como os referidos português, italiano, francês e espanhol, maior importância foi dada a seu aspecto indenizatório, isto é, a cláusula penal era destinada, primordialmente, à liquidação antecipada do dano.

Mas, apesar dos diferentes enfoques dos sistemas jurídicos, em todos eles os dois aspectos, indenizatório e coercitivo, permaneceram em maior ou em menor grau na estipulação da cláusula penal, concentrados em uma figura única. Essa figura serviria a dois propósitos simultaneamente, com uma só natureza jurídica e, conseqüentemente, regida pelo mesmo regime jurídico.

Na perspectiva da doutrina tradicional e dominante, a cláusula penal não muda de fisionomia, quer seja utilizada como forma de *pré-avaliar a indemnização*, quer o escopo das partes seja o de *compelir* o devedor ao cumprimento ou o seu objetivo consista em *limitar* o dano ressarcível. Tratar-se-á, em qualquer caso, de uma quantia devida a título de *indemnização*, com a particularidade de esta ser estabelecida pelas *partes*, por acordo *prévio* e de modo *invariável: à forfait*. A finalidade visada pelos contraentes é juridicamente *irrelevante*, dado que ela não é considerada para efeitos de uma diferenciada *qualificação* da figura ou do seu *regime*. Existindo uma finalidade compulsivo-sancionatória, constatada *a posteriori*, em face do resultado a que a pena conduz, esta traduzirá uma *indemnização sancionatória*, misto de pena e de indemnização. Trata-se, numa palavra, de uma figura *bifuncional*, mas juridicamente *unitária*, de natureza exclusiva ou essencialmente *indenizatória*.<sup>190</sup>

Percebe-se que a função indenizatória é onipresente na cláusula penal, como já dito, uma vez que seu estabelecimento e sua estipulação sempre evitarão que se recorra ao judiciário para uma averiguação do dano e de sua extensão. O acordado previamente serve de indemnização ao credor.

Caso ocorra inadimplemento *a posteriori* e se verifique que o *quantum* previamente estipulado é superior ao dano ocorrido, configura-se uma cláusula penal de caráter coercitivo (como referido), com a pena representando uma verdadeira sanção indenizatória. É sanção, porque ao ser mais elevada que o dano efetivamente concretizado, pune o devedor inadimplente. É indemnização, pois a pena serve como reparação das perdas e danos amargados pelo credor.

<sup>190</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 297 (grifos no original).

Contrariamente, caso o valor estipulado na cláusula penal se mostre em linha ou aquém do dano efetivamente ocorrido, a função coercitiva se reduz sensivelmente, podendo-se falar em cláusula penal de matriz indenizatória, que serviu apenas para pré-avaliar os danos e eximiu as partes de buscar a tutela judicial.

### 3.1 Novo Exercício Interpretativo

Unindo esse raciocínio ao excerto trazido acima, infere-se que a cláusula penal, segundo a construção doutrinária clássica da tese unitária, independentemente da função preconizada pelos contraentes, será sempre a mesma figura de escopo principalmente indenizatório.

Caso, ao ser estabelecida, ela tenha a função coercitiva como objetivo, sua caracterização como cláusula penal coercitiva vai depender da relação entre o valor estipulado para a pena e o dano efetivamente ocorrido.

Sobrevindo o não cumprimento e verificado um dano efetivo menor do que o estipulado na cláusula penal, a pena – inicialmente tida como reforço do liame obrigacional – servirá de indenização para o credor. É, conforme Pinto Monteiro, uma “indenização sancionatória”; nos outros casos, é cláusula penal indenizatória.

É assim que Rosenvald também entende, ao afirmar que “a cláusula penal, seja ela uma penalidade, uma pré-avaliação de danos ou uma convenção da limitação de responsabilidade, apresentará uma feição de quantia indenizatória, estabelecida previamente por convenção e de modo invariável”.<sup>191</sup>

Mas ainda nos casos de cláusula penal indenizatória, a função compulsória se mantém, mesmo que ela tenha tido como objetivo unicamente a pré-liquidação do dano. Com efeito, segundo João Calvão, “a função indenizatória não é a única desempenhada pela cláusula penal. Ela funciona também como poderoso meio de pressão de que o credor se serve para determinar o seu devedor a cumprir a

---

<sup>191</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 73.

obrigação”. Isso, se o valor fixado da pena for elevado em relação ao valor do efetivo dano.<sup>192</sup>

De certa maneira, toda indenização pré-fixada, ainda que de forma acessória, exerce eficácia preventiva e compulsória. Além disso, uma fixação antecipada dos danos, que dispensa o credor da necessidade de provar sua existência e sua extensão em juízo, tira do devedor qualquer hipótese esperançosa de que o credor possa eventualmente experimentar dificuldades em relação ao ônus probatório em eventual litígio judicial.<sup>193</sup>

Então, esse seria o grande mérito da teoria unitária: unir, em uma mesma figura jurídica, duas funções que se exercem simultaneamente em maior ou menor grau, a depender do caso, e são regidas pelo mesmo regime jurídico. Com a cláusula penal, essas funções indenizatória e compulsória são sempre postas em exercício, sendo que, nos casos coercitivos, a pena nada mais é do que uma indenização sancionatória pré-fixada.

Esse entendimento está em linha com o exposto no capítulo anterior, quanto à indiferença da vontade das partes no estabelecimento da cláusula penal para sua caracterização. Não interessa se, quando da contratação, as partes queriam dar maior ênfase ao aspecto compulsório ou ao aspecto indenizatório. A caracterização da cláusula penal se dará *a posteriori* e somente no caso de descumprimento da obrigação, quando do balizamento do dano concretamente verificado em relação ao valor previamente estipulado.

[...] segundo essa compreensão, a intenção das partes em relação à cláusula penal assume um papel, em certa medida, secundário, pois ela não será decisiva para se traçar o perfil da cláusula delineada para o caso concreto. Fosse a intenção das partes mais voltadas à imposição de uma pena ou fosse ela mais dirigida à quantificação antecipada dos danos, o instituto manteria a sua unicidade em face das suas funções, de sorte que a coação ou a pré-liquidação ocorreriam do mesmo modo. Somente *a posteriori*, quando do inadimplemento, é que se tornaria possível identificar, a partir da relação entre o prejuízo efetivo e o disposto na cláusula penal, se o efeito coercitivo fora mais ou menos intenso do que o efeito pré-liquidatório.<sup>194</sup>

<sup>192</sup> SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 250.

<sup>193</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 301.

<sup>194</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. *Biblioteca de Direito Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: RT, 2007, p. 238



Nos casos de o valor prévio estipulado exceder o valor do dano, tem-se a citada cláusula penal coercitiva com sanção indenizatória. Nos demais casos, trata-se de cláusula penal eminentemente indenizatória (também referida), cujo escopo compulsório, ainda que presente, é secundário e bastante reduzido.

Ou seja, é irrelevante o desiderato das partes na formação do contrato, como bem reconhece Pinto Monteiro: “A vontade é indiferente aos olhos da lei, não relevando, para efeitos de qualificação ou de regime, essa diferenciada intencionalidade das partes, que não carece, sequer, de ser indagada.”<sup>195</sup> O que importa, para se saber qual a função protagonista na cláusula penal em concreto, é a razão matemática entre dano efetivo e dano pré-avaliado.

Nesse contexto, a preponderância da compulsoriedade da cláusula penal se reveste de um cariz aleatório, visto que, para os que comungam dessa teoria, sua efetivação vai sempre depender da verificação *a posteriori* do dano do inadimplemento, o qual será comparado ao valor do dano pré-contratado.<sup>196</sup> É certo que a função indenizatória sempre se mantém, pois ainda que se verifique que os danos pré-avaliados superam os danos ocorridos, a pena, nesse contexto, é a indenização do credor.

Surge, assim, uma questão da natureza jurídica da cláusula penal: por se tratar de figura única, mas ambivalente, que serve para determinar antecipadamente a indenização e, simultaneamente, compelir o devedor, em maior ou menor grau, ao adimplemento, seria a cláusula penal uma indenização ou uma sanção?

