

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC - SP

Moacyr da Costa Neto

Da cláusula penal em contratos relacionais

DOUTORADO EM DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

SÃO PAULO

2016

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC - SP

Moacyr da Costa Neto

Da cláusula penal em contratos relacionais

DOUTORADO EM DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

Dissertação apresentada à Banca Examinadora, como exigência parcial para obtenção de título de Doutor em Direito Civil Comparado, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Professora Doutora Odete Novais Carneiro Queiroz.

SÃO PAULO

2016

**Moacyr da Costa Neto**  
**“Da cláusula penal em contratos relacionais”**  
**Tese de doutorado**

**Erratas**

**Folha:** Capa

**Onde se lê:** “Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção de título de Doutor em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Professora Doutora Odete Novais Carneiro Queiroz.”

**Leia-se:** “Tese apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção de título de Doutor em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Professora Doutora Odete Novais Carneiro Queiroz.”

**Folha:** 188

**Onde se lê:** “Como tivemos a oportunidade de expor, os negócios jurídicos e suas categorias transitam segundo as formas de composição dos fatores de produção e circulação de riquezas moldando-se às exigências próprias de seu tempo. Neste compasso entre o Direito e a Economia é que enxergamos a importância das circunstâncias negociais como liame teórico fundamental ao amparo de nossa tese, por considerarmos que as distintas categorias de contratantes civis, consumidores e empresários, assistidos pelo Direito Privado.”

**Leia-se:** “Como tivemos a oportunidade de expor, os negócios jurídicos e suas categorias transitam segundo as formas de composição dos fatores de produção e circulação de riquezas moldando-se às exigências próprias de seu tempo. Neste compasso entre o Direito e a Economia é que enxergamos a importância das circunstâncias negociais como liame teórico fundamental ao amparo de nossa tese, por considerarmos que as distintas categorias de contratantes civis, consumidores e empresários, assistidos pelo Direito Privado, exigem tratamentos que respeitem as diferenças próprias de cada ambiente e seus sujeitos componentes.”

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

---

---

Agradeço a Deus.

Ao amor da minha vida, Daniela Bianchi do Ó Costa.

Ao meu filho, Fellipe.

Aos meus pais, Nilson e Vera.

Aos meus familiares.

## **AGRADECIMENTOS**

À Professora Doutora Odete Novais Carneiro Queiroz por suas orientações que se mostraram imprescindíveis para a realização deste trabalho, mas principalmente por sua dedicação, encontrada somente em pessoas muito especiais.

Aos Professores Doutores Déborah Regina Lambach Ferreira da Costa e Giovanni Ettore Nanni, pelas observações fundamentais durante o exame de qualificação.

À Professora Doutora Maria Helena Diniz por ter me incentivado, no decorrer de minha formação acadêmica.

## RESUMO

A cláusula penal é um instituto tradicional. Consolidou-se na experiência brasileira sua compreensão como dispositivo que desempenha o papel de proposta de substituição da obrigação avençada pela indenização prefixada, na hipótese de sua inexecução total, ou incide por ocasião da tipificação do atraso, concorrendo com o cumprimento da obrigação. Em ambas as hipóteses, haverá o controle de redução equitativa da multa fixada, evitando-se o enriquecimento sem causa do credor. O problema é que a ordem socioeconômica, cada vez mais multifacetada, exige modelos de coordenação das relações mais flexíveis e que permitam aos contratantes dirigi-los com liberdade e responsabilidade. Essa possibilidade é estudada com base no exemplo dos contratos relacionais, por ser considerado um tipo contratual caracterizado por certa incomensurabilidade na equivalência das trocas projetadas para o futuro, é dependente fundamentalmente da confiança que um contratante deposita no outro. Nesta situação, a inexecução do dever de confiança, compreendido como a proibição de exploração de vulnerabilidades, permitirá a imposição de sanção em sentido estrito, desapegada da finalidade indenizatória. A estratégia é destinada ao reforço dos deveres de confiança e assistida pelo princípio da conservação do vínculo contratual. Numa perspectiva econômica, a solução pensada é responsável por diminuir os custos da transação.

Palavras-chave: contrato incompleto; contrato relacional; cláusula penal; custos da transação.

## ABSTRACT

The penalty clause is a tradition in contracts. In Brazil, there is a consolidated understanding of it as a device that replaces the proposed role of the obligation agreed upon by the compensation required, in case the partners do not meet their obligations. The penalty clause also focuses on the classification of the delay as a way to reinforce the fulfillment of the obligation. In both cases, control of the penalty established will be kept, in order to prevent what could be considered unfair enrichment by the lender. The problem is that the socioeconomic situation, increasingly complex, requires more flexible coordination models which may enable contractors to take care of their interests with freedom and in a responsible way. The possibility presently being discussed is based on the relational contracts, because a certain incommensurability in the equivalence of the exchanges planned for the future is typical of them, and depends fundamentally on the confidence that a party places upon the other. In this situation, failure to perform what has been agreed upon - understood as the prohibition to exploit vulnerabilities -, will make room for punishment *strictu sensu* not connected to indemnification purposes. Such strategy aims to reinforce trust as an indispensable duty, and its objective is to keep the contractual relationship. From an economic perspective, the solution offered, that is, the use of the penalty clause, will be a tool for reducing the transactional costs.

