

DOI: 10.33242/rbdc.2022.04.014

APONTAMENTOS SOBRE A CLÁUSULA PENAL A PARTIR DA SUPERAÇÃO DA TESE DA DUPLA FUNÇÃO

NOTES ON THE PENALTY CLAUSE AFTER
THE OVERCOMING OF THE THESIS OF
THE DUAL FUNCTION

Gustavo Tepedino

Professor titular de Direito Civil e Ex-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2018-9336>.
E-mail: gt@tepedino.adv.br.

Carlos Nelson Konder

Professor associado do Departamento de Direito Civil da UERJ. Professor do Departamento de Direito da PUC-Rio. Doutor e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Especialista em Direito Civil pela Università di Camerino (Itália). Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8535-0218>. *E-mail:* c.konder@gmail.com.

Resumo: O artigo tem por objeto investigar como algumas das principais controvérsias acerca do regime normativo da cláusula penal – em especial sua redução equitativa, a irrenunciabilidade pelo credor e o tratamento da cláusula em reforço de obrigação especial –, bem como a distinção de figuras com estruturas similares (como a cláusula de indenização e a multa penitencial), são ainda reflexos da chamada tese da dupla-função. Essa premissa teórica, pela qual a cláusula penal desempenharia simultaneamente papel coercitivo e indenizatório, foi bastante difundida na doutrina nacional e, embora hoje bastante criticada, ainda gera efeitos nocivos à adequada sistematização da cláusula penal e insegurança na aplicação das normas que a disciplinam.

Palavras-chave: Inadimplemento. Multa. Obrigação. Indenização. Coerção.

Abstract: The article aims to investigate how some of the main controversies about the normative regime of the penalty clause – in particular its equitable reduction, the irrevocability by the creditor and the treatment of the clause in reinforcement of a special obligation –, as well as the distinction of figures with similar structures (such as the indemnity clause and the penitential fine), are still reflections of the so-called dual-function thesis. This theoretical premise, in which the penalty clause would simultaneously play a coercive and indemnifying role, was widespread in Brazilian doctrine and, although it is widely criticized today, it still generates harmful effects on the adequate systematization of the penalty clause and insecurity in the application of the rules that govern it.

Keywords: Default. Fine. Obligation. Indemnity. Coercion.

Sumário: **1** Notas introdutivas – **2** A superação da tese da dupla função da cláusula penal – **3** A cláusula penal em reforço de obrigação especial – **4** O art. 413 como norma de contenção – **5** A irrenunciabilidade da cláusula penal pelo credor – **6** Distinção da cláusula penal ante outras figuras: a multa penitencial e a cláusula de indenização – **7** Considerações finais – Referências

1 Notas introdutivas

O ambiente das relações obrigacionais associa-se à busca do delicado equilíbrio entre compelir o devedor desidioso ao adimplemento de sua obrigação, atendendo ao fim social pelo qual ela é protegida, e proteger contra abusos do credor o devedor que, premido por circunstâncias imprevistas, não se vê capaz de atender aos compromissos assumidos.¹ A autonomia negocial desempenha relevante papel no estabelecimento desse equilíbrio, reconhecendo-se às partes a prerrogativa de firmar cláusulas voltadas a evitar o inadimplemento e assegurar a satisfação dos interesses perseguidos pelo contrato. A validade e o alcance dessas cláusulas serão, naturalmente, objeto de controle por parte do ordenamento jurídico.

A cláusula penal, grande protagonista desse embate, é, ainda hoje, objeto de significativas controvérsias, cujo desenlace no plano teórico se reflete em grande insegurança no plano prático. A hipótese levantada no presente trabalho é que parte relevante dessas controvérsias decorre da premissa, por muito tempo difundida na doutrina nacional, de que a cláusula penal desempenharia dupla-função, atendendo simultaneamente a papel coercitivo e indenizatório.

Acredita-se que a premissa da dupla-função, embora criticada pela doutrina contemporânea, gerou repercussões que têm suas raízes na dogmática da cláusula penal, provocando incoerências no seu regime normativo. Diante disso, pretende-se, por meio de pesquisa bibliográfica, investigar como o impacto da tese da dupla-função encontra-se subjacente a imprecisões relativas às distintas modalidades de cláusula penal (em especial a cláusula em reforço de obrigação especial), do seu regime normativo (como no tocante à sua redução equitativa e sua irrenunciabilidade pelo credor); bem como quanto a figuras de estrutura similar, como a multa penitencial e a cláusula de indenização.

