

JUDITH MARTINS-COSTA

Livre-Docente pela Universidade de São Paulo. Professora da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutora em Direito pela USP.

COMENTÁRIOS AO NOVO CÓDIGO CIVIL

Do Inadimplemento das Obrigações

Volume V

Tomo II

(Arts. 389 a 420)

Coordenador

SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA



Rio de Janeiro
2009

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SÃO PAULO
BIBLIOTECA

LOCALIZAÇÃO
E. 57
P. 8
N. 6-2
M.R. 34587

CLASSIFICAÇÃO
342.01
736.9c

1ª edição – 2003
2ª edição – 2009

© Copyright
Judith Martins-Costa

CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

M347c
t.2
Martins-Costa, Judith, 1952 –
Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. / Judith Martins-Costa. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.
Conteúdo: v. 5, t. II. Artigos 389 a 420
Inclui bibliografia
ISBN 978-85-309-2656-4
1. Brasil. [Código civil (2002)]. 2. Obrigações (Direito). I. Título.
030435. CDU 347.44

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafadores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei nº 9.610/98).

A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição, aí compreendidas a impressão e a apresentação, a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo. Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela
COMPANHIA EDITORA FORENSE

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Endereço na Internet: <http://www.forense.com.br> – e-mail: forense@grupogen.com.br
Av. Erasmo Braga, 299 – 1º e 2º andares – 20020-000 – Rio de Janeiro – RJ
Tel.: (0XX21) 3380-6650 – Fax: (0XX21) 3380-6667

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

A Miguel Reale Júnior, companheiro na aventura de cada dia, companheiro também na redação destes Comentários.

Em memória de meu pai, Professor Antônio de Almeida Martins Costa Neto, quem primeiro me fez compreender o Direito das Obrigações e, portanto, amar o Direito.

CAPÍTULO V DA CLÁUSULA PENAL

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

Direito Anterior – No Direito anterior ao Código de Beviláqua, regra semelhante era aceita por via da doutrina, em razão do Direito Romano (Cód., 8, 38, 1.12), não sendo necessária a constituição em mora para incorrer na pena. No *Esboço*, de Teixeira de Freitas, art. 992. No Código de 1916, art. 921.

Legislação Comparada – Código Civil Francês, art. 1.230; Código Civil Alemão, parágrafo 339; Código Civil Espanhol, art. 1.152, 2ª parte; Código Civil Argentino, arts. 654 e 657; Código Civil Chileno, art. 1.537; Código Civil Uruguaio, art. 1.368; Código Civil Italiano, art. 1.382; Código Civil Português, art. 809º e art. 810º.

COMENTÁRIOS

1. A cláusula penal. Sentido das modificações estruturais

No Código de 1916 a cláusula penal vinha tratada entre as modalidades das obrigações, classificação merecedora de críticas,¹ pois o *locus* adequado, do ponto de vista sistemático e científico, é aonde agora vem posto o instituto, no capítulo referente à inexecução das obrigações: é que entre as suas funções está, justamente, regular os efeitos do

¹ Por exemplo, SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil: Obrigações em Geral*. 7ª ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, nº 111, p. 148.

inadimplemento imputável e culposo. Essa nova sistematização auxilia a melhor compreender a própria noção de cláusula penal.

1.1. Estrutura dada à matéria pelo Código

Dizemos ser acertada a opção do Código Civil, ao deslocar as regras relativas à cláusula penal do Título referente às modalidades das obrigações, para situá-las ao lado do regime do inadimplemento, porque a cláusula penal só adquire eficácia em caso de inadimplemento, seja definitivo ou não (mora). Assim sendo, diversamente do Código de 1916 – que iniciava o trato da matéria apontando as modalidades da cláusula penal (arts. 916, 917, 918 e 919) – o vigente Código ataca, primeiramente, a sua eficácia, apontando os seus pressupostos: determina no art. 408, incorrer de pleno direito o devedor na cláusula penal desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação, ou incorra em mora.

Ainda como inovação, expurgou-se a regra do art. 923 do Código de 1916, por inutilidade, já que a mesma tinha explicação no caráter subsidiário da cláusula penal, sendo mera consequência deste caráter, que permanece.

Por outro lado, manteve o Código a tradição de não definir a cláusula penal, opção novamente acertada, pois permite à doutrina reconstruir os elementos do conceito sob uma perspectiva funcional, conforme o complexo das funções efetivamente desempenhadas pela figura segundo o escopo visado pelas partes, uma vez que o modelo jurídico da cláusula penal, coligado ao princípio da autonomia privada, presta-se a distintas finalidades: (a) visa a reparar o credor por meio da *prefixação das perdas e danos*; (b) ou tem por escopo estimular o devedor ao adimplemento

através da ameaça de uma outra prestação que o credor terá a faculdade de exigir, ou de maneira (b.1) *substitutiva* à prestação, a título sancionatório; ou (b.2) de modo *cumulativo* à execução específica da prestação ou à indenização pelo inadimplemento, como melhor explicitaremos ao tratar das espécies de cláusula penal (itens 2.2. a 2.2.6., *infra*).

2. Noção de cláusula penal: observações introdutórias

Gerada pelo exercício da autonomia privada, a cláusula penal é uma figura complexa. Consiste, fundamentalmente, na estipulação em que ambas as partes, ou uma delas apenas, se obriga(m) antecipadamente, perante a outra, a efetuar certa prestação, normalmente em dinheiro, em caso de inadimplemento de determinada obrigação, para proceder à liquidação do dano ou para compelir o devedor ao cumprimento. Trata-se de *promessa condicional de prestação*, caso se verifique o não-cumprimento da obrigação principal, isto é, da obrigação cujo cumprimento a cláusula visa assegurar,² podendo consistir em prestação pecuniária ou não, também se admitindo “cláusula cujo conteúdo seja a prática de ato ou mesmo uma abstenção por parte do inadimplente (v.g., se não construir a casa dentro do prazo convencionado o empreiteiro deverá fazer mais um quarto).³

2 Assim, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1959, tomo XXVI, § 3.112, p. 62 e PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indenização*. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 601 *et seq.*, e, resumidamente, em “Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor”, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, nº 25, pp. 116-117, 2004.

3 WALD, Arnoldo. *Obrigações e Contratos*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 159.

2.1. Acessoriedade e condicionalidade

A cláusula penal vem comumente descrita como uma *cláusula acessória* em que se impõe, convencionalmente, uma sanção econômica, de regra em dinheiro (podendo também consistir em outro bem pecuniariamente estimável), contra a parte inadimplente de uma obrigação. cremos, todavia, que a acessoriedade, embora elemento essencial da figura,⁴ não aponta à característica principal da cláusula, qual seja: a cláusula penal configura uma *promessa condicional de prestação*, geralmente de caráter pecuniário, a ser atuada para o caso de o devedor não cumprir a prestação, ou cumpri-la inadequadamente.⁵ Na lição de Pontes de Miranda, a cláusula penal é pena negocial, promessa condicional de prestação,

“prestação, de ordinário em dinheiro, que alguém, devedor ou não, promete, como pena a que se submete, para o caso de não-cumprir a obrigação, ou não a cumprir satisfatoriamente, ou para o caso de se dar algum fato, concernente ao negócio jurídico, ou não se dar”.⁶

Assim sendo, a cláusula penal, ou “pena convencional”, constitui uma prestação que o devedor promete como pena ao credor, condicionalmente, para o caso de haver o inadimplemento, em qualquer das suas espécies: ou para o caso de incumprimento definitivo; ou em caso de mora; ou, ainda, para a garantia de uma cláusula especialmente destacada no contrato; ou para o caso de indenizar dano resultante de vio-

4 Ver comentários ao art. 409, item 2.1.

5 ENNECERUS; LEHMANN. *Derecho de Obligaciones*. Tradução espanhola de Puig Brutau. Barcelona: Bosch, 1954, vol. 1, § 37, p. 187.