Com efeito, essa é uma das questões mais debatidas pela doutrina que, ao fim, acabou por se formar majoritariamente em prol da tese de natureza mista. Razões históricas podem ser consideradas justificativas para essa tese, como se pode deduzir dos fatos elencados por Pinto Monteiro, desde a “crescente relutância contra a ideia de pena privada, “máxime” por influência dos canonistas da Idade Média”. Tal relutância foi angariando adeptos da concepção indenizatória ao longo dos tempos e, não só: alcançou uma hegemonia que coincidiu com o surgimento “dos primeiros Códigos da Era Moderna com esse modelo, como “o *Landrecht* prussiano (1794), o Código de Napoleão (1804) e o Código austríaco (1811)”. Não

---

<sup>195</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 421.

<sup>196</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula Penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 74.

obstante, a concepção indenizatória, então hegemônica, passou a ser contestada. Enquanto a doutrina continuava na perspectiva da “cláusula penal como pena privada”, um movimento forte em favor da existência de uma natureza mista ou híbrida dessa cláusula foi se desenvolvendo e contou com o apoio de codificações posteriores que instituíram outro regime. Exemplos disso são: o Código Comercial alemão de 1861, pelo BGB; o Código italiano de 1865, e o Código suíço de 1911. Pinto Monteiro resume que esse “compromisso” “vingou”, pois “parece haver reunido à sua volta a maioria da doutrina: aceitando a bifuncionalidade da cláusula penal, passou a imputar-se-lhe, expressa ou implicitamente, uma natureza híbrida ou mista: de sanção e de indemnização”.<sup>197</sup> Nessa síntese, a cláusula penal seria uma figura de natureza jurídica híbrida, sendo sanção e indenização ao mesmo tempo.

Também chamada de teoria eclética, a teoria da dupla função é hoje predominante também no direito brasileiro,<sup>198</sup> a exemplo de Maria Helena Diniz e outros também já referidos. A cláusula penal é figura única com duas funções e, conseqüentemente, dotada de natureza dúplice.

Os pressupostos de que parte esta doutrina são óbvios e o seu espírito de conciliação é sedutor, o que explicará o elevado número de adeptos que tem reunido à volta de si. Acolhendo a tese da dupla função da cláusula penal, entende-se que isso implica, em coerência, atribuir-lhe uma natureza mista, composta por dois elementos – sanção/pena e indemnização –, não podendo reduzir-se a qualificação jurídica da figura à consideração isolada de um ou do outro. É que só assim conseguirá explicar-se que a pena seja devida ainda que, na circunstância concreta, não haja danos ressarcíveis.<sup>199</sup>

Um importante problema pode se extrair desse trecho: se a cláusula penal tem sempre o aspecto indenizatório em sua configuração, só surgindo a compulsoriedade quando da efetivação de um dano menor daquele previsto em contrato, como seria a pena devida em casos nos quais não existam danos?

A resposta dada pela doutrina da natureza mista é a de que, como a cláusula penal sempre contém o aspecto sancionatório em sua natureza jurídica, ainda que em menor grau, ela pode ser exigida pelo credor mesmo ante a ausência de dano concreto. Como sanção indenizatória, ainda que não exista dano a se

<sup>197</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 318

<sup>198</sup> SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 128.

<sup>199</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 338-339.

indenizar, o aspecto sancionatório dessa cláusula permite sua incidência sobre o devedor culposo.

### 3.2 Respostas Doutrinárias a Inconsistências Práticas

Respostas doutrinárias a questões práticas surgidas da aplicação da cláusula penal não parecem satisfatórias. Tanto é assim que a doutrina brasileira mais especializada no tema tem se voltado contra a tese unitária da cláusula penal, em muito influenciada pelo trabalho de Antonio Pinto Monteiro, pioneiro em língua portuguesa a defender a separação da cláusula penal em duas espécies. Para esse autor, a teoria unitária apresenta três vícios insanáveis:

O primeiro, concerne à *qualificação* da figura, sem atender ao diferente escopo das partes; o segundo, consiste em submeter ao *mesmo regime* penas com finalidades diversas; o terceiro, é o de aceitar que a finalidade compulsória possa exercer-se *através da indenização*. Tudo somado, somos da opinião que a perspectiva tradicional, *no mínimo*, não prima pela clareza. Mas vamos mais longe: a nosso ver, qualquer daqueles três pontos é impossível de sustentar, o que, por si só, nos impele a procurar uma *alternativa* ao modelo tradicional.<sup>200</sup>

Além desses vícios, uma grande dificuldade enfrentada pelo modelo unitário é a conciliação da incidência da cláusula penal nos casos em que o devedor consegue provar a ausência de dano. Ora, se como mostrado, no modelo unitário, a cláusula penal é onipresentemente indenizatória, nos casos em que não há dano, como justificar essa sanção indenizatória? Destaque-se que seu caráter compulsório sobrevém apenas nos casos em que a pena é maior do que o dano efetivo.

É o que Rosenvald considera “contradição insuperável” e explica da seguinte forma: um modelo jurídico único não pode simultaneamente ser indenização e sanção. Pensar em “indenização sancionatória” implica contradição não só de termos, mas de lógica. Uma cláusula penal ou é sanção compulsória ou é estimativa prévia convencional de danos.<sup>201</sup>

A cláusula de liquidação antecipada de danos objetiva compensar o prejuízo causado ao credor da obrigação pelo descumprimento da obrigação. Essencial à satisfação do prejuízo é a noção de equivalência entre o dano causado e a indenização. Por outro lado, o

<sup>200</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indenização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 497. (grifos no original).

<sup>201</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 76.

âmbito da ideia da pena não se relaciona com o conceito da equivalência, mas de atribuição de uma sanção ao causador do dano.<sup>202</sup>

Anteriormente, Pinto Monteiro havia se posicionado nesse sentido, baseado em questionamentos de ordem prática, como: de que forma considerar indenizatória uma figura cuja natureza é estabelecida para obrigar o devedor a cumprir um acordo e, com essa intenção, “excede, deliberadamente, o *quantum* que se prevê como necessário para reparar o credor?” Com base no pressuposto da indenização, como se justifica o credor arrecadar, sob esse argumento, uma quantia determinada, “ainda que não haja qualquer dano a reparar?” E ainda, em outra perspectiva, como “dotar” essa natureza exclusiva de pena privada se, simultaneamente, ela é dotada também de natureza indenizatória e assim é devida?<sup>203</sup>

A isso, Pinto Monteiro chamou de “dogma da dupla função da cláusula penal”, o que acarreta a aplicação dessa figura jurídica como coercitiva e indenizatória a um só tempo. A cláusula penal, porque visa a essa função dupla, “não seria uma qualquer indemnização, ou uma simples sanção, antes revestiria uma natureza híbrida, elementos estes fundidos numa figura de *dúplice natura*, pois só esse caráter misto se adequa à sua bifuncionalidade”.<sup>204</sup>

Teoricamente, ao se tentar conciliar a natureza de pena e de sanção com a bifuncionalidade da cláusula penal, a teoria da natureza mista “procura conciliar o inconciliável, descaracteriza qualquer dos elementos que pretende fazer convergir e harmonizar, numa combinação, todavia, ilógica e contraditória”.<sup>205</sup>

Faz-se necessário, portanto, buscar uma alternativa que solucione os defeitos apontados e que, ao mesmo tempo, assegure às partes contratantes uma cláusula penal que melhor resguarde os interesses que se buscou proteger ao momento de seu estabelecimento.

### 3.3 Embasamento Histórico-Teórico

<sup>202</sup>ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 76.

<sup>203</sup>MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 649-650, grifos no original.

<sup>204</sup>MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 649-650, grifos no original.

<sup>205</sup>MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 650.