¹ Como afirmado em outra ocasião, trata-se do “difícil equilíbrio entre o anseio de punir o devedor contumaz, que se profissionaliza na crise, premiado pela corrosão inflacionária, e, de outra parte, o receio de se consagrar abusos em favor do credor, sobretudo porque as dificuldades financeiras atingem também os bons pagadores, aqueles devedores que não pagam exclusivamente em razão da ausência de recursos” (TEPEDINO, Gustavo. Efeitos da crise econômica na execução dos contratos. *In*: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t. I. p. 117).

2 A superação da tese da dupla função da cláusula penal

Figura central do direito das obrigações, considera-se tradicionalmente cláusula penal como o “pacto acessório, em que se estipulam penas ou multas, contra aquele que deixar de cumprir o ato ou fato a que se obrigou, ou apenas a retardar”.² A referência à pena tem origem na aproximação, pelo direito antigo e posteriormente superada, entre o inadimplemento obrigacional e o delito criminal.³

Ao ocaso do aspecto punitivo correspondeu a referência à função coercitiva, não mais voltada a agravar o devedor inadimplente, mas a reforçar o vínculo obrigacional, de modo que, dando ao devedor ciência da exata sanção que lhe seria cominada, a cláusula penal serviria a desestimular o inadimplemento.⁴ Paralelamente, todavia, ganhou força o entendimento de que a cláusula penal, restrita ao âmbito obrigacional, teria também a função de liquidar antecipadamente as perdas e danos devidos ao credor caso o inadimplemento viesse efetivamente a ocorrer, poupando-o do tempo e esforço necessários à sua quantificação em sede judicial.⁵

Na esteira de tal processo evolutivo, prevaleceu por muito tempo o entendimento de que a cláusula penal se prestaria a desempenhar, simultaneamente, as *duas funções*, isto é, tratava-se de instituto que servia, ao mesmo tempo, à coerção do devedor e à indenização do credor.⁶ As divergências restringiam-se à indicação de qual dessas funções prevalecia sobre a outra, sem, todavia, excluí-la: a função *coercitiva*⁷ ou a função *indenizatória*.⁸

Esse cenário começou a alterar-se nas últimas décadas, ante a consciência de que, sendo a função do instituto a determinar-lhe o perfil normativo, a admissão de dupla função acaba por nublar mais do que esclarecer o intérprete na determinação das normas aplicáveis à cláusula penal.⁹ Foi determinante nessa

² BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. IV. p. 52.

³ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil: obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. 2. p. 392.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 26. ed. Atualização de Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. II. p. 142-143.

⁵ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. Atualização de Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 190.

⁶ Entre outros: CASSETARI, Christiano. *Multa contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 55; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2. p. 416; e WALD, Arnoldo. *Direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 173.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 26. ed. Atualização de Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. II. p. 142; MARTINS-COSTA, Judith; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil – Do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. t. II. p. 417.

⁸ NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 426.

⁹ Contra a possibilidade de conciliação das duas funções, entre nós, GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. Atualização de Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 190; LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria*

mudança a influência entre nós da obra de Antônio Pinto Monteiro, a defender “que se diferencie, claramente, uma cláusula penal com escopo *coercitivo* ou *compulsório* de uma cláusula penal com a finalidade de *prefixar o montante da indenização*”.¹⁰

Nessa perspectiva, à função específica perseguida por determinada cláusula penal será reservada estrutura correspondente. Partindo-se da premissa metodológica de Pietro Perlingieri, será a função da relação jurídica a determinar a sua disciplina, seu regulamento, seu perfil normativo, de modo que a diversidade de função implicará distinção também na composição dos interesses contrapostos.¹¹ Dessa forma, sob a alçada comum dos preceitos que regem as cláusulas penais, a interpretação e aplicação desses preceitos deve diferenciar-se conforme desempenho função coercitiva ou função indenizatória.