6 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1959, tomo XXVI, § 3.112, p. 62.

lação positiva do contrato, podendo estar vinculada a qualquer espécie de dever (deveres de prestação, principais ou secundários, deveres de proteção, ou laterais)⁷ conquanto sirva, habitualmente, ao descumprimento da *obrigação principal* estatuída no negócio. Este traço faz com que a obrigação principal influia decisivamente sobre a cláusula penal, do que decorrem importantes diferenças relativamente a outras obrigações condicionais.⁸

Conquanto a qualificação de Pontes de Miranda aponte à natureza jurídica da cláusula, não por aí se esgota a sua noção, pois a “natureza” dos institutos jurídicos, não sendo essencialista, está ligada a uma perspectiva finalista e funcional. Assim, para alcançá-la é necessário ainda visualizar as suas *finalidades* (indenizar ou coagir), que conduzirão às *espécies* (cláusula de fixação antecipada da indenização; cláusula penal em sentido estrito ou próprio; e cláusula penal puramente coercitiva), distinguindo-se ainda as *modalidades* (moratória e compensatória), pois há cruzamento entre as espécies, finalidades e as *modalidades*.⁹

2.2. As espécies de cláusula penal tendo em vista a finalidade que lhe é cominada: uma perspectiva de distinção funcional

Creemos não ser possível alcançar a noção de cláusula penal divorciadamente da *perspectiva finalista e funcional*. Pela finalidade atingiremos o escopo visado pelas partes ao declararem vontade e pela função evidenciaremos o fato de a eficácia da cláusula penal poder ser

7 FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das Obrigações*. Biblioteca de Direito Civil – Estudos em Homenagem a Miguel Reale. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, vol. 7, p. 234.

8 ENNECERUS; LEHMANN. *Derecho de Obligaciones*. Tradução espanhola de Puig Brutau. Barcelona: Bosch, 1954, vol. 1, § 37, p. 187.

9 Ver itens 2.2.2 a 2.2.6 a seguir.

inserida, de maneira variada e complexa, em diversas funções jurídicas que – como sabemos –, constituem funções econômico-sociais dotadas de relevância jurídica.

A cláusula penal pode ter duas *finalidades*: (a) *indenizar* – estabelecendo, prévia e *substitutivamente*, o valor das perdas e danos para o caso de inadimplemento culposos da prestação – ou (b) *coagir ao cumprimento*, mediante um “estímulo”, “pressão” ou “ameaça” ao devedor. Essa “pressão” pode ser feita por dois modos, ou formas: (b.1) ou o devedor é pressionado ao cumprimento porque, se não cumprir, o credor terá a faculdade de exigir, *em vez da prestação* que o devedor se recusa a cumprir, uma *outra prestação*, visando contemplar a *satisfação do interesse do credor*, que, então, *substituirá* a prestação devida; ou (b.2) por meio da dação, ao credor, de um *plus*, como algo que *acresce* à execução específica da prestação ou à indenização pelo não-cumprimento.

Em vista da distinta *finalidade* que as partes podem atribuir à cláusula penal que decidam pactuar, são oferecidas, pela doutrina, duas respostas que se refletem na qualificação de sua natureza jurídica, na discriminação de suas espécies (há duas espécies, ou apenas uma, híbrida?) e do seu regime, carreando alguns importantes problemas de ordem prática conforme a tese adotada.

2.2.1. Tese da natureza híbrida da cláusula penal

A primeira resposta à questão de saber qual é a natureza da cláusula penal adota uma perspectiva que agrega, sob um conceito unitário, uma duplicidade de funções,¹⁰ com o que se conclui haver *uma só es-*

10 Foi essa perspectiva que acolhemos na 1ª edição destes Comentários e que vai agora alterada pelas razões explicitadas no item 2.2.2. É a perspectiva tradicional e ainda majoritária, tendo sido adotada, entre outros, por Clóvis BEVILÁQUA (*Código Civil dos Estados Unidos do Bra-*

pecie, cuja natureza é, contudo, “mista”, “ecclética” ou “híbrida”, a *um só tempo* destinada a estimular o devedor ao cumprimento e a liquidar antecipada e convencionalmente o dano.

A tese da natureza mista e da dupla função tem como consequência afirmar que a cláusula penal constitui sempre um meio de pré-avaliação do dano que agrega uma função sancionatória, ainda que seja esta última meramente eventual, tudo dependendo, na circunstância concreta, de o seu montante superar o *quantum* indenizatório a que, sem ela, o credor teria direito. Se superior ao dano, a cláusula terá uma finalidade de indenização sancionatória; se inferior ao dano aquele montante pactuado, a cláusula atuará como uma limitação convencional da indenização.¹¹ Assim, a mesma figura prosseguiria uma função coercitiva e uma função indenizatória *ao mesmo tempo*, tratando-se, pois, de uma *indenização sancionatória*, sendo a função compulsivo-sancionatória atuada através da indenização.¹²

sil comentado, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, vol. 2, p. 54), J. M. CARVALHO SANTOS (*Código Civil brasileiro interpretado*, Direito das obrigações. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, vol. XI, p. 300), LACERDA DE ALMEIDA (*Obrigações*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Typographia “Revista dos Tribunaes”, 1916, p. 184), PONTES DE MIRANDA (*Tratado de direito privado*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Borsó, 1959, v. XXVI, p. 59); Washington de BARROS MONTEIRO (*Curso de direito civil*, Direito das obrigações, 1ª parte, pp. 336-337); Caio Mário DA SILVA PEREIRA (*Instituições de direito civil*, pp. 145-146); Rubens Limongi França (*Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 142); Silvio RODRIGUES (*Direito civil. Parte geral das obrigações*, vol. II, p. 263), e, presentemente, por Maria Helena DINIZ (*Curso de direito civil brasileiro. Teoria geral das obrigações*, 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 2, p. 406); Arnaldo Wald (*Curso de direito civil brasileiro. Obrigações e contratos*. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 160-161); Silvio VENOSA (*Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, pp. 165-170) e Christiano CASSETTARI. “Cláusula Penal: Uma Releitura de Acordo com o Novo Direito Civil que se Constrói”. Dissertação de Mestrado. Professor Orientador Francisco José CAHALI, PUC/SP. São Paulo, 2007, p. 45.

11 Para um exame crítico v., por todos: PINTO MONTEIRO, Antonio. *Clausula Penal e Indenização*. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 17 et seq.

12 PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indenização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 647.

Se adotada essa tese – que unifica a multiplicidade funcional sob um mesmo conceito e amálgama a natureza jurídica sancionatória e a indenizatória – o regime jurídico dos arts. 408 a 416 se aplicará *indistintamente* seja qual for a espécie de cláusula penal, sendo idêntico o poder-dever do juiz, por exemplo, para reduzir o montante em caso de excessividade ou, ainda, sendo sempre irrelevante a existência, ou não, de dano.