Entre os sistemas de raiz romano-germânica, o primeiro a enfrentar o problema representado pelos “vícios insanáveis” e pelas funções coercitiva e indenizatória da cláusula penal foi o alemão, que terminou por constituir-se em importante paradigma que pode servir de modelo para o direito brasileiro.<sup>206</sup> “No direito alemão, o estudo da distinção entre as finalidades da cláusula penal é mais relevante, uma vez que o sistema pátrio decorre do sistema romano-germânico.”<sup>207</sup>

Como no Brasil, o Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB), nos arts. 339 a 345, previa uma única figura, a *Vertragsstrafe* (*Vertrag* – contrato e *strafe* – pena) como cláusula penal, consagrando legislativamente, à época, o conceito unitário de cláusula penal. O legislador alemão concebeu a cláusula penal como instituto passível de desempenhar tanto a função indenizatória, quanto a função coercitiva, essa com maior ênfase.<sup>208</sup>

[...] os Códigos Civis de ambos os países, conquanto não tenham restringido as funções da cláusula penal, contemplaram, na posituação da figura, dispositivos incompatíveis com a cláusula de prefixação de danos, como é o caso do caput do art. 416 da lei brasileira, e do parágrafo 340(2) do código alemão. Os problemas verificados na Alemanha, advindos da compatibilidade do regime legal perante cláusulas identificadas como tendo função exclusiva de prefixação de danos, se fazem presentes diuturnamente nas cortes brasileiras.<sup>209</sup>

Nesse sentido, era clara a exposição de motivos do BGB sobre a dupla função desempenhada pela *Vertragsstrafe*, criada primordialmente como meio de coerção do devedor, mas também útil para pré-estimar a reparação devida em caso de descumprimento do acordado.<sup>210</sup>

No entanto, a partir da década de 60 (século XX), a jurisprudência alemã começou a questionar se as normas contidas naqueles artigos também seriam aplicáveis às estipulações cuja única intenção evidente das partes contratantes

<sup>206</sup> SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina/Brasil, 2022, p. 87.

<sup>207</sup> KELETI, Daniel de Leão. *Cláusula penal no código civil*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 58. Disponível em: <http://www.domi.niopublico.gov.br/Acesso> em: 12 dez 2023.

<sup>208</sup> ALEMANHA. *Código Civil*. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de> Acesso em: 20 nov 2023.

<sup>209</sup> SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina/Brasil, 2022, p. 87.

<sup>210</sup> SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina/Brasil, 2022, p. 83

fosse a pré-estimativa antecipada das perdas e danos em caso de incumprimento da obrigação principal.<sup>211</sup>

Especificamente, “seria de aplicar o regime previsto no BGB, para a cláusula penal, à cláusula em que se visasse, somente, fixar o montante da indemnização?” De seu turno, a resposta para tal problema exigia rever previamente uma questão: “a cláusula em que o escopo das partes fosse, tão-só, o de proceder a uma liquidação prévia do dano, não seria, também ela, abrangida pelo conceito de cláusula penal?”<sup>212</sup>

Após hesitações e controvérsias, consolidou-se jurisprudencialmente, por meio da intervenção do Supremo Tribunal, esta distinção: quando o credor procurar pressionar fundamentalmente o devedor no sentido de ele cumprir o acordado, destinando a isso um valor prefixado que visa, ao mesmo tempo, a indenizá-lo, afigura-se a cláusula penal (*Vertragsstrafe*). Se o objetivo buscado pelas partes se limitar à liquidação antecipada do dano, “tratar-se-á de um acordo ‘sui generis’” sem regulação pelo Código. Essa “passou a designar-se por fixação antecipada e invariável do montante da indemnização (*pauschalierter Schadensersatz*)” e, em princípio, a ela não se aplica o regime do BGB fixado para a *Vertragsstrafe*.<sup>213</sup>

Segundo Monteiro Pinto, foi assim que teve origem a *pauschalierter Schadensersatz*, figura criada pela jurisprudência alemã, despida de qualquer função coercitiva e utilizada única e exclusivamente para se pré-estimarem danos de valor invariável, devidos quando da inexecução do contrato. Dispensa que o credor tenha o inconveniente de buscar tutela judicial na qual tenha que provar a existência e extensão do dano. É útil também para o devedor que tem, desde a formalização do contrato, sua exposição patrimonial delimitada. Ao distinguir os termos e os respectivos critérios e regimes,

O BGH considerou que se está perante uma cláusula penal quando o montante prometido se destina, *em primeira linha*, a reforçar o cumprimento do contrato e a exercer sobre a contraparte uma *pressão* tanto quanto possível eficaz; ao invés, tratar-se-á de uma cláusula de fixação antecipada da indemnização, se o montante acordado servir para *simplificar* a obtenção de um direito, no *pressuposto* de que o mesmo exista.<sup>214</sup>

<sup>211</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 509.

<sup>212</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 509.

<sup>213</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 509.

<sup>214</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 516

Um aspecto prático que o Supremo Tribunal alemão frisou, ao separar as duas figuras, foi o de que a incidência da *pauschalierter Schadensersatz* exige que o dano tenha ocorrido. Se ocorrido, não há que se discutir o valor acordado para indenização, mas se pressupõe que o dano tenha ocorrido – nesse sentido, ressalvem-se os casos teratológicos. O mesmo não se passa com a *Vertragsstrafe*, que não depende da ocorrência ou não de dano para sua incidência; é sempre devida quando do não cumprimento do acordo principal.

Dessa forma, o BGH aceita uma separação entre cláusula penal e cláusula de prefixação da indenização. A primeira visa a reforçar o citado liame obrigacional, coagindo o devedor ao cumprimento da obrigação por meio da pressão exercida pela pena em caso de descumprimento; a segunda busca facilitar o recebimento da indenização, mas permite ao devedor afastar esse recebimento desde que provada a ausência de dano. Isso não se verifica na teoria da dupla função da cláusula penal, que não permite o afastamento da indenização mesmo provada a ausência do dano; isso é irrelevante.

Essa criação jurisprudencial recebeu amplo apoio da doutrina alemã, e a figura da *pauschalierter Schadensersatz* foi positivada pela legislação em 1976, quando a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais (AGB-Gesetz) estabeleceu normas para a *Vertragsstrafe* e para a *pauschalierter Schadensersatz*. Em 2002, foi promulgada a Lei de Modernização do Direito das Obrigações que incorporou as disposições da AGB-Gesetz ao BGB. Assim, estabeleceu-se:

[...] o direito alemão distingue, de um lado, a cláusula penal, na qual se busca, primordialmente, pressionar o devedor ao cumprimento, ainda que venha a funcionar também como indenização, e, de outro, lado, a cláusula de prefixação de danos, por meio da qual as partes pretendem apenas simplificar o cálculo de futura indenização, estabelecendo previamente um valor fixo, sob o pressuposto de que haverá dano.<sup>215</sup>

E com isso, o ordenamento jurídica alemão superou o conceito dominante e tradicional da cláusula penal como figura unitária e ambivalente. A jurisprudência, em um primeiro momento, estabeleceu uma cisão na figura, retirando o caráter indenizatório da cláusula penal, com a criação da *pauschalierter Schadensersatz*. Apartou essa função da cláusula penal *stricto sensu*, que se destina, portanto e

---

<sup>215</sup> SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 85.

primordialmente, a reforçar o cumprimento da obrigação com amplo e inoldidável destaque de sua função coercitiva.

Tal construção em duas figuras ou duas espécies de cláusula penal tem a vantagem de conferir importância à vontade das partes, quando da formalização do contrato. Se essa vontade sequer era indagada antes, uma vez que a figura seria sempre a mesma e sujeita ao mesmo regime jurídico, agora, as partes dispunham de duas ferramentas que melhor se adequavam ao escopo de sua vontade.

Além do mais, essa divisão em duas figuras traz maior clareza e mais segurança às partes por destacar a questão conceitual, cuja distinção “é fundamental porque, a partir dela, melhor se realiza a hermenêutica das regras da cláusula penal, assim como melhor se compreende a abrangência da autonomia privada relativa às relações assemelhadas à cláusula penal”.<sup>216</sup>

Fica mais claro para as partes quais serão as consequências e a quais mecanismos estão sujeitas a cláusula penal e a cláusula de prefixação de danos:

A cláusula penal passaria a mirar a maior proteção do adimplemento, a partir da imposição de uma consequência que, *a priori*, representaria um mal a ser evitado pelo devedor. Por isso, a inexistência de dano será irrelevante à aplicação da cláusula penal e sua eventual redução deve levar em conta sua característica de pena. (E) sendo a cláusula de liquidação de danos uma opção aberta às partes, a interpretação do caso passa a incorporar um relevante elemento hermenêutico: considerando que as partes, podendo optar pela cláusula de liquidação de danos, fizeram a opção pela cláusula penal, presume-se que o escopo perseguido pela cláusula de liquidação de danos não era o querido pelas partes ou, ao menos, não era o suficiente para realizar suas intenções negociais. Como reflexo, a introdução da cláusula de liquidação de danos, como uma opção das partes, atribui maior realce à função assecuratória do adimplemento ou coercitiva, já que esta função não é encontrável na cláusula de liquidação de danos.<sup>217</sup>

Desde que separadas as funções da figura, que foi cindida em cláusula penal *stricto sensu* e cláusula de pré-liquidação de danos, as funções de cada uma das figuras se tornam mais claras.