Entretanto, a tese da dupla função encontrava-se de tal modo radicada na cultura jurídica brasileira que diversos desdobramentos dessa orientação persistem quanto a pontos específicos da disciplina da multa negocial. Por conta disso, os efeitos do reconhecimento das distintas cláusulas penais, cada qual conforme a sua função, ainda não se fazem sentir integralmente. Além disso, modelo funcional tão abrangente acaba por admitir, no conceito de cláusula penal, categorias (com estruturas próximas, mas) com funções inteiramente distintas.

Dito em outros termos, 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. Assim, a superação dessa tese deve trazer perspectivas mais claras na interpretação e aplicação das normas pertinentes à cláusula penal, bem como permitir apartar com mais nitidez outras estipulações negociais que, posto similares, devem submeter-se a regimes jurídicos distintos.

geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 306; MATTIA, Fábio Maria de. Cláusula penal pura e cláusula penal não pura. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, São Paulo, v. 2, p. 1117-1150, 2011. p. 1117; NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 2. p. 479; RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Natureza, função e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro*. Tese (Doutorado) – USP, São Paulo, 2006; ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 82; e SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 237.

¹⁰ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indenização*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 647 (grifos no original).

¹¹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 737.

3 A cláusula penal em reforço de obrigação especial

Superada a tese da dupla função, tem-se, em primeiro lugar, maior nitidez na distinção entre os tipos de cláusula penal expressamente reconhecidos pelo legislador. Assim, enquanto a cláusula penal estipulada para o caso de mora desempenha função coercitiva, com o objetivo de compelir o devedor ao cumprimento pontual de sua obrigação, no caso da cláusula penal cominada para o inadimplemento absoluto, dita compensatória, sobressai a função indenizatória, liquidando antecipadamente o valor das perdas em substituição à prestação não cumprida.¹²

O Código Civil, ao tratar dos suportes fáticos a que pode se destinar a cláusula penal, faz referência “à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora”.¹³ Significa dizer que, além dos cenários de inadimplemento absoluto (atecnicaamente tratado como “inexecução completa”) e de mora, menciona também a estipulação negocial que prevê sanção caso violada *obrigação especial* do negócio. Seria o caso, por exemplo, da multa prevista para construção que, embora entregue no prazo, não tenha as especificações precisamente indicadas no projeto. Há de fato negócios jurídicos no âmbito dos quais certas prestações, por sua particular relevância no concreto regulamento de interesses, recebem tratamento específico e em relação às quais, conseqüentemente, o descumprimento, no tempo e modo avençados, se torna particularmente gravoso, independentemente da preservação do interesse útil na conservação do contrato.¹⁴

Ao tratar do regime aplicável, o codificador agrupou a cláusula penal prevista para a mora e aquela estipulada em garantia de obrigação especial sob o mesmo regime cumulativo previsto pelo art. 411 do CC, que oferece ao credor (“o arbítrio de exigir”, na linguagem legal, isto é,) a possibilidade de cumulação da cláusula penal com a própria execução da prestação principal (mantendo-se em vida, portanto, o programa contratual). Contrapõe-se, assim, ao regime não cumulativo do art. 410, para o qual a cláusula penal cominada para o total inadimplemento da obrigação converter-se-á em alternativa para o credor: somente poderá exigi-la abrindo mão da prestação principal.

Por conta disso, na terminologia tradicionalmente adotada em doutrina, a cláusula penal em reforço de cláusula especial, embora não se refira à mora, seria compreendida na noção de cláusula moratória, já que poderia ser exigida

¹² TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a cláusula penal compensatória. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II. p. 59; ABÍLIO, Vivianne da Silveira. *Cláusulas penais moratória e compensatória: critérios de distinção*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 76.

¹³ CC, 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”.

¹⁴ KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. *Revista dos Tribunais Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 4-5, p. 83-104, 2014.

junto com a obrigação principal, salvo se o descumprimento da referida cláusula inviabilizar a finalidade do contrato como um todo.¹⁵ Entretanto, diante da equívocidade do termo, tem-se preferido referi-las como cláusulas penais cumulativas, enfatizando o regime jurídico que permite exigí-las em conjugação com a prestação principal.¹⁶

A cláusula penal em segurança especial de outra cláusula determinada, por conseguinte, permite igualmente ao credor requerer, desde que as circunstâncias fáticas e o regulamento de interesses assim o permitam, outras multas decorrentes de eventuais descumprimentos distintos no âmbito da mesma relação contratual, adicionando-se também, caso se verifique, na situação concreta, a caracterização de inadimplemento absoluto, a cláusula penal compensatória ou, à sua falta, a indenização por perdas e danos.