2.2.2. Tese da duplicidade de espécies de cláusula penal

Recentemente a doutrina passou a inclinar-se à tese oposta,¹³ rejeitando a idéia de uma “natureza híbrida” agregadora de dupla função. Concluindo pela necessária *distinção entre duas espécies* de cláusula

13 Mesmo a legislação de alguns países tem adotado a tese da distinção. É tradicional no sistema da *common law* a distinção entre a cláusula de índole compulsória (*penalty clause*) e a cláusula com finalidade meramente indenizatória (*liquidated damages clause*), sendo a primeira (*penalty clause*) proibida. No direito germânico, conquanto a cláusula penal (*Vertragsstrafe*) tenha sido concebida como figura suscetível de desempenhar a dupla função coercitiva e indenizatória, o Supremo Tribunal passou a realizar, a partir dos anos 60 do séc. XX, a distinção entre a cláusula penal (*Vertragsstrafe*) e cláusula de fixação antecipada da indenização (*pauschalierter Schadenersatz*), a primeira tendo a finalidade de pressionar o devedor ao cumprimento, ainda que se destinando a prefixar a soma da indenização e a segunda voltada apenas a liquidar antecipadamente o dano; no Código Civil francês há a previsão, nos arts. 1.226 a 1.233, da cláusula penal como medida coercitiva, destinada a assegurar a execução de uma convenção e, concomitantemente é prevista, no art. 1.152, uma cláusula de perdas e danos (*dommages-intérêts*) como fixação antecipada da indenização, recomendando a autorizada doutrina de Viney a consideração de duas figuras diferentes, a saber: *forfait conventionnel d'indemnisation* e *clause pénale*. No Direito italiano também é feita a diferenciação entre “*clausola penale*” e “*liquidazione convenzionale del danno*” (art. 1.209 e 1.212), conquanto a opinião doutrinária não seja pacífica quanto à tese da unitariedade ou da distinção. No direito português, por construção jurisprudencial (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de novembro de 1983) e doutrinária, se aceita a tese da distinção. (Para essas notas v. PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indenização*. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 474-571; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das Obrigações*. Biblioteca de Direito Civil – *Estudos em Homenagem a Miguel Reale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, vol. 7, pp. 237 a 245. VINEY, Geneviève. *La responsabilit civile: effets*, in: *Traité de Droit Civil*, tomo V, dir. GHESTIN, Jacques, pp. 318-319, Paris, 1988; CABRILLAC, Rémy. *Droit des Obligations*. 7ª ed., Paris: Dalloz, 2006, p. 131.

penal consoante a *finalidade concretamente visada pelos contraentes*, atribui, a cada uma delas natureza jurídica distinta e regimes jurídicos parcialmente diferenciados.¹⁴

As espécies de cláusula penal se distinguem pelos diferentes escopos a que estão voltadas não sendo completamente coincidentes os regimes jurídicos incidentes, correspondendo àquela dúplici finalida de acima referida, a saber: (a) de fixação antecipada da indenização (*cláusula de fixação de perdas e danos*); e (b) de coerção ou pressão ao adimplimento, cabendo lembrar que esta última apresenta duas vertentes, (b.1) uma, com caráter substitutivo à prestação (*cláusula penal em sentido estrito, ou próprio*) e outra, (b.2) sendo exclusivamente compulsória-sancionatória (*cláusula penal puramente coercitiva*), agregando-se como um *plus* à execução específica da prestação ou à indenização pelo inadimplimento.

Segundo essa tese, a pena compulsória é sanção, *tout court*, pressionando o devedor a cumprir, podendo ou acrescer à indenização ou, de *per si*, satisfazer o devedor no caso de inadimplimento, já não como “indenização”, mas como prestação alternativa;¹⁵ já a fixação convencional das perdas e danos é verdadeira e própria indenização, prévia e legitimamente acordada no âmbito da autonomia privada.

Vejam, pois, essas duas espécies de cláusula penal, apontando, oportunamente (item 2.2.6.) às particularidades dos regimes jurídicos incidentes.

14 PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indenização*. Coimbra: Almedina, 1999.

15 Assim, a cláusula penal satisfaz, em caso de inadimplimento da prestação originalmente acordada, o que dispensa o recurso à indenização, como esclarece PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indenização*. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 647-648.

2.2.3. Cláusula de fixação antecipada da indenização (função resarcitória, ou de prefixação do dano)

Ao comentar o art. 918 do Código de 1916, Beviláqua apontava, em primeiro lugar, a essa função, afirmando consistir, a cláusula penal, em uma “prefixação das perdas e danos pela inexecução da obrigação ou pelo retardamento dela”.¹⁶ Desde logo, associava, pois, à cláusula penal a idéia de um ato de *liquidação preventiva* de um dano, eventual e futuro, produzido ou pelo inadimplimento definitivo, ou pela mora, de sorte que a figura deveria traduzir a medida (estimada) do dano, tendo, assim, função *ressarcitória*.

Fundado nas origens históricas do instituto, Silvio Rodrigues preconizava ser esta a “função mais importante da cláusula penal”.¹⁷ Tal função – também dita “estimativa” do dano – decorre da própria convenção, uma vez que as partes fixam, convencionalmente, as conseqüências derivadas do incumprimento da obrigação principal.

Para compreender a sua importância basta pensar que, comumente, as partes, quando contratam, prevendo a possibilidade do inadimplimento, encontram diante de si uma alternativa: ou podem recorrer ao procedimento ordinário e pleitear as perdas e danos, nos termos dos arts. 395 e 402, sujeitando-se às delongas e às incertezas do procedimento judicial – porém, tendo a chance de receber completa indenização pelo prejuízo sofrido ou, se quiserem evitar as delongas da execução judicial, podem desde logo pactuar um montante indenizatório que será devido havendo inadimplimento. Assim, este ocorrendo por culpa do devedor,

16 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1930, vol. IV, p. 70.

17 RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral das Obrigações*. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, vol. 2, nº 43, p. 85.

o credor pode pedir diretamente a importância pré-fixada na cláusula penal, que corresponde às perdas e danos estipulados *a forfait*. A pena estipulada atuará como substituto da indenização, *ne varietur*, salvo se as partes tiverem expressamente convencionado a possibilidade de indenização suplementar, que obedecerá, quanto ao que eventualmente exceder ao teto fixado na cláusula penal, o regime da indenização “comum” pelo inadimplemento. Como se percebe, a cláusula penal facilita o recebimento da indenização, porque poupa, ao credor, o trabalho de provar, judicialmente, o montante de seu prejuízo, a fim de alcançar indenização.¹⁸ Como explica Rodrigues,

“De fato, se o inadimplemento ocorrer sem que haja cláusula penal, o credor, depois de vencedor na lide, deve mostrar judicialmente o montante do seu dano e, se não conseguir fazê-lo, não obtém ressarcimento. Havendo, entretanto, cláusula penal, fica o interessado dispensando não só de provar como até mesmo de alegar qualquer dano, pois a convenção que estipulou a multa parte do pressuposto de que o inadimplemento acarreta prejuízo, o qual pode ser coberto com a pena.”¹⁹

Também Pontes de Miranda observa que o assentar a indenizabilidade dos danos – no caso de não ser pecuniária, ou ser de difícil avaliação a prestação prometida – constitui uma das funções “mais presentes” da cláusula penal. Isto porque o credor pré-exime-se do ônus de

18 RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral das Obrigações*. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, vol. 2, nº 43, p. 87.