<sup>216</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. *Biblioteca de Direito Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: RT, 2007, p. 241.

<sup>217</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A cláusula penal e a quadratura do círculo: as funções da cláusula penal depois do novo Código Civil Brasileiro. In BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da (Coords.). *A evolução do Direito Empresarial e Obrigacional. Os 18 anos do código civil. Obrigações e Contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, v. II, p. 592.



A cláusula penal, nessa perspectiva, é um mecanismo de pressão sobre o devedor, e o montante estipulado é considerado uma “verdadeira” pena. Sendo assim, ainda que ausente o dano, a pena é devida, pois representa punição ao devedor inadimplente, não se confundindo com a indenização; essa é uma reparação para o credor lesado. Não se está mais falando em sanção indenizatória, como pretende a doutrina tradicional, mas sim, em sanção compulsória.

“A essência da cláusula penal reside em uma sanção compulsória, cujo objetivo será garantir o cumprimento da obrigação principal”. Isso se dá por meio de pressão sobre o devedor em relação ao adimplemento, uma ameaça de outra prestação, de valor superior ao do dano previsto antecipadamente, no momento da contratação. “A pena não cabe na indenização. A pena supõe algo mais”; é “uma prestação que se situa acima da indenização ordinária de danos.” Por isso, torna-se evidente a contradição de se estabelecer os títulos de indenização e de pena a uma quantidade única. Esses são conceitos opostos, jamais associáveis, haja vista a impossibilidade de assimilação de um a outro.<sup>218</sup>

Nesse formato, com a divisão das figuras, a liberdade das partes aumenta. No modelo da teoria da unitária, a reunião das funções coercitiva e indenizatória em uma mesma figura tornava-se, às vezes, limitações para o exercício da liberdade contratual das partes que não conseguiam expressar clara e precisamente seu desiderato. Com a separação, a cláusula penal *stricto sensu* pode operar no seu máximo potencial, visto que a verdadeira cláusula penal é a pena, criada para proteger o credor. Para Dieter Medicus, “a tarefa mais importante de regulamentação na cláusula criminal é a proteção do devedor.”<sup>219</sup>

A propósito, essa proteção se sobressai mormente neste milênio, em que o “paradigma pós-moderno” ainda se encontra em construção, embora já destaque a pluralidade e a fragmentação. Daí não caber que imposições morais de conduta – a exemplo da coercibilidade – possam limitar liberdades no âmbito privado.<sup>220</sup> Nessa perspectiva, conforme Judith Martins-Costa,

---

<sup>218</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 77.

<sup>219</sup> MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995, p. 222.

<sup>220</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 92.

a multifuncionalidade da cláusula penal adquire exponencial importância na época atual, na qual cresce um renovado 'direito dos mercadores', direito dos grandes empresários: fugindo do judiciário, procuram as grandes empresas resolver os seus litígios por meios como a negociação e a arbitragem, pois entre os 'grandes contratantes' é a própria economia que serve de meios de pressão sobre o devedor. Entre esses meios está a cláusula pena, em suas diversas modalidades.<sup>221</sup>

Dessa forma, com a referida separação entre cláusula penal *stricto sensu* e cláusula de pré-liquidação de danos, a pena prevista na primeira não é mais entendida como indenização e continua sendo devida, ainda que inexistente o dano. A finalidade dessa cláusula é de ordem compulsória, não sendo a pena estipulada como reparação de danos que possam advir do não cumprimento. Efetivamente, a pena não visa substituir a indenização ou a prestação não cumprida; trata-se de uma prestação independente à qual o credor faz jus, quando do não cumprimento do contrato.

Por isso, é importante entender a cláusula penal *stricto sensu* como uma obrigação com faculdade alternativa em favor do credor, conforme já explicitado. É um direito potestativo do credor de adimplir o débito contraído de forma distinta da prestação original. A cláusula penal exclui a obrigação de indenizar não porque a indenização é predeterminada, mas sim, porque se trata de prestação diferenciada. Com o inadimplemento, o credor pode, no exercício de sua faculdade, "deslocar a prestação inicial e exigir a pena acessória".<sup>222</sup>

Nesse sentido, Pinto Monteiro explica pontualmente: "a pena *substitui* a obrigação de indenizar, *não porque seja ela própria a indenização predeterminada entre as partes*, antes porque constitui *uma outra prestação*". E em vez do valor inicialmente devido, essa prestação pode ser exigida pelo credor em condições determinadas. Assim, quando da celebração de um acordo, visando a que o devedor cumpra o acordo firmado, o credor estabelece uma sanção que é aceita por aquele e em cujos termos esse "fica legitimado a exigir uma prestação mais gravosa, em alternativa à prestação inicial, uma vez não satisfeita esta." Com efeito, isso constitui uma ameaça que pode ser concretizada por meio de um modo

---

<sup>221</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. 2, p. 430.

<sup>222</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 97

alternativo de satisfação dos interesses do credor, sem passar pela via indenizatória.<sup>223</sup>

Pinto Monteiro continua: sendo a cláusula penal uma obrigação com faculdade alternativa do credor, a pena se torna uma prestação independente, desvinculada da via indenizatória, a qual, a critério do credor, poderá satisfazer seu interesse. Por isso é irrelevante a ocorrência ou não de dano para sua incidência. A pretensão à pena não pode ser afastada com fundamento na inexistência de dano, pois a pena convencional não é indenização; ela passa a ocupar, efetivamente, o lugar do cumprimento, não estando dependente de provar o dano.

A tomada de consciência de que seria de todo inaceitável permitir ao credor exigir uma soma, provada a absoluta falta de danos, no caso de ela haver sido estipulada somente como liquidação do dano futuro e, portanto, no *pressuposto* de que este ocorreria, levou à superação do conceito unitário de cláusula penal, passando-se a distingui-la, em conformidade, da cláusula de fixação antecipada da indemnização. Enquanto esta se destina a evitar ao credor dificuldades de *prova*, quanto à existência e ao montante do dano, sem privar o devedor, contudo, da possibilidade de alegação e prova da *inexistência* de qualquer prejuízo – o que precluirá, assim, o direito do credor à soma determinada –, a cláusula penal propriamente dita faz com que a soma seja devida ainda que não haja danos. Tratou-se, numa palavra, de *reintroduzir* o elemento *sancionatório* no conceito de cláusula penal, o que já permitiria explicar ser a pena devida mesmo na falta, em concreto, de qualquer dano.<sup>224</sup>

Portanto, ante a ausência de dano, não se faz necessário recorrer à ficção jurídica de se considerar a pena uma suposta sanção indenizatória a fim de justificar a incidência da cláusula penal *stricto sensu*. Isso porque, com a divisão das figuras, ao se retirar do âmago desse instituto a função indenizatória e percebê-lo como uma obrigação com faculdade alternativa do credor, a solução é simples: trata-se apenas de uma prestação substitutiva que satisfaz o credor.

Deduz-se dessa construção que se advier o descumprimento e se o credor entender que a pena foi estipulada de maneira muito reduzida ou que é possível e mais satisfatório a execução específica, ele pode abrir mão da pena para buscar judicialmente as perdas e danos que entender devidos; pode, até mesmo, buscar a execução específica da obrigação principal.

---

<sup>223</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 613 (grifos no original).

<sup>224</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 624-625.