4 O art. 413 como norma de contenção

O legislador brasileiro atribuiu ao magistrado poder-dever de reduzir equitativamente a sanção sempre que houver cumprimento parcial ou excesso manifesto no momento do descumprimento, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio. Trata-se de enunciado normativo de significativa importância prática, reputada hipótese relevante de controle do equilíbrio contratual.¹⁷ Na esteira do movimento da doutrina ainda sob a vigência do diploma anterior, a reforma legislativa adotou a obrigatoriedade de sua aplicação.¹⁸ Consolidou-se, ainda, o entendimento de que a redução nela prevista deve ser pronunciada de ofício¹⁹ e prevalecer mesmo diante de convenção das partes em sentido contrário.²⁰

¹⁵ Segundo Judith Martins-Costa, “o descumprimento de uma obrigação secundária, anexa ou instrumental, efetivamente frustra as legítimas expectativas do credor e distorça ou desvie a objetiva finalidade do contrato” (MARTINS-COSTA, Judith; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil – Do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. t. II. p. 435).

¹⁶ SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina Brasil, 2022. p. 179 e ss.

¹⁷ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 60.

¹⁸ No Código Civil de 1916, o dispositivo previa que “[...] poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento” (art. 924 do CC1916). A redação foi alterada para indicar tratar-se de dever: “A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz” (art. 413, CC2002). A obrigatoriedade é enfatizada na jurisprudência: STJ, 4ª T. REsp nº 1.447.247/SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.4.2018.

¹⁹ Enunciado nº 356 das Jornadas de Direito Civil (CEJ/CJF): “Nas hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício”.

²⁰ STJ, 4ª T. REsp nº 11.527/SP. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 1.4.1992; Enunciado nº 355 das Jornadas de Direito Civil (CEJ/CJF): “Não podem as partes renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, por se tratar de preceito de ordem pública”.

Quanto à primeira hipótese, referente ao cumprimento parcial da obrigação, em perspectiva concreta e dinâmica da relação obrigacional, deve-se avaliar o grau de satisfação objetiva dos interesses perseguidos na relação, tendo em vista a utilidade do que foi cumprido em face do interesse do credor manifestado na declaração negocial.²¹ Nesse sentido, preconiza o legislador que a redução deve ser equitativa, e não necessariamente proporcional, já que, por exemplo, o descumprimento de metade da prestação pode importar prejuízo superior a essa parcela em termos de interesse do credor, se a metade faltante lhe era mais importante para a função do negócio.²²

Quanto à segunda hipótese de excesso manifesto, o legislador brasileiro – de forma distinta de outros ordenamentos –²³ previu expressamente dois critérios a guiar a redução equitativa judicial prevista no art. 413: a natureza e a finalidade do negócio. Entretanto, não é incomum observar referências também a requisitos subjetivos, como o estado psicológico ou anímico do contratante, fatores punitivos, como a apreciação do grau de culpa do devedor, e mesmo a extensão do dano sofrido.

Essa interpretação “ampliativa” pode ser decorrente da confusão oriunda da tese da dupla função, que, sacrificando a identidade da cláusula penal, acabou por aproximar dela outras figuras, às quais tais critérios poderiam ser pertinentes. O grau de reprovabilidade da conduta do devedor, por exemplo, poderia ser pertinente em sanções administrativas, como as multas previstas a associados de clubes e condôminos por comportamentos reputados antissociais, as quais, contudo, não configuram cláusula penal em sentido estrito. Ausente previsão

²¹ Por exemplo, considerou-se possível a redução da cláusula penal em negócio de renegociação de dívida, que diminuiu a dívida de R\$50 mil para R\$32 mil, estabelecendo as partes que, na hipótese de atraso nos pagamentos mensais, o valor voltaria a ser o original, acrescido de 20% (STJ, 3ª T. REsp nº 1.898.738/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.3.2021). Destaca Jorge Cesa Ferreira da Silva: “Nem todo adimplemento parcial justifica a redução da pena, mas somente aquele que foi útil ao credor. Pode ocorrer que o adimplemento parcial seja insuficiente para satisfazer, ainda que em parte, o credor, assim como é possível que o percentual de adimplemento não signifique a proporcional satisfação do credor” (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 275-276).