19 RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral das Obrigações*. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, vol. 2, nº 43, p. 87. Porém, como veremos mais adiante (comentário ao art. 416) dependendo do regime adotado e estando diante de uma cláusula de fixação antecipada de indenização, a prova do devedor quanto à ausência de dano, por exemplo, pode repercutir na exigibilidade/revisão da cláusula.

provar ter havido dano ou prejuízo, livrando-se, também, da objeção da falta de interesse patrimonial.²⁰ As vantagens são mútuas, como esclarece Pinto Monteiro:

“Ao mesmo tempo em que o credor se furta ao encargo de ter que provar a extensão do prejuízo efectivo, o devedor previne-se quanto a uma indemnização avultada, superior às suas expectativas. Numa palavra, acordando-se *no montante indenizatório predeterminado*, as vantagens e os inconvenientes que daí poderão advir são partilhados pelos dois contraentes: ambos conhecem, de antemão, as conseqüências de um eventual inadimplemento, e um e outro se submetem ao risco de o prejuízo efectivo ser consideravelmente menor ou maior que a soma prevista”.²¹

Daí a razão pela qual, escolhendo as partes acordar a cláusula penal de pactuação prévia das perdas e danos, e uma vez ocorrendo o inadimplemento o credor não pode optar por receber a indenização nos termos gerais, afastando a cláusula: a pena é estipulada como um *substituto da indenização*, o acordo vinculando ambas as partes ao montante predeterminado, conquanto as partes possam pactuar a indenização suplementar, como prevê o parágrafo único do art. 416.

A cláusula penal só incide, todavia, se o inadimplemento se dever à culpa do devedor, como melhor apontaremos ao examinar os pressupostos do art. 408 (item 5, *infra*).

20 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1959, tomo XXVI, § 3.112, pp. 59 e 60.

21 PINTO MONTEIRO, Antonio. “Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor”, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, nº 25, p. 122, 2004.

2.2.4. Cláusula penal em sentido estrito (função coercitiva por meio da pressão ao cumprimento)

Anota Pontes de Miranda:²² “para estimular o devedor ao adimplemento do contrato, soem estipular os credores que, em caso de infração do contrato, fique o devedor com o dever de fazer outra prestação, que, de regra, é em dinheiro”.²³ Do mesmo modo é a doutrina de Larenz,²⁴ para quem a finalidade da cláusula penal é de, em primeiro lugar, estimular o devedor ao cumprimento do contrato. Vem aí posta a luz na finalidade da cláusula penal de estimular o devedor ao cumprimento e assim atuar como garantia da dívida. Nesse sentido, ainda, Caio Mário da Silva Pereira, para quem a finalidade essencial da pena convencional é o reforçamento do vínculo obrigacional, sendo esse o caráter que “mais assiduamente se apõe à obrigação.”²⁵

Esse estímulo ao “reforço” ao cumprimento, é bem verdade, se apresenta por meio de uma coação indireta ao devedor, de um “constrangimento de sua vontade, impulsionando-o ao regular cumprimento da obrigação principal, sob a coerção das conseqüências derivadas da aplicação da pena”.²⁶

Assim ocorrerá, por exemplo, quando, na fixação do seu montante, determina-se um valor deliberadamente acima daquele que é *previsível*

22 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1959, tomo XXVI, § 3.112, p. 59.

23 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1959, tomo XXVI, § 3.112, p. 59.

24 LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, tomo. I, p. 369.

25 SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, vol. II, n° 149, p. 94.

26 GÓMEZ, Juan José Blanco. *La Cláusula Penal en las Obligaciones Civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*. Madrid: Dykinson, 1996. p. 15.

para o dano, justamente para que essa quantia possa funcionar como um incentivo maior do que aquele resultante da obrigação de indenizar.²⁷ Tem-se, portanto, coligada à função *garantista* (para o credor), uma função *preventiva* (do inadimplemento) e *dissuasória* (para o devedor), ainda que não garanta, efetivamente, que a obrigação principal será cumprida e nem outorgue nenhuma preferência ao credor, como a que lhe é alcançada por uma garantia real. O papel *dissuasório*, em relação ao devedor, está em que este é constrangido a estimar que é mais vantajoso cumprir a obrigação do que suportar a pena.

Ao exigir a cláusula penal o credor estará “a colocar a pena no lugar da prestação inicial, pelo que o cumprimento daquela impedirá, obviamente, de exigir a indenização”.²⁸ Por isso não há, nessa espécie, a possibilidade de opção: pactuada a cláusula e o devedor não cumprindo culposamente a prestação, ao credor caberá exigir, a título sancionatório, a cláusula penal, que terá caráter *substitutivo* à prestação, pois seu valor contempla a satisfação do interesse do credor.²⁹ Há, portanto, a reunião de dois aspectos: a pressão ao devedor *mais* o oferecimento, ao credor, de uma prestação satisfativa.

A finalidade compulsiva da cláusula penal também é obtida por uma outra espécie (a rigor, uma subespécie de cláusula penal coercitiva) qual seja, a cláusula penal puramente coercitiva.

27 PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indenização*. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 653-654.

28 PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indenização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 648.

29 PINTO MONTEIRO, Antonio. “Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor”, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n° 25, pp. 116-117, 2004.

2.2.5. Cláusula penal puramente coercitiva

Nesse caso o montante acordado não valerá como substituição à prestação devida, mas se *agregará* à indenização (ou à prestação a final realizada). Tal ocorre quando a cláusula penal é pactuada com o intuito “exclusivamente compulsivo-sancionatório”.³⁰ Atua como estímulo ao adimplemento, através da ameaça, ao devedor, de ter que efetuar uma outra prestação, mais gravosa, a especificidade residindo no fato de a cláusula ser acordada como um *plus*, como algo que *acresce* à execução específica da prestação ou à indenização pelo inadimplemento.

Nenhum problema haverá ao estabelecimento dessa cláusula se os contratantes se ativerem aos limites de validade e de licitude postos no próprio Ordenamento. Especialmente nos contratos pactuados por adesão (embora não exclusivamente nestes) é dever do intérprete averiguar se a cláusula não é lesionária e se não desborda, manifestamente, da boa-fé, dos bons costumes e da finalidade econômica e social do negócio.

