

**Editora Direito Contemporâneo  
Conselho Editorial**

Betina Grupenmacher, Carlos Eduardo Hapner, Carlos Roberto Barbosa Moreira,  
Cassio Scarpinella Bueno, Clèmerson Merlin Clève, Eduardo Arruda Alvim, Eduardo Talamini,  
Egon Bockmanm Moreira, Elizabeth Carrazza, Flávio Luiz Yarshell, Georges Abboud, Humberto Dalla,  
Ingo Wolfgang Sarlet, José Manoel de Arruda Alvim Netto (*in memoriam*), José Roberto dos Santos Bedaque,  
José Rogério Cruz e Tucci, Luís Guilherme Bondioli, Luiz Guilherme Marinoni, Marçal Justen Filho, Marcelo  
Figueiredo, Mairan Maia Jr., Maurício Figueiredo Corrêa da Veiga, Nelson Luiz Pinto, Octavio Fischer,  
Otavio Luiz Rodrigues Jr., Pablo Stolze Gagliano, Paulo César Pinheiro Carneiro, Paulo Henrique dos Santos  
Lucon, Roque Carrazza, Sérgio Cruz Arenhart, Sérgio Seiji Shimura, Sérgio Rizzi, Sílvio de Salvo Venosa,  
Thereza Diniz de Arruda Alvim.

**Conselho Internacional**

Christopher Kern, Eduardo Oteiza, Francisco Verbic, Luca Passanante, Marco Gradi,  
Paula Costa e Silva, Silvana Dalla Bontà.

**Conselho de Relações Internacionais**

Antonio do Passo Cabral, Antonio Gidi, Daniel Mitidiero, Marcio Mafra.

**Conselho Científico**

Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle José Coelho Nunes, Eduardo Lamy, Elias Marques de Medeiros,  
Fabiano Carvalho, Fábio Monnerat, Geraldo Fonseca, Gilson Delgado Miranda, Heitor Sica,  
José Alexandre Oliani, José Maria Câmara Júnior, Henrique Ávila, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro,  
Luís Eduardo Simardi, Luiz Henrique Volpe Camargo, Luiz Manoel Gomes Júnior, Márcio Bellocchi,  
Marcus Vinícius de Abreu Sampaio, Osmar Paixão Côrtes, Patrícia Pizzol, Paulo Magalhães Nasser,  
Pedro Miranda de Oliveira, Renato Opice Blum, Ricardo de Carvalho Aprigliano, Rita Nolasco, Rodrigo Fux,  
Rodrigo Gomes de Mendonça Pinheiro, Rodrigo Otávio Barioni (*in memoriam*), Rogéria Dotti, Rogerio Licastro,  
Torres de Mello, Ronaldo Cramer, Thiago Rodovalho.

**Conselho de Redação**

Anselmo Prieto, Anwar Mohammed, Arthur Arsuffi, Beline Nogueira Barros, Berenice Soubie Nogueira Magri,  
Carolina Uzeda, Christian Vieira, Claudia Cimardi, Claudia Schwerz, Cristiane Druve, Daniela Peretti D'Avila,  
David Pereira Cardoso, Edouard Dardenne, Fabiana Ramos, Guilherme Takieshi, João Ricardo de Camargo,  
Luciano Telles, Pedro Arruda Alvim Wambier, Renato Montans, Ricardo Nacle, Roberta Tarpiniam, Smith Barreni,  
Stella Economides Maciel, Victor Miranda.

GILMAR MENDES  
PAULO DIAS DE MOURA RIBEIRO  
INGO WOLFGANG SARLET  
OTAVIO LUIZ RODRIGUES JR.