²² Na jurisprudência, nas palavras do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, deve ser considerada a potencialidade lesiva do inadimplemento da parte, e não apenas a porcentagem da obrigação que foi satisfeita (STJ, 4ª T. REsp nº 62.730/DF. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 12.6.1995. DJ, 14 ago. 1995. p. 24032). Nesta linha, o teor do Enunciado nº 359 das Jornadas de Direito Civil (CEJ/CJF): “A redação do art. 413 do Código Civil não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido”.

²³ Por exemplo, o legislador português faculta a redução equitativa sem estipular qualquer critério específico, referindo apenas ao excesso manifesto: Código Civil português, art. 812º (Redução equitativa da cláusula penal): “1. A cláusula penal pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente; é nula qualquer estipulação em contrário. 2. É admitida a redução nas mesmas circunstâncias, se a obrigação tiver sido parcialmente cumprida” (redação do Dec.-Lei nº 262/83, de 16-6).

expressa das partes nesse sentido, não se justifica que a redução se pautе pelo *animus* do agente, seu grau de culpa ou a extensão do dano, que se contraporía à lógica subjacente à cláusula penal, despida de dupla função. Com efeito, a consideração do *animus* do devedor ou seu grau de culpa no inadimplemento reconduziría a cláusula penal à função punitiva despida de amparo normativo.

Da mesma forma, a extensão do dano mostra-se critério apropriado para a denominada cláusula de indenização, destinada tão somente à liquidação antecipada da indenização, mas que com a cláusula penal não se confunde, como se observará mais adiante. Nas cláusulas penais de função coercitiva, a redução com base na extensão do dano acabaria por privar a cláusula de sua finalidade como instrumento de pressão sobre o devedor.²⁴ Por outro lado, nas cláusulas penais de função indenizatória, a discussão e avaliação sobre qual foi a extensão do dano levaría ao longo e custoso debate que a prefixação contratual visava justamente evitar.²⁵

Dessa forma, ao estabelecer os critérios para a redução equitativa da cláusula penal, o legislador limitou a intervenção do intérprete, vinculando-a estritamente às características funcionais das cláusulas penais, de modo que a utilização de outros critérios desvirtua a teleologia do instituto. Daqui a conclusão, nem sempre bem compreendida, de que o art. 413 do Código Civil, embora de incidência imperativa, constitui-se igualmente em *norma de contenção*, já que o magistrado somente poderá aplicá-la nas hipóteses expressamente indicadas pelo dispositivo, cumprimento parcial da obrigação ou penalidade manifestamente excessiva, e, neste caso, somente tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio. É dizer, o magistrado deve reduzir, não pode deixar de fazê-lo, se (e somente se) estiverem presentes os pressupostos de incidência previstos no dispositivo. Assim, no âmbito da cláusula penal propriamente dita, estabeleceu o legislador dupla barreira a que o intérprete introduzisse no controle do equilíbrio outros juízos, notadamente de índole subjetiva, incompatíveis com a avaliação de proporcionalidade.

²⁴ Afirma Jorge Cesa Ferreira da Silva: “[...] muito mais do que afirmar que o credor não precisa alegar prejuízo, o texto está a dizer que o prejuízo é irrelevante para que a cláusula penal se faça aplicável. Mesmo se inexistir dano, nasce o direito à pena, na medida em que ela se constitui para evitar que o inadimplemento ocorra” (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 286).

²⁵ Explica Sílvio Rodrigues: “Seu escopo é justamente o de evitar debate sobre a existência ou o montante do prejuízo experimentado por um dos contratantes e resultantes do descumprimento da obrigação por parte do outro. Houve mora, ou inadimplemento, multa convencional, moratória ou compensatória, é devida, independente de prova do prejuízo” (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil aplicado*. São Paulo: Saraiva, 1987. v. IV. p. 228).