A essa espécie de cláusula penal não é necessariamente estranho um caráter punitivo, evidenciado, por exemplo, nos casos em que as partes acordam que, não cumprindo no prazo ou cumprindo defeitosamente a obrigação, o devedor pagará determinada soma a uma instituição de caridade. Não haveria, aí, nenhuma “indenização”, nem “substitutividade” na prestação, mas pura coação ao cumprimento, com vantagem para o terceiro (instituição de caridade) legitimado a receber, sendo-lhe por tudo estranho o caráter indenizatório. O caráter punitivo desta espécie de cláusula penal tem sido obscurecido, não só em face da regra do art. 412, como em razão de antigos preconceitos contra o

30 PINTO MONTEIRO, Antonio. “Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor”, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n° 25, p. 124, 2004.

acolhimento de qualquer coisa que se assemelhe a uma “pena privada” no Direito Privado.³¹ Autores, como Gómez, crêem não haver motivo algum que possa justificar qualquer reticência a respeito, pois “é suficientemente sabido” que a genuína função coercitiva da cláusula penal pouco tem a ver com a categoria conceitual das penas civis, não havendo porque esconder o fato de que a eventual coerção/sanção do devedor inadimplente persegue, realmente, um fim de castigo próprio, distinto, segundo o caso, de uma execução forçada, ou de um ressarcimento do dano.³² O fato é que, entendendo-se a palavra “pena privada” num sentido amplo, com o caráter de “punição acordada entre privados” não se pode negar à cláusula – quando a finalidade é coercitiva, e não meramente indenizatória – o papel de sancionar o culpado pela mora ou pelo inadimplemento.³³

31 A doutrina tradicional chega a empregar o termo “repugnância” na introdução do elemento penal. Assim SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil: Obrigações em Geral*. 7ª ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, n° 116, p. 155, aludindo a POLACCO. Referimos este preconceito, e a sua atual ultrapassagem no texto “Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza de sua Reparação”, in MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, garantias e direitos Constitucionais Fundamentais no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 408-446. Lembrando o célebre dito de von Jhering, segundo o qual “a história da pena privada é a história da sua decadência”, procuramos delinear os traços históricos da figura: no Direito Romano, a pena privada não se confundia com pena aplicada “pelos privados” ou como resultado de uma “justiça privada”, mas como a forma de punição atrelada ao *delictum*, conceito originalmente próprio ao *ius civile* (mais tarde estendido ao *ius honorarium*), e, por isto, distinto do *crimen*, ato contrário ao Direito castigado pelo Direito Penal Público. Mais recentemente voltamos ao tema em: “Usos e Abusos da Função Punitiva – *punitive damages* e o Direito Brasileiro”, em co-autoria com Mariana Souza Pargendler, in *Revista CEJ* (Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal), Brasília, n° 28, pp. 15-32, 2005 (Também publicado in *Revista AJURIS*, vol. 100, pp. 229-262, dezembro de 2005).

32 GÓMEZ, Juan José Blanco. *La Cláusula Penal en las Obligaciones Civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*. Madrid: Dykinson, 1996. p. 15.

33 STJ, AgRg. no REsp. n° 844579/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª Turma, j. em 22.03.2007, DJ de 28.05.2007, p. 335. Ementa: Consumidor. Mútuo bancário. 1. Encargos exigíveis após o vencimento da obrigação. A prática bancária denominou de comissão de permanência as obrigações exigíveis do mutuário após o vencimento do empréstimo, mas, dependendo do contrato,

2.2.6. Diferenças nos regimes jurídicos

Diante dessa distinção entre as espécies aponta-se à existência de certas peculiaridades na incidência do regime jurídico, o que é alcançado por via de argumentos de ordem lógica, sistemática e teleológica. Por exemplo, se a cláusula penal foi pactuada como cláusula de perdas e danos (finalidade de prévia liquidação do dano), o juízo sobre a redução do dano, previsto no art. 413, deverá ter em conta o critério da proporcionalidade, pois a natureza da cláusula é francamente indenizatória. Já se foi pactuada cláusula penal em sentido estrito, ou puramente coercitiva (finalidade compulsivo-sancionatória, visando-se gerar pressão no devedor de modo a estimulá-lo ao adimplemento), o foco está no cumprimento, e não no dano.³⁴ O juízo sobre o grau da redução, portanto, atuará diferentemente quer se trate de uma ou de outra espécie.³⁵

Também assim a consideração da regra do art. 416, segundo a qual não é necessário que o credor alegue prejuízo: se o devedor provar a inexistência do prejuízo haverá conseqüências diferentes caso se trate de uma cláusula penal de fixação das perdas e danos ou de uma cláusula

a expressão pode designar ora os juros remuneratórios simplesmente, ora os juros remuneratórios + os juros moratórios, ora, finalmente, os juros remuneratórios + os juros moratórios + a multa contratual; para efeitos práticos, seja qual for o rótulo que se lhes dê, após o vencimento do débito são exigíveis, cumulativamente, os juros remuneratórios (para manter a base econômica do negócio), os juros de mora (para desestimular a demora no cumprimento da obrigação) e a multa contratual (para punir o inadimplemento) (...).

34 FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das Obrigações*, Biblioteca de Direito Civil – *Estudos em Homenagem a Miguel Reale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, vol. 7, p. 241.

35 PINTO MONTEIRO, Antonio. “Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor”, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, nº 25, p. 126, 2004.

penal em sentido estrito, como melhor apontaremos nos comentários àquela regra, conquanto, a depender do regime adotado e estando diante de uma cláusula de fixação antecipada de indenização, a prova do devedor quanto à ausência de dano, por exemplo, possa repercutir na exigibilidade e na revisão da cláusula.

2.3. As modalidades de cláusula penal: moratória e compensatória

Às espécies – cláusula penal de fixação de perdas e danos, cláusula penal coercitiva (cláusula penal em sentido próprio) e cláusula penal puramente coercitiva – estão conectadas duas modalidades: a cláusula penal moratória e a cláusula penal compensatória, cuja distinção fundamental está na conseqüência jurídica que produzem.³⁶

2.3.1. Cláusula penal moratória

Diz-se que a cláusula penal é moratória quando se aplica em virtude de mora do devedor e sem prejuízo da exigência da prestação principal.³⁷ Seu traço essencial está na possibilidade de *acumulação* com a obrigação principal, como veremos ao comentar os arts. 409 e 411. À cláusula penal moratória em geral é imputada a finalidade de coagir ao cumprimento, como é característico da *cláusula penal puramente coercitiva*, pois em ambas a pena é acrescida à prestação principal, não tendo caráter substitutivo (finalidade puramente coercitiva, item 2.1.5., *supra*).

36 FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das Obrigações*. Biblioteca de Direito Civil – *Estudos em Homenagem a Miguel Reale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, vol. 7, p. 255.

37 WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro. Obrigações e contratos*, p. 162.

2.3.2. Cláusula penal compensatória

A cláusula penal compensatória se substitui à obrigação principal, sendo, nesse sentido, satisfativa, isto é, substitui a execução do dever originalmente previsto, como veremos ao comentar os arts. 409 e 410. Em regra, essa modalidade é a utilizada quando a finalidade buscada pelas partes é de estipular previamente as perdas e danos (finalidade ressarcitória ou “cláusula de previsão de perdas e danos”) ou quando há o inadimplemento definitivo da prestação. Porém, existe a possibilidade de pactuar cláusula penal compensatória (substitutiva da prestação principal) para o inadimplemento de cláusula especial e para os casos de inadimplemento parcial.

2.3.3. Síntese da posição adotada

A perspectiva dualista aqui adotada permite o discernimento entre funções, eficácias típicas, finalidades e espécies das cláusulas penais conforme o seguinte esquema sintético:

(i) *Função de indenizar. Eficácia de substituir* a prestação originalmente pactuada. Finalidade de liquidar previamente o dano. *Espécie*: cláusula penal compensatória (substitutiva) dita “cláusula de perdas e danos”.