Para Rosenvald, se a finalidade for precipuamente coercitiva, o credor não tem interesse em deduzir ou predizer os danos decorrentes de eventual inadimplemento. Como ele quer somente assegurar outra prestação, o valor estipulado para a pena vai ser seguramente superior àquele que possa advir do prejuízo estimado. Segundo ele, vem daí sua incondicional defesa da tese da “cláusula penal como obrigação facultativa”, frente à possibilidade do credor de “substituir o objeto” inicial, objeto da prestação acordada, por um outro de natureza subsidiária, especificado desde a origem da relação obrigacional. Ele conclui:<sup>225</sup>

A prestação devida é uma só, incidindo unidade de objeto quando da celebração do negócio jurídico, pois a pena convencional é um direito potestativo do credor de adimplir o débito de forma diversa da prestação originária, sem carecer de consentimento do devedor. A cláusula penal se amolda ao perfil da obrigação com faculdade alternativa em favor do credor. 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 sua 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 primeiro.<sup>226</sup>

Anteriormente, nesse sentido, o professor Pinto Monteiro havia se explicado que compreender a cláusula penal como a fixação de uma obrigação que conta com a faculdade do credor para exigí-la de uma forma ou de outra não só corresponde ao modo de funcionamento dessa cláusula, “de se ajustar à intencionalidade das partes”, como possibilita entender que a pena tem o condão de funcionar como “incentivo” do devedor ao cumprimento da obrigação. Se fracassar esse seu escopo primeiro, ela pode representar um meio de o credor satisfazer seus interesses, sem que isso se confunda com indenização. Isso possibilita resolver a um só tempo, de modo coerente e sem o recurso da ficção “uma série de problemas que a construção da figura tem suscitado, quer ao nível de sua natureza jurídica, quer no tocante ao seu regime.” Tais problemas a doutrina tradicional não tem conseguido resolver

<sup>225</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 97.

<sup>226</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 97-98.

satisfatoriamente pelo apego à teoria da dupla função “e à da natureza mista da pena”.<sup>227</sup>

Esse professor cita alguns desses problemas, que surgem, especialmente quando se questiona a exigência da pena independentemente da existência do dano. Por exemplo: Se é certo, por um lado, que o credor não necessita comprovar a existência e a extensão do dano, por outro, o devedor está impedido de provar a inexistência desse dano? Nessa linha, novas questões têm lugar: se houver danos, a soma determinada previamente elimina a avaliação deles, “nos termos da liquidação prévia a que se procedeu”. Porém, ante a ausência do *quid* que confere sentido à liquidação antecipada, a título de que se pode exigir “uma soma destinada a avaliar um dano que, afinal, não se produziu?”<sup>228</sup>

O que a cláusula penal, em sentido estrito, tem de particular, é ser ela um meio *específico* de *compulsão* ao cumprimento, uma *sanção*, que não pode nem deve confundir-se com o efeito *típico e normal* da obrigação de indemnizar. Ora, satisfeito o interesse do credor através da pena, segundo o valor por ele próprio fixado para o efeito, a obrigação extingue-se e não haverá danos a reparar. Daí, justamente, que a pena substitua a indemnização, dispense o recurso a esta. A compreensão da cláusula penal no quadro de uma *obrigação com faculdade alternativa “a parte creditoris”* permite, assim, explicar – sem recorrer a ficções ou a conceitos contraditórios – que a pena seja exigível independentemente da *existência* ou do *montante* do dano.<sup>229</sup>

Quando a cláusula de predeterminação de danos é estipulada pelas partes como mecanismo de efeitos de menor abrangência, seu estabelecimento decorre, no mais das vezes, do pressuposto de que eventual inadimplemento produzirá danos.

Em face dessa pressuposição, os contraentes entendem melhor prefixar previamente a indenização devida nesses casos, seja pela conveniência de se evitar um demorado processo judicial, seja pela dificuldade de se fazer prova do montante ou seja, ainda, pela delimitação da exposição patrimonial a que se sujeita o devedor.

Essencial se faz, dessa forma, para a sua aplicação, a ocorrência do dano. Separar a cláusula de prefixação de danos da cláusula penal *stricto sensu*: nesse ponto que reside a principal diferenciação entre as duas figuras. Isso porque, diferentemente da cláusula penal *stricto sensu*, o montante arbitrado pelas partes na

<sup>227</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 619-630.

<sup>228</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 619-630.

<sup>229</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 619-630.

cláusula de prefixação de danos termina por representar uma efetiva indenização pelo prejuízo gerado pelo inadimplemento; não se trata de uma sanção.

Assim, por se tratar de reparação, há de ocorrer o dano. Ainda que esteja o credor dispensado de provar a ocorrência dele para exigir a indenização pré-estipulada, permite-se ao devedor comprovar que não ocorreu prejuízo, o que o exime de pagar a quantia arbitrada.

Enquanto o objetivo do montante estipulado como cláusula penal *stricto sensu* é a pressão sobre o devedor para cumprimento da obrigação e, depois, com a respectiva incidência, a repulsa ao ofensor, tratando-se de verdadeira sanção que substitui a prestação inicial e qualquer tipo de indenização, o objetivo da cláusula de pré-liquidação de danos é a reparação em prol do credor lesado.<sup>230</sup>

O ressarcimento e pena operam com finalidades distintas. A compensação deseja reparar os danos sofridos pela vítima; a pena quer punir o ofensor. O foco da reparação está na recomposição do credor a uma situação de equivalência ao momento anterior ao inadimplemento. Em contrapartida, a pena quer infligir uma sanção ao devedor, sem preocupação com qualquer estima de proporcionalidade com os danos que possam ser infligidos ao credor. Enquanto o núcleo da cláusula penal reside na pressão ao cumprimento pela imposição de uma sanção afluente ao devedor, a cláusula de prefixação da indenização, como o próprio nome já explicita, preocupa-se com a manutenção de um grau de equilíbrio entre o montante ajustado e o dano sofrido pelo credor.<sup>231</sup>

Os contraentes almejam, quando da estipulação desse montante, apenas simplificar o caminho para a indenização em caso de descumprimento da obrigação inicial. Não há aqui o *animus* sancionatório que se verifica na cláusula penal, razão pela qual a ausência de prejuízo elide o devedor de seu pagamento. A falta do dano retira a justificativa de exigência da indenização pré-acordada, pois sem dano, não se fala em indenização.

Para Seabra, “essa é a diferença mais significativa entre os regimes da cláusula de prefixação de danos e da cláusula penal.” Por resultar dos termos acordados no negócio, nos quais “a finalidade da cláusula foi restrita à prévia liquidação do dano”, o respectivo estabelecimento se baseia no pressuposto de existência de um dano, o qual, não ocorrendo, “afasta por completo a exigibilidade

<sup>230</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 77.

<sup>231</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 96-99.

da cláusula.” Caso as partes tenham pactuado uma cláusula penal, a não ocorrência de dano não terá qualquer consequência relativa a sua exigibilidade. De forma indireta e secundária, ela pode somente ser considerada na perspectiva da redução prevista no art.413<sup>232</sup> do Código Civil, segundo o qual “a penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.”

Destaca-se que passível de discussão, por parte do devedor, é a inoccorrência do dano para fins de afastamento da indenização pré-determinada. Ele não pode alegar que o prejuízo foi menor do que o valor estipulado a fim de reduzir o montante devido, já que isso incorreria em violação da própria razão de ser da cláusula. Da mesma forma que o devedor não pode alegar um dano inferior com o fito de reduzir a indenização devida, o credor não pode inversamente argumentar que o dano concreto foi superior ao estipulado, visando a um incremento no valor devido. Justamente por se tratar de fixações avençadas antecipadamente a título de indenização em caso de inadimplemento, ambas as partes devem se sujeitar aos riscos.<sup>233</sup>

“Chamamos de *cláusula de fixação antecipada do montante da indenização* àquela em que as partes, ao estipulá-la, visam, tão-só, liquidar antecipadamente, de modo *ne variatur*, o dano futuro.” Elas buscam evitar litígios, despesas e demoras provenientes de avaliações judiciais que uma indenização sempre acarreta. Enquanto o credor visa a evitar o encargo de comprovar a existência e a extensão do efetivo prejuízo, o devedor busca se prevenir de uma indenização superior a suas posses ou expectativas. Em suma, acordando-se o montante da indenização, vantagens e desvantagens que possam advir são compartilhadas pelos dois contraentes, já que eles conhecem e acordaram, de antemão, os efeitos de eventuais inadimplementos. Submetem-se aos riscos de o prejuízo efetivo ser bem menor ou ser maior do que o previsto antecipadamente.<sup>234</sup>

### 3.4 Uma Solução Necessária

---

<sup>232</sup> SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 90.