5 A irrenunciabilidade da cláusula penal pelo credor

A tese da dupla função parece ter contribuído também para a controvérsia acerca da disponibilidade da cláusula pelo credor, isto é, se poderia ele, diante do inadimplemento, abrir mão de exigir a multa contratada para pretender indenização a ser liquidada judicialmente. Prestando-se simultaneamente a impelir o devedor ao adimplemento e indenizar o credor em caso de inadimplemento, sob essa dupla função a cláusula penal militaria em benefício do credor, que dela poderia renunciar quando lhe conviesse. Parte da doutrina sustenta, dessa forma, com suposto abrigo na linguagem do art. 410 do Código Civil, que ao credor seria facultado abrir mão da multa quando entender ter sofrido prejuízo superior, assumindo, todavia, o risco de, não o comprovando judicialmente, ficar privado do montante que fora fixado na cláusula penal.²⁶ A superação da tese da dupla-função colocou em xeque essa inferência, entrevendo-se, a partir de então, posição segundo a qual essa faculdade seria atribuída ao credor no âmbito da cláusula penal de função coercitiva, mas não naquela que desempenha função indenizatória.²⁷ Por outro lado, como acima aludido, a “alternativa a benefício do credor” a que se refere o art. 410 refere-se à avaliação objetiva do interesse, a autorizá-lo, por conseguinte, prosseguir com a relação obrigacional, exigindo a prestação contratada ou, ao contrário, decretar o inadimplemento absoluto.

A posição mais coerente com a sistemática da cláusula penal, por isso mesmo, repele a possibilidade de renúncia pelo credor à cláusula penal, qualquer que seja a sua função, já que contida na avença consensualmente estabelecida pelas partes.²⁸ Isso porque a vinculação de ambas as partes não resulta da função coercitiva ou indenizatória por ela desempenhada, mas do fato de ter sido pactuada em comum acordo, como parte da composição de interesses que integra o equilíbrio contratual.²⁹ Com efeito, enquanto de um lado a cláusula penal dispensa o credor de discutir e comprovar prejuízo, nos termos do *caput* do art. 416 do CC, de outro lado limita o montante indenizatório que ele pode pretender,

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2. p. 423; RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. II. p. 88; MARTINS-COSTA, Judith; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil – Do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. t. II. p. 415-416.

²⁷ ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 130-131.

²⁸ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 2. p. 486; NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 427; FLORENCE, Tatiana Magalhães. Aspectos pontuais da cláusula penal. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 522; CASSETARI, Christiano. *Multa contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 124.

²⁹ SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina Brasil, 2022. p. 170.

já que, sem a previsão contratual autorizada pelo parágrafo único do mesmo dispositivo, não lhe seria franqueada a possibilidade de indenização suplementar.³⁰

Nesses termos, a cláusula penal integra de forma decisiva o equilíbrio do contrato firmado por meio dessa composição de interesses, em que direitos e obrigações se encontram negociados com expressão patrimonial, incorporando-se cada posição jurídica ao preço da operação.³¹ Facultar ao credor liberar-se da cláusula penal lhe atribuiria, na prática, a prerrogativa de, unilateralmente, desfazer o que foi livremente negociado. Dessa forma, sem estipulação expressa nesse sentido, não se justifica a compreensão de que o credor possa desistir do clausulado e perseguir indenização por perdas e danos ao largo da disciplina contratual.

6 Distinção da cláusula penal ante outras figuras: a multa penitencial e a cláusula de indenização

Como antes mencionado, além das obscuridades relativas ao regime normativo das distintas hipóteses de cláusula penal, a tese da dupla-função também propiciou inquietante confusão entre a cláusula penal e figuras (com estruturas) próximas, tais como a multa penitencial e a cláusula de indenização. Partindo-se da premissa de que a cláusula penal pudesse desempenhar simultaneamente mais de uma função, ampliou-se indevidamente o espectro conceitual, reconduzindo-se à categoria estruturas contratuais com funções distintas, incompatíveis com a sua disciplina jurídica. A superação da tese, portanto, contribui para apartar tais figuras distintas, tarefa que, por vezes espinhosa, em razão especialmente da ausência de consenso linguístico nas definições contratuais, traz grande relevância prática, pois, em regra, não se aplicam a estas as normas que regem a cláusula penal.