(ii) *Função de coagir ao cumprimento*: a) *eficácia de substituir* a prestação originalmente pactuada. *Finalidade* coercitiva/satisfativa para o credor, na medida em que substitui a prestação originalmente pactuada. *Espécie*: cláusula penal compensatória (compensa na medida em que substitui a prestação originalmente pactuada), dita cláusula penal em sentido estrito; b) *eficácia de crescer* a prestação originalmente pactuada. *Finalidade* puramente coercitiva, para levar ao cumprimento. *Espécie*: cláusula penal moratória (não substitui a prestação original,

acrescenta um valor que é acumulado ao da prestação original), dita cláusula penal puramente coercitiva.

(iii) *Hipóteses em que há eficácia alternativa (ou substituir ou compensar)*: a) inexecução de apenas algumas das obrigações pactuadas ou quando pactuada cláusula penal em segurança de alguma cláusula especial: pode ser cláusula compensatória (substitutiva) ou moratória (cumulativa);³⁸ b) violação positiva do contrato: pode ser cláusula compensatória (substitutiva) ou moratória (cumulativa).³⁹

2.3.4. Importância da perspectiva funcional na sociedade contemporânea

Da conjugação entre as distintas finalidades, funções, espécies, modalidades e conseqüências jurídicas da cláusula penal resulta consistir a cláusula penal numa *figura complexa*, verdadeiramente multifuncional, motivo pelo qual deve o julgador, antes de aplicar qualquer das regras legais incidentes à cláusula penal, apurar o escopo ou finalidade buscada pelos contraentes com a estipulação da pena, a fim de *qualificar a espécie acordada* pelas partes, cabendo registrar que a designação dada pelos contraentes conquanto indiciária, nem sempre é rigorosamente indicativa da finalidade.⁴⁰ O decisivo será o exame do conteúdo da cláusula, cabendo averiguar se as partes pactuaram ser a soma devida mesmo na ausência de qualquer dano; o tipo de obrigação que sanciona; os interesses em jogo; os usos habitualmente seguidos no segmento do mercado em que pactuado o contrato considerado; a

38 Ver comentários ao art. 409, itens 2.4; 2.5; 2.5.1 e 2.5.2.

39 Ver comentários ao art. 409, item 2.4.

40 PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indenização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 640.

relação entre o valor da pena e os danos previsíveis;⁴¹ e todas as demais circunstâncias aptas a esclarecer a sua finalidade.⁴²

A cuidadosa e prévia qualificação da espécie, bem como a consideração das circunstâncias do caso, são imprescindíveis em face da multifuncionalidade da cláusula penal que, ademais, tem 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 arbitragem⁴³ pois entre os “grandes contratantes” é a própria Economia que se serve de *meios de pressão sobre o devedor*. Apresenta-se, assim, a cláusula penal como medida privada “capaz de fortalecer o próprio mecanismo contratual e de zelar pelo respeito dos compromissos assumidos”.⁴⁴

Essa questão, por sua complexidade sociológica não pode, por óbvio, ser aqui analisada, cabendo tão-só referir – concernentemente ao emprego da cláusula penal – que os problemas que daí advém não podem ser escamoteados: a própria *licitude* da cláusula penal deve ser apreciada tendo em vista não apenas o seu teor e as limitações legais acerca do *quantum* eventualmente incidente, mas, igualmente, o tipo de relação obrigacional na qual inserida a qualidade dos sujeitos envolvi-

41 Se o valor exceder o valor máximo dos danos se poderá concluir que não se trata de uma cláusula de fixação antecipada e convencional do quantum indenizatório, antes avultando a finalidade compulsória da pena, o que caracteriza a cláusula penal em sentido estrito. Porém, essa conclusão não é absoluta, esclarecendo o autor: “A relação entre o valor da soma e o dos danos *previsíveis* só será, pois, um factor decisivo para a qualificação da espécie em causa quando não for líquido o sentido que os contraentes quiseram efectivamente atribuir-lhe. Assim, se o devedor *conheceu* a vontade real do credor, apurada esta, é nesse sentido que deve valer a cláusula, ainda que a soma acordada não se mostre objectivamente adequada a este fim” (PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indenização*. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 640 e 642).

42 PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indenização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 640.

43 Lei n° 9.307, de 23 de setembro de 1996.

44 PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indenização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 659.

dos e a função que aí for concretamente chamada a desempenhar. Estes fatores, coligados, têm como norte de avaliação, a cláusula geral do art. 187 do Código Civil.

A contextualização é necessária porque a figura da cláusula penal serve admiravelmente bem à crescente demanda de meios de pressão sobre o devedor, na medida em que – como já observamos – a cláusula penal admite, para além das duas grandes finalidades (fazer pressão e indenizar), duas modalidades (moratória e compensatória). O “fazer pressão”, no entanto, está sujeito aos limites da licitude, não se admitindo, numa ordem econômica *normativamente* regulada, que o poderio econômico prevaleça sem freios, a ponto de se concluir que a “natureza do mercado” seja não apenas dominante, mas, por igual, absolutamente determinante.

2.4. Noção de cláusula penal, segundo a perspectiva adotada

Feitas essas distinções podemos já concluir o exame da noção de cláusula penal. Trata-se de um instituto que acopla uma *dualidade de manifestações*,⁴⁵ podendo ser estipulada ou como *sanção* – isto é, como *medida compulsória-sancionatória*, para incitar o devedor ao fiel cumprimento do pactuado – ou como *indenização* – vale dizer, por meio do estabelecimento *forfataire* das perdas e danos no caso de inadimplemento culposos.

No *sentido estrito* a cláusula penal tem, pois, a natureza de uma *sanção* que pode ser estabelecida como pressão ao devedor, nada acrescentando à indenização, pois se coloca como *alternativa* à prestação ori-

45 A expressão é de PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indenização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 674.

ginalmente devida; ou como pura sanção, não substituindo a prestação, mas acrescentando a esta (ou à indenização pelo inadimplemento). Quando pactuada como cláusula de liquidação antecipada das perdas e danos, participa da natureza indenizatória, não tendo caráter coercitivo nem sancionatório.

3. Distinção entre cláusula penal, cláusula de garantia, sanção pecuniária compulsória e outras formas de sanção e de indenização predeterminada

Os problemas práticos que a cláusula penal intenta resolver estão ligados ao cumprimento da obrigação. Porém, não é o único instituto voltado a esse escopo, razão pela qual não devemos confundir a cláusula penal com outras figuras que, direta ou indiretamente, se voltam à similar objetivo. Vejamos, em largos traços, alguns desses institutos.

a) Sanção pecuniária compulsória (astreintes, ou multas cominatórias). Tal qual a cláusula penal, as penas cominatórias constituem uma sanção compulsória de natureza pecuniária. Distinguem-se, todavia, ambas as figuras por variados traços: as penas cominatórias não são um “substitutivo” da indenização, antes configurando uma forma indireta de coerção sobre o devedor, imposta pelo juiz, por meio de uma ameaça pecuniária, configurando um instrumento de Direito Público, derivado ou da lei ou da imposição judicial⁴⁶ e não da autonomia privada; não têm caráter punitivo, apenas coercitivo; têm como destinatário o réu, e não o autor ou outros sujeitos do processo; podem ser fixadas independentemente do pedido; são estabelecidas por período de tempo, como dia ou hora, e, inclusive, seu valor pode ser alterado para mais