Coordenadores Executivos  
VICTOR OLIVEIRA FERNANDES  
HANNAH PEREIRA ALFF

**Ensaio sobre Direito Constitucional,  
Processo Civil e Direito Civil.  
Uma homenagem ao Professor  
JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM**

Prefácio

EDUARDO ARRUDA ALVIM

TERESA ARRUDA ALVIM

THEREZA DINIZ DE ARRUDA ALVIM

**EDC**   
EDITORA DIREITO  
CONTEMPORÂNEO

2023

## Editora Direito Contemporâneo

**Sócios fundadores** Rafael Arruda Alvim Pinto, Felipe Toledo Moreira, Teresa Arruda Alvim  
**Diretor Comercial** Rafael Arruda Alvim Pinto  
**Diretor de conteúdo** Felipe Toledo Moreira  
**Editora** Cristiane Faria  
**Capa e Produção gráfica** Microart Design Editorial  
**Impressão e encadernação** Edições Loyola

© desta edição [2023]

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais). O autor goza da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhe a responsabilidade das ideias e dos conceitos emitidos em seu trabalho.

Data de fechamento da edição: 01.03.2023

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Ensaaios sobre Direito constitucional, Processo civil e Direito civil. Uma homenagem ao Professor José Manoel de Arruda Alvim / organização Gilmar Mendes... [et al.]. ; coordenadores executivos Victor Oliveira Fernandes, Hannah Pereira Alff. -- 1. ed. -- Curitiba, PR : Editora Direito Contemporâneo, 2023.

Vários autores.

Outros coordenadores: Paulo Moura Ribeiro, Ingo Wolfgang Sarlet, Otavio Luiz Rodrigues Jr.

Bibliografia.

ISBN 978-65-85269-00-1

1. Alvim, José Manuel de Arruda, 1936-2021 2. Artigos - Coletâneas 3. Direito processual civil 4. Homenagem 5. Jurisprudência I. Mendes, Gilmar. II. Ribeiro, Paulo Moura. III. Sarlet, Ingo Wolfgang. IV. Rodrigues Jr., Otavio Luiz. V. Fernandes, Victor Oliveira. VI. Alff, Hannah Pereira.

23-143509

CDU-34(81)

### Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito : Estudos em homenagem 34(81)

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

Cibebe Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

**EDC**  
EDITORA DIREITO  
CONTEMPORÂNEO

Av. Rep. Argentina, 1228, sala 812 - Água Verde  
Curitiba - PR - CEP 80240-200

## PREFÁCIO

Com alegria e emoção aceitamos o convite para prefaciarmos esta magnífica obra em homenagem a José Manoel de Arruda Alvim Netto.

O Professor Arruda Alvim, como todos do meio jurídico o conheciam, formou, ao longo de mais de cinquenta anos, centenas de professores e juristas dedicados principalmente ao estudo do Direito Processual Civil e do Direito Civil. Entre esses discípulos, nós, os filhos, Teresa e Eduardo (Didi e Dudu), assinamos este prefácio. Thereza Alvim foi casada com o homenageado por mais de cinquenta anos e, ao seu lado, além de destacar-se na advocacia, construiu portentosa carreira acadêmica.

Dissemos acima "principalmente" porque ao longo de sua profícua vida acadêmica, produziu também obras em outras áreas do Direito. Com seu magnífico Arguição de Relevância no Recurso Extraordinário, de 1.987, transitou amplamente pelo Direito Constitucional e pela Filosofia do Direito, além do Direito Processual Civil, revisitando com profundidade temas espinhosos, como o conceito de discricionariedade judicial, com densa incursão no direito comparado.

Arruda Alvim construiu sua vida profissional, afetiva e social em torno do estudo do direito e principalmente do processo civil. O estudo do direito era seu trabalho, seu lazer, seu deleite, sua

diversão, seu ganha-pão. Por isso, também seus amigos o são porque vivem nesta dimensão da vida.

Os coordenadores desta homenagem, a quem Arruda Alvim admirava e por quem nutria enorme estima, são juristas de primeira grandeza. Juristas – e a repetição do termo é deliberada, pois não há modo mais próprio de referi-los – que, cada qual dentro do seu ramo, tornaram-se norteadores dos estudiosos e operadores do Direito, de modo que não há outra maneira de nos referirmos a eles, senão usando do isento critério da ordem alfabética.

Gilmar Mendes é referência em diversas áreas, e muito particularmente em Direito Constitucional. Autor de obras profundas e consagradas, é Doutor pela Universidade de Münster e Ministro do Supremo Tribunal Federal há mais de vinte anos, tendo ocupado, antes disso e dentre outros, o elevado cargo de Advogado Geral da União.