<sup>233</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indenização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 602-603.

<sup>234</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indenização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 602-603.

A superação da teoria unitária com a conseqüente divisão do instituto em cláusula penal *stricto sensu* e cláusula de prefixação de indenização permite que cada uma das figuras exerça sua função com maior eficiência e promova maior segurança jurídica para os contratantes. “Se a função de um instituto é o critério determinante para fixar as regras jurídicas que lhe são aplicáveis e o modo de sua aplicação, deve-se reconhecer que a cláusula voltada para uma determinada função não terá o mesmo tratamento jurídico daquela que visa à outra finalidade”.<sup>235</sup>

Ao se separar a cláusula penal em sentido amplo nas figuras cláusula penal *stricto sensu* e cláusula de predeterminação de danos, as funções de cada uma ficam mais evidentes, privilegia-se a vontade das partes, e a hermenêutica contratual se torna mais simples e clara. Justifica-se, assim, o abandono da teoria unitária em prol da alternativa citada.

Buscar alternativas para o modelo tradicional unitário tem sido acolhido na doutrina nacional. Alguns exemplos de doutrinadores que aderiram a alternativas desse modelo podem ser citados com os respectivos argumentos:

– Gustavo Tepedino, apoiado em Antônio Pinto Monteiro, discorda quanto a cláusula penal sintetizar a indenização e a coerção e, a partir daí, buscou elucidar a segunda parte do art. 413 do Código Civil por meio de critérios,<sup>236</sup> artigo esse cujo “enunciado normativo (é) de significativa importância prática, reputada hipótese relevante de controle do equilíbrio contratual”. No Código Civil anterior, o art. 924 estabelecia: “[...] poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento”. No Código de 2002, no citado art. 413, alterou-se a redação, indicando que se tratava de dever: “A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz”. Essa obrigatoriedade foi enfatizada na jurisprudência, no Superior Tribunal de Justiça REsp nº 1.447.247/SP, 4ª Turma, relator Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 19.4.2018.<sup>237</sup>

– Judith Martins Costa, cuja compreensão sobre a cláusula penal tem uma perspectiva plural, nesse sentido argumentou de forma pontual que, do ponto de

<sup>235</sup> KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. *Revista dos Tribunais*, v. 4, p. 83-104, 2014, p. 84.

<sup>236</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a cláusula penal compensatória. *Temas de direito civil*, t. II, p. 48.

<sup>237</sup> TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos sobre a cláusula penal a partir da superação da tese da dupla função. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 31, n. 4, p. 353-366, 2022, p. 358. Disponível em: <https://www.jur.puc-rio.br/wp-content>. Acesso em: 20 dez 2023.



vista funcional, a eficácia da cláusula penal ser distinta e complexamente inserida em diversas funções jurídicas se deve ao fato de essas constituírem “funções econômico-sociais dotadas de relevância jurídica”. Essa doutrinadora resume que “o fundamento da modificação do valor da cláusula penal se dá com a aplicação do princípio da justiça corretiva!”<sup>238</sup>

– Renan Lotufo, com seu vasto conhecimento sobre o assunto, distingue entre cláusula penal pura, de caráter sancionatório, conforme sua origem etimológica, originada da *stipulatio poena* ou estipulação da pena, e cláusula penal não pura, que se refere à prefixação do *quantum*. “Fica claro que o dispositivo abrange tanto o inadimplemento absoluto como a mora, bem como que a culpa é elemento, sendo exigível de qualquer outro ato, ou formalidade, a partir da caracterização”.<sup>239</sup>

Entre esses autores, destaque-se Judite Martins-Costa, que reconheceu o sentido da superação da tese unitária da cláusula penal. Na primeira edição de seus Comentários ao Código Civil, de 2003, essa autora entendia a cláusula penal como figura única e multifuncional sob escopo do modelo unitário.<sup>240</sup> Na edição seguinte de seus Comentários, de 2009, ela acolheu a tese da duplicidade de espécies da cláusula penal.<sup>241</sup> Trata-se de uma mudança de posicionamento paradigmática, demonstrativa da evolução doutrinária acerca do tema.

Citado neste estudo em mais de uma oportunidade, Jorge Cesa Ferreira defendeu em mais de um trabalho, desde 2007, a superação da teoria unitária da cláusula penal. Num primeiro momento, sobre a mudança de posicionamento da doutrina brasileira nesse sentido, justificou:

Tem-se verificado uma forte tendência doutrinária, ainda que não absoluta, de romper com a visão da cláusula penal como instituto dotado de um “núcleo duplo”, penal e pré-liquidatório do dano. Sobretudo a partir da publicação de leis que, em diversos países, permitiram a intervenção judicial para evitar abusos cometidos pela inserção de cláusulas penais em contratos, vem sendo repensada a ideia de equiparação hierárquica entre essas duas funções, do que se segue a admissão de duas cláusulas de atuação semelhantes

<sup>238</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações*. (coord.) Teixeira, Sálvio de Figueiredo. v. V, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 423, 462.

<sup>239</sup> LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 469.

<sup>240</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações*. (coord.) Teixeira, Sálvio de Figueiredo. v. V, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

<sup>241</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. (coord.) Teixeira, Sálvio de Figueiredo. v. V, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 613.

mas distintas em essência – a cláusula penal, com precípua finalidade coercitiva, e a cláusula de perdas e danos, com função fundamentalmente ressarcitória. Aceitando-se a separação conceitual entre cláusula penal e cláusula de perdas e danos, restam mais claras as funções e os mecanismos de cada uma. A cláusula penal tem por finalidade precípua gerar pressão no devedor, de modo a conduzi-lo ao adimplemento.<sup>242</sup>

Mais recentemente, em 2021, ainda centrado no posicionamento doutrinário, Cesa Ferreira esclareceu que o acolhimento da distinção entre os autores que mais especificamente se voltaram ao tema é majoritário, seja em trabalhos monográficos, seja em trabalhos acadêmicos de maior vulto, como dissertações e teses. De certa forma, isso aponta para algo importante referente ao interesse demonstrado pela compreensão no tema. Obviamente, não se pode esperar unanimidade teórica em torno do assunto<sup>243</sup> – aliás, o exercício dialético é saudável e frutífero, por ensejar, “a dialética é, a princípio, um jogo de ideias, concepções ou palavras que resulta no embate por serem elas, entre si, diferentes.” E o resultado disso pode trazer novos conhecimentos<sup>244</sup> –, mas se pode dizer que, postas as manifestações doutrinárias em uma linha evolutiva, identifica-se uma franca tendência ao acolhimento da distinção entre as cláusulas.<sup>245</sup>

Também Gustavo Tepedino, em coautoria com Carlos Nelson Konder, dirigiram esforços à superação da cláusula penal unitária, destacando as incertezas e prejuízos dessa. Segundo eles, o esforço para se conciliar as duas funções de coagir e de indenizar em um mesmo regime jurídico tem prejudicado não só compreender as normas aplicáveis a essa cláusula, como também desencadeado discussões e confusão com outras figuras distintas delas. Por isso, há expectativas em torno de superação dessa tese, com perspectivas claras de sua interpretação e de uma aplicação das normas pertinentes. Ao mesmo tempo, deve-se “apartar com

<sup>242</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. *Biblioteca de Direito Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: RT, 2007, p. 238-241.

<sup>243</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. *Biblioteca de Direito Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: RT, 2007, p. 238-241.

<sup>244</sup> PORFÍRIO, Francisco. *Dialética*. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/> Acesso em: 22 dez 2023, p. 3.