46 CPC, arts. 287, 461, 461-A, 644 e 645; CDC, art. 84.

ou para menos, conforme se mostre irrisório ou excessivo, a critério do juiz, não sendo, pois, *ne varietur* e não incidindo o art. 412 do Código Civil.⁴⁷

b) Arras (sinal). Trataremos das arras ao comentar os arts. 417 e ss., para lá remetendo a distinção.

c) Cláusulas de garantia. Cláusulas ou convenções de garantia são aquelas em que se estipula uma obrigação de garantia, vale dizer: o devedor assegura ao credor determinado resultado, assumindo o risco da não-verificação do mesmo qualquer que seja a sua causa.⁴⁸ Trata-se, em síntese, de uma promessa de indenização, caso o resultado não seja obtido, nem a impossibilidade objetiva exonerando o devedor, uma vez que esse, expressamente, assumiu o risco da não verificação do efeito ou resultado pretendido.⁴⁹ Só por esses traços genericamente alinhados percebe-se a distinção relativamente à cláusula penal que exige a culpa (e não o risco) como elemento de incidência.

d) Cláusulas limitativas de indenização. As cláusulas de não-indenizar (seja a cláusula de não-indenizar em sentido próprio, sejam as cláusulas de limitação da indenização) consistem em um acordo prévio entre as partes que decidem por afastar ou limitar o efeito da reparação de um dano eventualmente produzido na relação entre os contratantes.⁵⁰

47 V. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 e, mais recentemente AMARAL, Guilherme Rizzo. *As Astreintes e o Processo Civil Brasileiro – Multas do art. 461 do CPC e outras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

48 PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indenização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 265, esclarecendo: o termo “garantia” tem, nesse contexto, um significado específico, atinente à convenção destinada a onerar o devedor com o risco da prestação, isto é, a fazê-lo responder, independentemente de culpa sua ou de qualquer circunstância de força maior que tenha impedido o cumprimento da prestação.

49 PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indenização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 266.

50 Conquanto muito raras, não são vedadas as cláusulas de não-indenizar na relação extracontratual, principalmente nas relações de vizinhança.

São, como a cláusula penal, cláusulas acessórias, previamente ajustadas, servindo, igualmente, à similar finalidade de suprimir a incerteza da liquidação para o devedor do dano, “evitando o risco de, na apuração do prejuízo, se computarem conseqüências que estejam além ou aquém das naturalmente derivadas do acontecimento prejudicial, a saber, o inadimplemento”.⁵¹

Porém, as distinções entre os institutos existem: conforme o conteúdo da cláusula de não-indenizar a vítima do dano pode restar sem qualquer reparação, ou restar limitada a um valor máximo, espécie de teto, pelo que se apura o dano que será indenizado até aquele teto, e não mais; já na cláusula penal se estipula um valor fixo⁵² que serve, muitas vezes, como liquidação prévia do dano.⁵³ Além do mais, por vezes a cláusula penal nem exerce função indenizatória, antes desempenhando uma função de estímulo do cumprimento voluntário e integral da obrigação, diante da ameaça do devedor de incorrer na pena. Assim, a análise funcional discerne a cláusula penal da cláusula de não-indenizar.

Demais disto, mesmo quando a função desempenhada pela cláusula penal seja à liquidar previamente as perdas e danos – hipótese na qual se poderia supor uma aproximação maior entre as duas figuras – há distinção também, consistente no fato de a cláusula penal dispensar a prova do dano (embora a extensão do dano possa acabar vindo a tona na

51 AGUIAR DIAS, José de. *Cláusula de não indenizar (chamada cláusula de irresponsabilidade)*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947, p. 16.

52 ALMEIDA COSTA, Mario Júlio. *Direito das obrigações*. 9ª ed., Coimbra: Almedina, 2005. p. 738, *in verbis*: “(...) a cláusula penal tem valor fixo – nem mais nem menos –, que os prejuízos se apresentem na realidade inferiores ou superiores ao seu quantitativo”. É certo que o Código permite a redução da cláusula penal (art. 413), mas por razões de equidade, no caso de a obrigação ter sido cumprida em parte ou da penalidade ser manifestamente excessiva, não sendo, portanto, regra a sua redução.

53 MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 136.

hipótese de desproporção entre dano e indenização em caso de eventual revisão judicial), enquanto que tal prova se faz necessária diante de uma cláusula de limitação de responsabilidade, cujo montante indenizatório corresponderá não ao teto pré-fixado, mas guardará equivalência com o dano indenizável.

d) Sanções de índole disciplinar (penas associativas). As sanções impostas por uma associação aos seus membros, de acordo com os estatutos, no caso de os associados violarem regras estatutárias; ou aquelas impostas pela entidade patronal ao trabalhador que não respeite os deveres laborais, conforme estabelecido no regulamento da empresa, não constituem propriamente cláusulas penais.⁵⁴ As penas associativas, previstas em estatutos ou regulamentos, ou as penas disciplinares, previstas em regulamentos da empresa, derivando da submissão do associado ou do empregado àqueles estatutos ou regulamentos, têm caráter eminentemente disciplinar e, nesta medida, “divergem da cláusula penal, não obstante a sua possível qualificação como penas de direito privado”.⁵⁵ Além do mais, enquanto o devedor moroso ou inadimplente incorre automaticamente na cláusula penal nascida do consenso, a pena associativa carece ser imposta pelos órgãos associativos por meio de um procedimento formal, apto a fazer cumprir os deveres associativos, passando, pois, por um juízo valorativo ulterior.⁵⁶ Porém, no âmbito do contrato de trabalho de atleta, a Lei nº 9.615/98 qualifica expressamente como

54 Segundo Pinto Monteiro as opiniões sobre o tema, “objecto de vivo debate no direito comparado” dividem-se entre a rejeição do caráter de cláusula penal a estas sanções; a atribuição de um caráter de “cláusula penal atípica”, cabendo a extensão do respectivo regime jurídico, por equiparação (PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula Penal e Indenização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 141).

55 PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula Penal e Indenização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 152.

56 PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula Penal e Indenização*. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 143-161.

cláusula penal⁵⁷ a pena imposta ao atleta que deixa o clube em que contratado, rompendo o contrato. Porém, esta “cláusula penal desportiva” – que veio, a rigor, substituir a figura do “passe” – é inconfundível com a cláusula penal do Código Civil apesar da identidade do *nomem legis*, tendo, entre outras características, finalidade marcadamente compensatória às entidades desportivas pela quebra do chamado pacto de permanência,⁵⁸ além de ter sua fonte na lei e não *ex voluntate*. Diferente é quando as partes – trabalhadores e empregadores – fixam cláusula penal em Dissídio Coletivo ou em Convenção Coletiva ou quaisquer acordos intersindicais normativos, que têm natureza contratual não elidida por sua proclamada “natureza normativa”, uma vez ser o contrato legítima força normativa, apenas sendo essa *especialmente garantida*, no caso dos Dissídios e Convenções Coletivas, pela autoridade estatal. Para essas, legítimas cláusulas penais, aplica-se o regramento do Código Civil, com atenção, naturalmente, às peculiaridades da relação de emprego.⁵⁹

e) Sanções premiais. O “caráter premial” de certas regras legais foi objeto da análise de Norberto Bobbio que percebeu a ocorrência de uma “função promocional do Direito”: as regras jurídicas não se

57 Seguindo a redação dada pela Lei nº 10.672, de 2003 ao art. 28 da Lei nº 9.615/98, o contrato de trabalho firmado entre o atleta e a entidade de prática desportiva “deverá conter, obrigatoriamente, cláusula penal para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral”. E no § 2º, II, do mesmo texto, prevê a eficácia de dissolução do *vinculo desportivo* do atleta com a entidade desportiva contratante (vinculo esse designadamente acessório ao respectivo vinculo trabalhista), entre outras hipóteses, pelo pagamento da cláusula penal nos termos do *caput* daquele artigo. Ocupa-se ainda a lei a estabelecer teto para o valor da cláusula penal (§ 3º) bem como as regras de sua redução (§§ 4º e 5º).