Ingo Sarlet é Doutor e Pós-Doutor pela Universidade de Munique, tendo sido Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Dono de vastíssima produção bibliográfica, suas obras ecoam por todas as Universidades brasileiras, principalmente na área de Direito Constitucional, com especial enfoque no campo dos direitos fundamentais.

## SUMÁRIO

### Prefácio

*Eduardo Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim e Thereza Diniz de Arruda Alvim. . . . .* 5

### Apresentação da obra

*Gilmar Mendes, Paulo Moura Ribeiro, Ingo Wolfgang Sarlet, Otavio Luiz Rodrigues Jr. . . . .* 9

### José Manoel de Arruda Alvim Netto

*Currículo . . . . .* 11

### PARTE I – ARRUDA ALVIM: DIÁLOGOS COM SUA BIOGRAFIA E SUA OBRA

1. **À memória de Arruda Alvim que inspira**  
*Luiz Edson Fachin . . . . .* 29
2. **José Manoel de Arruda Alvim: aspectos de uma vida dedicada ao Direito**  
*Marco Félix Jobim . . . . .* 32
3. **Breves notas a respeito da teoria geral dos recursos: uma homenagem ao professor José Manoel de Arruda Alvim Netto**  
*Fátima Nancy Andrichi e Rodrigo Gomes de Mendonça Pinheiro. . . . .* 38
4. **Relevância da questão federal e a obra do Prof. Arruda Alvim**  
*Cândido Rangel Dinamarco . . . . .* 46
5. **O processo dos livros e o processo da realidade: uma homenagem a Arruda Alvim**  
*Gustavo Osna . . . . .* 57
6. **Arbitragem e a sua natureza jurisdicional: um diálogo com a obra do Professor Arruda Alvim**  
*Leonardo de Faria Beraldo . . . . .* 65

## PARTE II – DIREITO COMPARADO E DIREITO ESTRANGEIRO

7. **Fair dealing and good faith in English contract law**  
*Neil Andrews* ..... 77
8. **The standardization of property rights**  
*Christoph A. Kern* ..... 88
9. **Ciudades invisibles: desafíos metodológicos de la comparación procesal**  
*Eduardo Oteiza* ..... 94
10. **Certezza del diritto e conflitto fra giudicati**  
*Marco Gradi* ..... 104

## PARTE III – HISTÓRIA, EVOLUÇÃO, FUNDAMENTOS E TEORIA GERAL DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

11. **O processo civil brasileiro no século XXI**  
*Humberto Theodoro Júnior* ..... 121
12. **Para onde vai o processo civil brasileiro?**  
*Sérgio Cruz Arenhart* ..... 134
13. **Acesso à ordem jurídica justa – Sistema ampliado de justiça – Tratamento adequado dos conflitos**  
*Kazuo Watanabe* ..... 144
14. **Justiça multiportas como um *ever-expanding system*: um ensaio sobre a abertura como característica do sistema de justiça no Brasil**  
*Fredie Didier Jr. e Leandro Fernandez* ..... 149
15. **Democracia *versus* livre convencimento**  
*Lenio Luiz Streck* ..... 163

## PARTE IV – DIREITO PRIVADO E PROCESSO

16. **Da prescrição e seus elementos constitutivos**  
*Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf* ..... 173

17. **Cooperação no direito civil e no direito processual civil**  
*Rogério Donnini* ..... 187
18. **Cláusula penal e cláusula de indenização**  
*Gustavo Tepedino e Carlos Nelson Konder* ..... 198
19. **Sub-rogação da seguradora em contrato em que há cláusula compromissória de arbitragem**  
*Flávio Tartuce* ..... 204
20. **Preço mínimo na arrematação global de bens pelo exequente**  
*Alexandre Alves Lazzarini e Ana Paula Manente Cottet* ..... 214
21. **Adjudicação compulsória extrajudicial: pressupostos, natureza e limites**  
*Eduardo Talamini* ..... 223
22. **A Lei nº 14.382/2022, o sistema eletrônico de registros públicos e os negócios imobiliários**  
*Everaldo Augusto Cambler* ..... 239
23. **O direito de propriedade e as restrições decorrentes da legítima**  
*Mairan Gonçalves Maia Júnior* ..... 249
24. **Tutela constitucional da posse e sua projeção material e processual**  
*Fabio Caldas de Araújo* ..... 262
25. **O pensamento político, o direito e a ideologia nas possessórias e petitorias coletivas de posse velha do art. 565 do CPC/2015**  
*Jefferson Carús Guedes e Mauro Luciano Hauschild* ..... 272
26. **Breves reflexões sobre a posse precária**  
*Pablo Stolze Gagliano* ..... 285
27. **Ações possessórias de força nova e força velha: pequenas notas**  
*Rodrigo Mazzei* ..... 292
28. **Pactos sucessórios**  
*Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka* ..... 303