<sup>245</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A cláusula penal e a quadratura do círculo: as funções da cláusula penal depois do novo Código Civil Brasileiro. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa (Coords). *A evolução do Direito Empresarial e Obrigacional. Os 18 anos do Código Civil. Obrigações e Contratos* São Paulo: Quartier Latin, 2021, v. 2, p. 594.

mais nitidez outras estipulações negociais que, posto similares, devem submeter-se a regimes jurídicos distintos”<sup>246</sup>

Além desses, defensores da citada separação da cláusula penal em *stricto sensu* e de prefixação de danos, André Silva Seabra, também bastante citado neste estudo, sustentou essa diferenciação em sua tese de doutoramento, em 2022.<sup>247</sup>

Sobre a separação de figuras proposta mais recentemente pela doutrina, o entendimento de Seabra é pela “relevância da distinção da cláusula de prefixação de danos em relação à cláusula penal”. Com efeito, é necessário cuidar separadamente da cláusula de prefixação de danos, “aquela figura cuja exigibilidade será afastada quando provada a ausência de prejuízo”, distinta da cláusula penal regulamentada no Código Civil. Nesse Código, o *caput* do art. 416 “contempla uma presunção absoluta de danos. A distinção entre cláusula penal e cláusula de prefixação de danos resolve os problemas de regime apontados pelos críticos do modelo unitário”.<sup>248</sup>

Some-se ainda Giovanni Nanni que, em referência à obra de Pinto Monteiro, advoga pela separação das figuras, sob o argumento de que “a cada espécie de cláusula penal corresponde uma finalidade, que determina o seu regime e a sua natureza jurídica”.<sup>249</sup>

No conjunto, mais de um autor justifica sua defesa em prol dessa divisão, esclarecendo que ela traz mais clareza para a interpretação e para as funções que cada uma desempenha.

Relativamente aos três vícios da cláusula penal apontados por Pinto Monteiro, na perspectiva da teoria unitária ou da dupla função, a divisão do instituto como sugerida pelos autores acima referidos traz a solução para cada um:

– Primeiro: a qualificação da figura. Na medida em que exerce ambas as funções, não se pode dizer que ela esteja moldada a atender os diferentes escopos

<sup>246</sup> TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos sobre a cláusula penal a partir da superação da tese da dupla função. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 31, n. 4, p. 353-366, 2022, p. 360. Disponível em: <https://www.jur.puc-rio.br/wp-content>. Acesso em: 20 dez 2023.

<sup>247</sup> SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 143.

<sup>248</sup> SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 143.

<sup>249</sup> NANNI, Giovanni Ettore. *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. Alexandre Dartanhan de Mello Guerra *et al.* (coord.) NANNI, Giovanni Ettore. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 669.

das partes. Sendo ambivalente, com simultâneas funções coercitiva e indenizatória, a vontade das partes é irrelevante nesse contexto, independentemente de qual seja o objetivo das partes na formalização do contrato – o que é indiferente aos olhos da lei, para efeitos de qualificação ou de regime.

Com a cisão do instituto em cláusula penal *stricto sensu* e cláusula de prefixação de danos, privilegia-se a vontade dos contraentes, que agora dispõem de duas ferramentas para poderem melhor se adequar a seu intuito e conferir maior segurança negocial e jurídica para ambos, credor e devedor.

– Segundo: mesmo regime e penas com finalidades distintas. Esse ponto levava a discussões quanto a justificar a exigibilidade da pena em casos nos quais se comprovasse a não ocorrência do dano.

Nesse ponto, com a cisão do instituto, não há dificuldades maiores em se solucionar esse vício, pois na cláusula penal *stricto sensu*, há uma obrigação com faculdade alternativa a parte *creditoris*, na qual a pena substitui a prestação inicial e eventual indenização. Significa que, mesmo não havendo dano, a pena é devida. Já quando se tratar de cláusula de prefixação de danos, em atendimento ao interesse das partes que a estipularam para facilitar a indenização do credor em caso de inadimplemento, a ocorrência do dano é pressuposto para sua exigibilidade. Portanto, nos casos em que se provar que o dano não se concretizou, o devedor fica eximido de pagar a indenização pré-acordada.

– Terceiro: aceitação da finalidade compulsória via indenização. O raciocínio é similar ao do parágrafo anterior. Indenização e sanção são conceitos com finalidades e *ratio* distintas. Enquanto o primeiro visa à reparação da vítima, o segundo objetiva a punição do ofensor. Com isso, a teoria unitária incorre em contradição ao tentar unir em um mesmo prisma, na figura ambivalente da cláusula penal, as duas funções. Trata-se de uma ficção jurídica, a da figura com função simultânea indenizatória e sancionatória. Como definem críticos dessa ficção, “cogitar de uma ‘indenização sancionatória’ é uma impossibilidade lógica, uma contradição em termos. Ou a cláusula penal será uma sanção compulsória ou funcionará como pré-estimativa convencional de danos”.<sup>250</sup>

---

<sup>250</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p.

A cisão do instituto em duas figuras também soluciona esse vício, na medida em que cada uma das novas figuras exercerá a função para a qual foi contratada, sem contradição entre suas finalidades e natureza jurídica.

## **CONCLUSÃO**

Não se pode pretender que a adoção de uma norma, considerada sob o escopo de uma teoria determinada que lhe serve de direção, não reflita os efeitos dessa direção na prática e que isso não implique benefícios ou custos negativos.

A cláusula penal, segundo a teoria unitária ou da dupla função, insere-se nesse contexto e, ao longo dos tempos de sua adoção, instalou-se na cultura jurídica como representação de duas funções: coerção e indenização. Apesar de se considerar inconciliável o fato de uma só figura jurídica reunir pena e indenização, por muitos e muitos anos, tal incongruência não foi questionada. Isso, mesmo com as grandes mudanças que a realidade tem imposto, bem diferentes do contexto que deu origem a essa cláusula, quando a inadimplência era considerada algo muito grave e não se olhavam as justificativas para tal.

Com efeito, uma vez adotada e apesar de a realidade apontar problemas que a doutrina não consegue solucionar de modo satisfatório, ainda assim, a continuidade da aplicação da cláusula penal dá-se sem preocupações com os desdobramentos que cada função possa causar, a exemplo de custos negativos provenientes para o devedor. Como exemplo disso, cita-se a necessidade de se levar ao judiciário relações privadas dos contratos que se geraram injustiças, como forma de se buscar equilíbrio com alteração dos ajustes privados.

Salvo muito poucas exceções, segundo Rosenvald, os debates que existem relativamente à cláusula penal, anteriores e posteriores ao Código Civil de 2002, se referem à acentuação de sua função indenizatória ou de sua função coercitiva.<sup>251</sup>

Isso dignifica que as discussões doutrinárias não saem do âmbito da própria teoria unitária ou da dupla função, podendo-se até dizer que, de certa forma, elas terminam por reforçá-la, na medida em que cada lado acentua uma função, e juntos, mantêm a visão unitária.

A propósito disso, comparativamente, a expressão “contradição insuperável” com que Rosenvald se refere ao modelo vigente da cláusula penal – com indenização e sanção concentradas em uma só figura jurídica – talvez seja mais apropriada à relação que se estabeleceu entre a cultura jurídica acerca dessa cláusula, tal como se instalou, e o avanço da sociedade e do próprio sistema jurídico, que visa a solucionar/ excluir injustiças.

Como explicaram Tepedino e Konder, “o esforço pela conciliação das duas funções, pretendendo unir coerção e indenização no mesmo regime jurídico, prejudicou não somente a compreensão das normas aplicáveis à cláusula penal, mas também ensejou confusão com outras figuras que dela se distinguem.”<sup>252</sup> Também, direta e indiretamente, pode gerar insegurança jurídica.

Em razão disso – e de outros efeitos aqui não aventados –, o desenvolvimento de novas perspectivas de interpretação da cláusula penal vem ganhando espaço, embora com bastante atraso – desde a inserção da cláusula penal no ordenamento brasileiro pelas Ordenações Filipinas, naquele contexto inicial, frente aos avanços atuais rápidos da sociedade – e ainda não a ponto de vencer as resistências do “dogma da dupla função”, no dizer de Antonio Pinto Monteiro, tão enraizado na cultura jurídica brasileira.

Trata-se de separar claramente as funções da cláusula penal para se poder interpretá-las de forma pertinente e se obterem resultados justos no campo de sua aplicação. As relações negociais vêm se fortalecendo cada vez mais, e os direitos

---

<sup>251</sup> ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 73.