A *multa penitencial* distingue-se de cláusula penal porque prevê obrigação a ser cumprida pelo devedor por ato lícito, mais especificamente pelo exercício de direito de arrependimento que lhe seja garantido por lei ou pelo negócio. Em tal perspectiva, essa categoria não decorre de inadimplemento do devedor nem pode ser tratada como sanção contratualmente prevista para esta hipótese, mas sim

³⁰ CC, art. 416: “Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente”.

³¹ TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei n.º 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luís Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020. p. 489.

como preço avençado para o exercício do direito extintivo.³² É o caso, por exemplo, da multa prevista para a rescisão antecipada pelo locatário, a ser paga pelo exercício de direito que lhe é garantido pela legislação.³³ Entretanto, a aproximação entre a cláusula penal e a multa penitencial é tamanha que, nesse mesmo exemplo, é comum utilizarem-se da mesma cláusula contratual para ambas, impondo a mesma obrigação tanto para o caso de inadimplemento (como atraso nos aluguéis ou outras infrações), como para a devolução do bem antes do prazo. Nesses casos, torna-se necessário, todavia, examinar sob qual qualificação a obrigação está sendo imposta, por atrair regime normativo diverso, como, por exemplo, a inaplicabilidade da previsão de indenização suplementar (CC, art. 416) em caso de multa penitencial.³⁴

Distingue-se, ainda, a cláusula penal, mesmo quando desempenha função indenizatória, da chamada *cláusula de indenização*. Também chamada de cláusula de liquidação antecipada da indenização, ela se presta exclusivamente a agilizar o processo de liquidação caso caracterizados danos decorrentes de inadimplemento. A distinção mostra-se de particular relevância na medida em que à cláusula de indenização não se aplicariam, *prima facie*, as regras cominadas pelo legislador à cláusula penal, como a redução equitativa com base na natureza e finalidade da obrigação.

Com efeito, em outros ordenamentos têm-se apartado tais figuras de maneira rigorosa, destacando-se a distinção, no direito italiano, entre a *clausola penale*, prevista no art 1.382, do CCi e a *liquidazione convenzionale del danno*; no direito francês, entre a *clause pénale* e a *clause de dommages-intérêts*; e no direito alemão, entre cláusula penal (*Vertragsstrafe*) e a cláusula simplesmente indenizatória (*pauschalierter Schadensersatz*).³⁵ Quanto a esta, introduzida como categoria com função autônoma em 1977, na legislação especial alemã sobre cláusulas contratuais gerais (AGB-Gesetz), encontra-se incorporada, finalmente, ao BGB, na reforma do direito das obrigações de 2002 (BGB, §309, 5).³⁶

A diferenciação entre a cláusula penal e a cláusula de indenização, também designada cláusula de prefixação de perdas e danos, repercute significativamente no campo aplicativo. Por exemplo, a prova de inexistência de dano é indiferente à incidência da cláusula penal, já que, coercitiva ou indenizatória, firma verdadeira

³² KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. *Revista dos Tribunais Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 4-5, p. 83-104, 2014.

³³ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Da locação de coisas. In: SCHREIBER, Anderson et al. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 343.

³⁴ KONDER, Carlos Nelson. Cláusula penal e rescisão do contrato de locação de imóvel urbano. In: BARBOZA, H. H.; GAMA, G. C. N.; NEVES, T. F. C. *Lei do Inquilinato: exame dos 30 anos da lei de locação urbana. Estudos em homenagem ao prof. Sylvio Capanema*. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 60-61.

³⁵ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indenização*. Coimbra: Almedina, 1999.

³⁶ SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina Brasil, 2022. p. 82 e ss.