58 Como já decidiu o Judiciário Trabalhista (exemplificativamente, Proc. TRT, 6ª Reg. nº 00270-2003-311-06-00-7, 1ª Turma, Juiz Valdir José Silva de Carvalho), “a cláusula penal de que trata o *caput* do artigo 28 da Lei nº 9.615/98 favorece apenas ao clube, no caso de desvinculação do atleta na vigência do contrato de trabalho profissional. Tanto é assim, que o § 5º do mesmo dispositivo permite a fixação de um valor ilimitado e irrestrito de tal penalidade, quando houver ruptura unilateral do vínculo trabalhista para fins de transferência internacional, evidenciando que o descumprimento do pactuado é pelo atleta, e não pelo clube, vez que quem se transfere para o exterior é aquele, e não este”.

59 A matéria é, contudo, controversa, como melhor veremos ao comentar o art. 412.

limitam a proteger/sancionar e a reprimir/coagir, mas podem ter uma função de encorajar ou a promover condutas.⁶⁰ Exemplos dessas são as regras legais e as cláusulas contratuais por meio das quais é estipulado que, se o devedor cumprir segundo certas condições (por exemplo, se pagar antes do prazo, ou se pagar “à vista”), ganha certo prêmio, como um desconto; ou, contrariamente, aquelas regras que estipulam a perda de uma determinada vantagem, como o desconto. Para qualificar a figura (que pode ter diversos nomes ou “etiquetas”, como “abono pontualidade”)⁶¹ é necessário cuidado, pois pode consistir, ou não, em cláusula penal. Não o será se consistir na atribuição de vantagem, mas poderá ser se a vantagem estava contratualmente ajustada, e se a sua perda se deve à mora ou ao inadimplemento.⁶²

f) Multas legais. A cláusula penal é inconfundível com a multa *prevista* em lei (seja fixada pelo juiz ou por órgão da administração pública).⁶³ Como melhor veremos ao pontuar os pressupostos da cláusula penal, ela carece ser estabelecida em negócio jurídico, portanto, enquanto a fonte da cláusula penal é *ex voluntate*, a fonte das multas é

60 BOBBIO, Norberto. *Dalla Struttura alla funzione – nuovi studi di teoria del diritto*. Edizione di Comunità, 1977 e Sulla Funzione Promozionale del Diritto, Milão: Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ., 1969, pp. 1.313 *et seq.*

61 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. II, p. 386.

62 O STJ já qualificou como cláusulas penais as cláusulas de perdimento das parcelas pagas no âmbito de contratos de compromisso de compra e venda de imóveis (firmados antes do advento do CDC), em caso de resolução por inadimplemento do promissário-comprador. Como consequência, aplicou-se o artigo 924 do Código Civil de 1916 (correspondente ao vigente art. 413) para reduzir a penalidade (v. REsp. nº 299.619/SP e, na doutrina, TAVARES, Fernanda Girardi. Os instrumentos de equilíbrio contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor: estudo da cláusula penal e da cláusula de não indenizar, in MARQUES, Cláudia (org.) *A nova crise do contrato*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, pp. 360-428.

63 Vg., o Decreto nº 3.179, de 21 de setembro de 1999, que dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, estabelece no art. 2º que a violação das regras administrativas ambientais é punida com multa simples descrita na lei.

ex lege, o que não significa que a estipulação do valor da cláusula penal não possa sofrer limitação em virtude de dispositivo legal, a exemplo do art. 1.336, § 1º, do Código Civil.

4. Os pressupostos da *fattispecie* do art. 408

Determina o comando legal incorrer em cláusula penal o devedor que, culposamente, não cumpre a obrigação ou incorre em mora. São, portanto, pressupostos à incidência da regra:

a) a existência de cláusula penal, pois essa há de ter sido pactuada, conjuntamente com a obrigação principal ou mesmo posteriormente, mas antes do inadimplemento;

b) o incumprimento imputável e culposo, pois nem todo o tipo de incumprimento ativa a exigibilidade da cláusula penal, mas só aquele atribuível à culpa do devedor, como agora resta expresso no art. 408;

Esse incumprimento pode ser definitivo (total ou parcial) ou a violação positiva do contrato, ou pode consistir na mora.

No Código de 1916, a regra do art. 921 determinava incorrer em cláusula penal o devedor “desde que se vença o prazo da obrigação, ou, se o não há, desde que se constitua em mora”, mediante interpelação, nessa última hipótese. Não se falava, portanto, em inadimplemento por culpa. Porém, como observamos nos comentários aos arts. 394 e 397, o entendimento doutrinário praticamente dominante exigia a culpa no suporte fático da mora, de modo que a culpa era, segundo essa corrente, “pressuposto implícito”.

O art. 408, diferentemente, deixa claro, com todas as letras, ao buscar o advérbio “culposamente”, que se há de exigir a existência da culpa para atuar a cláusula penal. Mesmo que entendamos que a mora não exija, necessariamente, a culpa – como expusemos nos comentários

aos arts. 394 e 397 – há de se convir que, agora, além da mora, há de haver, para o efeito da atuação da cláusula penal, a culpa, por expressa disposição legal. É que, diante de seu caráter de pena, a atuação da cláusula penal requer não apenas a imputabilidade, mas que esta seja informada pelo princípio da culpa.

Aplica-se, naturalmente, o regramento próprio à constituição em mora, já examinado no comentário ao art. 397 e seu parágrafo único. Por igual, a mora obedece ao fenômeno da transformabilidade em inadimplemento absoluto, se, a teor do parágrafo único do art. 395, a prestação tornar-se inútil ao credor.

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.

Direito Anterior – No Direito anterior ao Código de Beviláqua, regra semelhante era aceita por via da doutrina, seja em razão da prática, no que concerne à primeira parte, seja em razão do Direito Romano, no que diz com a segunda parte (Inst., 3, 15, § 7º; D., 45, 1, fr. 71; Cód., 2, 56, 1.1, *in médio*). No *Esboço*, de Teixeira de Freitas, arts. 990, 1ª e 2ª alíneas. No Código de 1916, arts. 916 e 917.

Legislação Comparada – Código Civil Francês, art. 1.226 e art. 1.227; Código Civil Alemão, parágrafo 339; Código Civil Argentino, art. 652; Código Civil Chileno, art. 1.535; Código Civil Uruguaio, art. 1.363.

COMENTÁRIOS

1. Nova estrutura e âmbito de aplicação

O vigente Código reúne num mesmo dispositivo as regras que, anteriormente, vinham expostas nos arts. 916 e 917, em nada alterando,