<sup>252</sup> TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos sobre a cláusula penal a partir da superação da tese da dupla função. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 31, n.4, p. 353-366, 2022, p. 356.

peçoais – expressos na liberdade individual de exercício das atividades privadas de ordem patrimonial, como dito no início deste trabalho – estão se tornando grandes responsáveis pela circulação de riquezas na atualidade.

Assim, rever a cláusula penal é como reconhecer que seu verdadeiro objetivo é visto ao final, com as estipulações de cada função se submetendo aos respectivos regimes jurídicos. “É a busca pela real intenção comum das partes na pactuação da cláusula que será determinante para a solução de inúmeras questões suscitadas pela figura”, explica Seabra.<sup>253</sup>

Sabe-se que rever essa cláusula não é assunto pacífico, menos ainda buscar superá-la. Aliás, pelo significado desse verbo, particularmente se entende seu sentido como o de fazer prevalecer uma divisão de suas funções em cláusula penal *stricto sensu* e cláusula penal de prefixação de danos.

Em síntese, como ficou demonstrado, há necessidade de se modificar o entendimento doutrinário acerca da cláusula penal e de sua aplicação no Brasil, como já começou a acontecer em países de tradição romano-germânica, como a Alemanha. Porém, também como ficou demonstrado, parece lento o progresso doutrinário nesse sentido.

---

<sup>253</sup> SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 41.

## REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. *Código Civil*. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de> Acesso em: 20 nov 2023.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v.II.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ARGENTINA. *Código Civil de la República Argentina*. 2015. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_civil\\_de\\_la\\_republica\\_argentina.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_de_la_republica_argentina.pdf). Acesso em: 21 nov.2023.
- AZEVEDO, José Philadepho de Barros e. Da cláusula penal. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. ano 4, v. 13, p. 469-482, 2017. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es>. Acesso em: 22 dez 2023.
- BENACCHIO, Marcelo. Cláusula penal: revisão crítica à luz do Código Civil de 2002. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 5 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2008.
- BEVILÁQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*. 6 ed. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1943, v. IV.
- BEVILAQUA, Clovis. *Direito das obrigações*. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1940.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito das obrigações*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- BORJA SORIANO, Manuel. *Teoria general de las obligaciones*. México: Porrúa, 1953, v.II.



BRANCO, Luiz Carlos. *Cláusula Penal: o valor da cominação e a redução equitativa da pena* <sup>Tese</sup> (Doutorado em Filosofia do direito e do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.dominipublico.gov.br/pdf> Acesso em: 12 dez 2023.

CANELA, Kelly Cristina. *A cláusula penal nos direitos europeu e latino americano*. 2011. Disponível em: [www.diritto.it](http://www.diritto.it). Acesso em: 27 dez 2023.

CARVALHO DE MENDONÇA, M.I. *Doutrina e prática das obrigações*. 3 ed. Rio de Janeiro, 1938, t. 1.

CASSETARI, Christiano. *Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal* . 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CONTINENTINO, Múcio. *Da cláusula penal no direito brasileiro*. São Paulo: Livraria Saraiva, 1926.

COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2006.

COSTA-NETO, João; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Direito civil*. São Paulo: Método, 2022.

CRETELLA NETO, José. Da cláusula penal nos contratos empresariais. Visão dos tribunais brasileiros e necessidade de mudança de paradigma. *Revista de Processo*, v. 245, 2015. Disponível em: [www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/PDF). Acesso em: 25 dez 2023.

DICIONÁRIO JURÍDICO. *Accessorium sequitur principale*. Verbetes. Disponível em: <https://jurishand.com/dicionario-juridico/accessorium-sequitur-principale>. Acesso em: 15 dez 2023.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2.

FACIO, Jorge Peirano. *La cláusula penal*. Bogotá: Temis, 1982.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Juspodivm, 2022.

FLORENCE, Tatiana Magalhães. Aspectos pontuais da cláusula penal. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.) *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FRANÇA, R. Limongi, *Raízes e dogmática da cláusula penal*. Dissertação para o concurso de professor titular de direito civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: Gráfica, 1987.

FRANÇA, R. Limongi. *Manual de direito civil* . São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, v. 6.

FRANÇA, R. Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

FULGÊNCIO, Tito. *Das modalidades das obrigações*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FULGENCIO, Tito. *Programmas de direito civil*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas, 1921.

GLEISER Marcelo. *Um caminho tortuoso*. 2012. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br>. Acesso em: 22 dez 2023.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito civil brasileiro*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2.

JENKINS, Jane; STEBBINGS, Simon. *International constructional arbitration law*. Alphen Aan den Rijn: *kluwer Law International*, 2006.

KELETI, Daniel de Leão. *Cláusula penal no código civil*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp040755.pdf>

KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. *Revista dos Tribunais*, v. 4, p. 83-104, 2014.

LIMA, Evelyn Furquim Werneck. *Das Vanguardas à Tradição*. Rio de Janeiro: 7 letras, 2006.

LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2.

LOTUFO, Renan. *Código civil comentado: obrigações (arts. 233 a 420)*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. 2.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações*. (coord.) Teixeira, Sálvio de Figueiredo. v. V, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. (coord.) Teixeira, Sálvio de Figueiredo. v. V, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MATTIA, Fábio de Maria. Cláusula penal pura e cláusula penal não pura. *Revista dos Tribunais*, v. 56, n. 383, 1967.

MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995.

MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, t. 2.

MONTEIRO, Antonio Joaquim de Matos Pinto. Cláusula penal e comportamento abusivo do credor. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2003.

MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4.

NANNI, Giovanni Ettore. Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo. Alexandre Dartanhan de Mello Guerra *et al.* (coord.) NANNI, Giovanni Ettore. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 669.

NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro, GZ, 2009.

NOGUEIRA, Ana Carolina Del Picchio. *Ensaio sobre cláusulas penais*. 2013. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/ensaio-sobre-clausulas-penais/> Acesso em: 29 dez 2023.

NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações (generalidades-espécies)*. Rio de Janeiro: Forense, v. II.

ORDENAÇÕES FILIPINAS, L. IV, t. LXX. *Das penas convencionaes, e judiciais, e interesses, em que casos se podem levar*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733> , acesso em 08/2023.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, v. II.

PINTO, Carlos Alberto da Motta. *Teoria geral do direito civil*. 4 ed. Coimbra: Coimbra, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado* 3 ed. São Paulo: RT, 1984, t. XXIV.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado* 3 ed. São Paulo: RT, 1984, t. XXVI.

PORFÍRIO, Francisco. *Dialética*. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/> Acesso em: 22 dez 2023.

RIBAS, Antônio Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro: parte geral*. Rio de Janeiro: Garnier, 1880, t. II.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito

da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item>. Acesso em: 20 nov 2023.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Parte geral das obrigações*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Parte geral das obrigações*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal . A pena privada nas relações negociais*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

SALVAT, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino III. Obligaciones en general*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1952, t. 1.

SEABRA, André S. Limitação e redução da cláusula penal. São Paulo: Almedina Brasil, 2022.

SERPA LOPES, Miguel Maria de .*Curso de direito civil. Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966, v. 2.

SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A cláusula penal e a quadratura do círculo: as funções da cláusula penal depois do novo Código Civil Brasileiro. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. (Coords.). *A evolução do direito empresarial e obrigacional. Os 18 anos do código civil. Obrigações e contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, v. 2.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. *Biblioteca de Direito Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: RT, 2007.

SILVA, Leonardo Di Cola N. *Cláusula penal e o código civil de 2002*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 80-84. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8328/1/Acesso em: 12 dez 2023>.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.999.836*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/02032021>. Acesso em: 31 dez 2023.

TEPEDINO, Guastavo; KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos sobre a cláusula penal a partir da superação da tese da dupla função. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil* , v. 31, n. 4, p. 353-366, 2022. Disponível em: <https://www.jur.puc-rio.br/wp-content>. Acesso em: 20 dez 2023.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a cláusula penal compensatória. *Temas de direito civil*, t. II.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. I.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral (generalidades-espécies)* 7 ed. Coimbra: Almedina, 1997, v. II.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*. Cape Town: Juta, 1990.