29. **A natureza jurídica da inscrição do produtor rural na Junta Comercial e seus efeitos na recuperação judicial**  
*Roberta Maria Rangel e Isabela Maria Pereira Lopes* ..... 312

30. **Aspectos distintivos da ação revocatória e da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito falimentar**  
*Oreste Nestor de Souza Laspro e Milena Gomes Francisco Teixeira* ..... 327

#### PARTE V – DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSO

31. **Direitos fundamentais, Constituição e processo civil no Brasil**  
*Ingo Wolfgang Sarlet* ..... 347

32. **Processo e Constituição**  
*Roberto Rosas* ..... 366

33. **O princípio da segurança jurídica como direito fundamental processual**  
*Daniel Mitidiero* ..... 370

34. **Limites e possibilidades da segurança jurídica, pela perspectiva da hermenêutica constitucional**  
*Marcelo Bezerra Ribeiro* ..... 376

#### PARTE VI – CORTES CONSTITUCIONAIS E TRIBUNAIS SUPERIORES

35. **As Cortes Superiores e uma nova função da jurisdição**  
*Márcio Bellocchi e Teresa Arruda Alvim* ..... 387

36. **O Superior Tribunal de Justiça como “Supremo Tribunal da Jurisdição Ordinária”**  
*Paulo Dias de Moura Ribeiro, Otavio Luiz Rodrigues Júnior e Rodrigo Xavier Leonardo* ..... 401

37. **O papel das Cortes Superiores e seus reflexos sobre o julgamento dos recursos excepcionais**  
*Eduardo Arruda Alvim, Eduardo Aranha Ferreira e Rosane Pereira dos Santos* ... 411

#### PARTE VII – RECURSOS CONSTITUCIONAIS, PRECEDENTES E RELEVÂNCIA

38. **Relevância no recurso especial: primeiras impressões**  
*Araken de Assis* ..... 425

39. **A Emenda Constitucional nº 125/2022 e a “relevância” baseada no valor da causa: uma dúvida sincera e uma possível resposta**  
*Carlos Roberto Barbosa Moreira* ..... 433

40. **Reflexões sobre a relevância das questões de direito federal em recurso especial**  
*Leonardo Carneiro da Cunha* ..... 439

41. **O direito fundamental ao acesso à justiça, a relevância da questão federal infraconstitucional objeto do recurso especial e os desafios dos tribunais locais**  
*Luis Alberto Reichelt* ..... 450

42. **Fundamentos do recurso extraordinário e delimitação da questão constitucional**  
*Luiz Guilherme Marinoni* ..... 456

43. **As duas fases da análise dos recursos excepcionais pelo presidente ou vice-presidente no tribunal local: juízo de seguimento e juízo de admissibilidade**  
*Pedro Miranda de Oliveira e Luiza Silva Rodrigues* ..... 473

44. **O impacto da sistemática dos precedentes formados em recursos repetitivos nas execuções**  
*Osmar Mendes Paixão Côrtes* ..... 488

45. **Entre precedentes e provimentos judiciais vinculantes: homenagem ao Professor Arruda Alvim**  
*Georges Abboud* ..... 498

46. **A importância dos precedentes no atual cenário de litigiosidade no Brasil**  
*Rodrigo Fux* ..... 506

#### PARTE VIII – DIREITO PROCESSUAL CIVIL

47. **Acordos processuais e processo coletivo**  
*Hermes Zaneti Jr.* ..... 521

48. **Tutela provisória e a declaração de inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei 12.016/2009 na ADI 4296: reflexões em homenagem ao Prof. Arruda Alvim**  
*Cassio Scarpinella Bueno* ..... 558