“presunção absoluta de dano”. Em contrapartida, a prova da ausência de dano afasta a aplicação da cláusula de indenização, já que esta, limitando-se à quantificação do dano, não sobrevive à prova de sua inexistência.³⁷

Não parece justificável, em razão da nítida distinção de função entre tais figuras, valer-se da analogia para a invocação da presunção de dano consubstanciada no art. 416 do CC; ou invocar-se a limitação legal ao valor do contrato prevista no art. 412; assim como à redução equitativa prevista no art. 413.³⁸ Todos esses dispositivos associam-se ao perfil funcional assumido por cada uma das espécies de cláusulas penais, nos limites e diante dos pressupostos definidos pelo legislador em consonância com a finalidade atribuída a tais modelos normativos. Com efeito, como observado, enquanto no âmbito da cláusula penal a redução se dá por equidade e os parâmetros que contém a atuação do intérprete em caso de excesso manifesto são a natureza e a finalidade da obrigação, no que toca à cláusula de indenização, a redução deve ocorrer proporcionalmente à extensão do dano comprovado, de modo que a configuração do excesso não se reconduz à lógica do art. 413 do CC.³⁹

7 Considerações finais

Como se procurou demonstrar, numerosas são as consequências do profundo enraizamento, na cultura jurídica brasileira, da teoria da dupla função da cláusula penal, cuja superação, embora a cada dia mais consensualmente proclamada, não encontra ainda a devida repercussão na definição da disciplina aplicável e na qualificação de figuras afins. O desenvolvimento de melhor explicitação doutrinária dos diversos aspectos atinentes à temática deve ter por premissa metodológica a necessidade de que a definição funcional precede a identificação da estrutura jurídica adequada a cada modelo contratual, bem como o afastamento da adoção de equivalentes disciplinas em razão da proximidade das estruturas de certas categorias, ao arrepio da diversidade de funções que desempenham.

Para esta prioritária e precedente identificação funcional, que permite a qualificação dos modelos jurídicos e a escolha a estrutura mais adequada ao suporte fático *in concreto*, torna-se imprescindível a compreensão da relação obrigacional como um todo, no âmbito da complexidade das situações jurídicas antecedentes e sucessivas, que permitam compreender a finalidade econômica almejada pelas

³⁷ SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina Brasil, 2022. p. 79.

³⁸ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil: obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. 2. p. 394.

³⁹ SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina Brasil, 2022. p. 89.

partes, a superação do apego linguístico a manifestações nem sempre nítidas e a absorção do conjunto de valores e princípios que, permeando a autonomia privada e incidindo sobre a relação obrigacional, definem sua disciplina jurídica e o espectro de aplicação de cada norma de regência na legalidade constitucional.

Referências

- ABÍLIO, Vivianne da Silveira. *Cláusulas penais moratória e compensatória: critérios de distinção*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. v. IV.
- CASSETARI, Christiano. *Multa contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- FLORENCE, Tatiana Magalhães. Aspectos pontuais da cláusula penal. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 513-537.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. Atualização de Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.
- KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. *Revista dos Tribunais Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 4-5, p. 83-104, 2014.
- KONDER, Carlos Nelson. Cláusula penal e resilição do contrato de locação de imóvel urbano. In: BARBOZA, H. H.; GAMA, G. C. N.; NEVES, T. F. C. *Lei do Inquilinato: exame dos 30 anos da lei de locação urbana. Estudos em homenagem ao prof. Sylvio Capanema*. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 55-66.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MARTINS-COSTA, Judith; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil – Do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. t. II.
- MATTIA, Fábio Maria de. Cláusula penal pura e cláusula penal não pura. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, São Paulo, v. 2, p. 1117-1150, 2011.
- MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Da locação de coisas. In: SCHREIBER, Anderson *et al. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 333-346.
- MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indenização*. Coimbra: Almedina, 1999.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 2.
- NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 26. ed. Atualização de Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. II.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

- RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Natureza, função e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro*. Tese (Doutorado) – USP, São Paulo, 2006.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil aplicado*. São Paulo: Saraiva, 1987. v. IV.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. II.
- ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina Brasil, 2022.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.
- TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei n.º 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luís Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.
- TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil: obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. 2.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 2.
- WALD, Arnoldo. *Direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

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*, Belo Horizonte, v. 31, n. 4, p. 353-366, out./dez. 2022. DOI: 10.33242/rbdc.2022.04.014.

Recebido em: 06.09.2022

Aprovado em: 21.09.2022