49. **Divergência no juízo rescindente e a repercussão sobre a continuidade do julgamento no juízo rescisório**  
*Flávio Luiz Yarshell e Rafael Stefanini Auilo* ..... 570
50. **O recurso de embargos de divergência: finalidade, cabimento, procedimento e efeitos**  
*Patricia Miranda Pizzol e Gilson Delgado Miranda* ..... 580

**PARTE****I**

**ARRUDA ALVIM:  
DIÁLOGOS COM SUA BIOGRAFIA E SUA OBRA**

## CLÁUSULA PENAL E CLÁUSULA DE INDENIZAÇÃO

Gustavo Tepedino

Professor titular de Direito Civil e ex-diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Carlos Nelson Konder

Professor do Departamento de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutor e mestre em direito civil pela UERJ. Especialista em direito civil pela Universidade de Camerino (Itália). Advogado.

### INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

O direito obrigacional foi descrito pelo professor Arruda Alvim como “um dos motores fundamentais da atividade econômica”, encontrando-se nos contratos, em especial, “os grandes impulsores da economia e possivelmente nos mais úteis veículos de troca através dos quais se realizou e realiza a circulação da riqueza”.<sup>2</sup> Nesse ambiente encontra-se a busca pelo delicado equilíbrio entre compelir o devedor desidiioso 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.<sup>3</sup>

1. Contribuição elaborada em tributo ao saudoso Professor José Manoel de Arruda Alvim, cuja atuação profissional e acadêmica modelar, com sua extraordinária obra e numerosos discípulos, serve de inspiração para estes autores e, certamente, para todas as gerações de advogados e professores em atividade na comunidade jurídica brasileira.
2. ALVIM, Arruda. *Direito privado*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002. v. 2, p. 95.
3. Como afirmado em outra ocasião, trata-se do “difícil equilíbrio entre o anseio de punir o devedor contu-

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, de modo que “influem nessa configuração normativa da realidade coordenadas ideológicas ou de valor presentes numa dada época histórica”.<sup>4</sup>

A influência dos valores sociais sobre o controle dessas cláusulas não pode prescindir, todavia, do rigor científico e da fundamentação dogmática, sob pena

de, 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. *Temas de direito civil*, tomo I. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 117).

4. ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. A função social dos contratos no novo código civil. *Revista dos tribunais*, v. 815. São Paulo: set./2003, p. 11-31. recurso eletrônico.

de, sacrificando a coerência e sistematicidade do ordenamento, dar lugar ao mero arbítrio do julgador. Nessa direção, a evolução da doutrina dedicada à cláusula penal, principal exemplo de mecanismo negocial voltado a precaver as partes contra o inadimplemento, vem contribuindo para distingui-la de outras avenças com estruturas similares, mas voltadas a funções distintas, e, portanto, submetidas a diverso regime normativo, como é o caso da cláusula de indenização.

### 1. 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”.<sup>5</sup> A referência à pena deita raízes na histórica associação entre o inadimplemento obrigacional e o delito criminal, associação que, todavia, gradualmente se desvitalizou na seara civil.<sup>6</sup>

Ao acaso 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 eventual inadimplemento.<sup>7</sup> Paralelamente, todavia, ganhou for-

ça o entendimento de que a cláusula penal, restrita ao âmbito obrigacional, teria a função de liquidar antecipadamente as perdas e danos devidas ao credor caso o inadimplemento viesse efetivamente a ocorrer, poupando-o do tempo e esforço necessários à sua quantificação em sede judicial.<sup>8</sup>

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.<sup>9</sup> As divergências restringiam-se à indicação de qual dessas funções prevalecia sobre a outra, sem, todavia, excluí-la: a função *coercitiva*<sup>10</sup> ou a função *indenizatória*.<sup>11</sup>

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 nublificar mais do que esclarecer o intérprete na determinação das normas aplicáveis

8. GOMES, Orlando. *Obrigações*, 17. ed. atualizada por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 190.
9. Entre outros: CASSETARI, Christiano. *Multa contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 55; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. 2, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 416; e WALD, Arnoldo. *Direito civil*, v. 2, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 173.
10. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. II, 26. ed. atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 142; MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, v. V, t. II: do inadimplemento das obrigações (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 417.
11. NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 426.

5. BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, v. IV. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. p. 52.
6. TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil*, v. 2: obrigações. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 392.
7. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. II, 26. ed. atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 142-143.

à cláusula penal.<sup>12</sup> Foi determinante nessa 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*”.<sup>13</sup>

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 envolvidos.<sup>14</sup> Dessa forma, sob a alçada comum dos preceitos que regem as cláusulas penais, a interpretação e aplicação desses preceitos deve diferenciar-se conforme desempenhe função coercitiva ou função indenizatória.

Entretanto, a tese da dupla função encontrava-se de tal modo enraizada na cultura jurídica brasileira que diversos

12. Contra a possibilidade de conciliação das duas funções, entre nós, GOMES, Orlando. *Obrigações*, 17. ed. atualizada por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 190; LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 306; MATTIA, Fábio Maria de. Cláusula penal pura e cláusula penal não pura, republicado em *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, v. 2. São Paulo: 2011, p. 1117; NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, v. 2, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 479; RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Natureza, função e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 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.

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

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

desdobramentos dessa premissa 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.

## 2. DISTINÇÃO DA CLÁUSULA PENAL FRENTE À CLÁUSULA DE INDENIZAÇÃO

Além das obscuridades relativas ao regime normativo das distintas hipóteses de cláusula penal, a tese da dupla-função 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.

Distingue-se, nesse sentido, 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 é relevante 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 tem-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* da *clause de dommages-intérêts*; e no direito alemão, entre cláusula penal (*Vertragsstrafe*) e a cláusula simplesmente indenizatória (*pauschalierter Schadensersatz*).<sup>1</sup> Quanto a esta, introduzida como categoria com função autônoma em 1977, na legislação especial alemã sobre cláusulas contratuais gerais (AGB-Gesetz), foi incorporada, finalmente, ao BGB, na reforma do direito das obrigações de 2002 (BGB, § 309, 5).<sup>2</sup>

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

2. SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2020. p. 59 e ss.

A diferenciação entre a cláusula penal e a cláusula de indenização, também designada cláusula de prefixação de perdas e danos, enseja relevantes efeitos 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 “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.<sup>3</sup>

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 artigo 416 do CC; ou invocar-se a limitação legal ao valor do contrato prevista no artigo 412; assim como à redução equitativa prevista no artigo 413.<sup>4</sup> 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 contêm 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 ex-

3. SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2020. p. 52.

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



cesso não se reconduz à lógica do artigo 413 do CC.<sup>5</sup>

### 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.

Partindo-se da fundamental premissa estabelecida pelo professor Arruda Alvim de que há “liberdade na formação do contrato, mas, em princípio não na sua execução”,<sup>6</sup> torna-se tarefa fundamental apartar a cláusula penal e a cláusula de indenização, visto que, à distinção funcional entre elas corresponde regime normativo igualmente diverso no que tange às sanções imponíveis ao devedor diante do inadimplemento.

Para esta prioritária e precedente identificação funcional, que permite a qualificação dos modelos jurídicos e a escolha a estrutura mais adequada ao

5. SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2020, p. 61.

6. ALVIM, Arruda. *Direito privado*, v. I. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, p. 138.

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 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

- 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.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. atualizada por 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*, v. 4-5. Rio de Janeiro: 2014, p. 83-104, recurso eletrônico.
- 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, SP: Foco, 2021. p. 55-66.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, v. V, t. II: do inadimplemento das obrigações (coord: Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- MATTIA, Fábio Maria de. Cláusula penal pura e cláusula penal não pura, republicado em *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, v. 2. São Paulo: 2011. p. 1117-1150.
- 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, António 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. atualizada por 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) – São Paulo: USP, 2006.
- 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*. Tese (Doutorado) – São Paulo: USP, 2020.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 237.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil*, v. 2: obrigações. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*, v. 2, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- WALD, Arnoldo. *Direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.