Key words: incomplete contract; relational contract; penalty clause; transactional costs.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AC	Apelação Cível
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Ag	Agravo de Instrumento
AgRg	Agravo Regimental
AREsp	Agravo em Recurso Especial
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
REsp	Recurso especial
RI	Recurso inominado
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
RS	Estado do Rio Grande do Sul
SP	Estado de São Paulo
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJDF	Tribunal de Justiça do Distrito Federal
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJPR	Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

## SUMÁRIO

Introdução .....	11
Parte I - Problematização .....	14
1. Da cláusula penal substitutiva ou cumulativa .....	14
2. Dos contratos relacionais e sua incompletude .....	19
Parte II – Da cláusula penal .....	24
3. História da cláusula penal .....	24
3.1. <i>Stipulatio poenae</i> .....	24
3.2. Da cláusula penal na Idade Média .....	29
3.3. Da cláusula penal no modelo francês .....	31
3.4. Da cláusula penal no modelo italiano .....	37
3.5. Da cláusula penal no modelo português .....	38
3.6. Da concepção indenizatória no sistema do <i>common law</i> .....	39
3.7. Da cláusula penal na Alemanha .....	41
3.8. Da cláusula penal no sistema brasileiro .....	43
3.8.1. Perspectiva normativa da cláusula penal .....	47
4. Das concepções e funções da cláusula penal .....	50
4.1. Concepção da cláusula penal como figura unitária, bifuncional ou de natureza indenizatória .....	50
4.2. Da função da punição como técnica de reforço ao adimplemento do regime obrigacional .....	57
4.3. Da cláusula penal compensatória e moratória .....	60
4.4. Da cláusula penal puramente punitiva .....	64
5. Delimitação da cláusula penal segundo figuras próximas .....	68
5.1. Arras .....	68
5.2. <i>Astreinte</i> .....	71
5.3. <i>Punitive Damages</i> .....	79
5.4. Da convenção de não indenizar .....	84
5.5. Comparação da função compensatória da cláusula penal com outros interesses associados à inexecução da obrigação .....	86

Parte III - Inquietações quanto à formação e controle dos contratos .....	89
6. Do contrato e o Estado liberal.....	89
6.1. A retórica liberal do Código Civil de 1916 .....	93
7. Provocações de uma ordem globalizada .....	97
7.1. Da busca de novos paradigmas no Direito Privado .....	103
7.2. Da funcionalização de Direitos.....	112
7.3. Da procedimentalização de soluções .....	120
Parte IV – Contribuições da teoria econômica do contrato .....	125
8. Do contrato como operação econômica .....	125
8.1. Da mobilização e da desmaterialização da riqueza .....	135
8.2. Dos custos da transação .....	143
8.3. Da incompletude dos contratos relacionais .....	148
8.4. Da assimetria informativa como custo da transação.....	158
9. Do dano e da punição.....	162
10. Da confiança como elemento estrutural do negócio jurídico.....	175
Conclusão .....	187
Referências .....	189

## Introdução

A possibilidade e vantagens do uso da cláusula penal puramente punitiva em contratos relacionais, como mecanismo destinado à tutela dos deveres de confiança e cooperação que, neste tipo negocial são considerados integrantes de seu núcleo obrigacional é o que buscaremos trazer à luz, com o presente trabalho.

Discorreremos a respeito das limitações do senso comum teórico depositado no instituto da cláusula penal, destacadamente a concepção preponderante, em nossa cultura jurídica, de sua natureza como modelo bifuncional destinado, ao mesmo tempo, para a fixação de sanção e para prefixação da indenização. Consideramos que a cláusula penal é instituto que pode assumir diversas configurações, a depender essencialmente de circunstâncias negociais.

A leitura da validade da cláusula penal puramente punitiva nos remeterá à *teoria das fontes*, pois consideramos não haver orientação normativa expressa, para o instituto em apreço. Desta forma, sua juridicização dependerá, em grande parte, dos predicados dos contratantes associados aos propósitos do contrato.

Do mesmo modo, a necessidade de delimitação objetiva da tese nos remete à leitura de algumas transformações ocorridas no direito contratual hodierno e seus desdobramentos em relação ao entendimento consolidado das funções atribuídas à cláusula penal como dispositivo destinado ao reforço da obrigação e à prefixação de indenização. Isso, porque, com as mudanças da ordem de mercado, certas categorias contratuais deixam de ser concebidas como instrumentais para a circulação de riquezas materiais e passam a ser concebidas como modelos fundamentais de propulsão da econômica e de gestão de recursos não assimiláveis a simples coisas.

Uma vez que consideramos a cláusula penal puramente punitiva partícula inserida neste amplo campo teórico e empírico dos contratos, defendemos que sua investigação não comporta sua leitura alheia às especificidades dos mercados explorados e aos padrões de racionalidade com os quais se relacionam.

É neste sentido que colacionamos o exemplo dos contratos relacionais - não raras vezes incompletos quanto à definição de todo seu suporte fático -, como categoria negocial qualificada por certa incomensurabilidade na equivalência das trocas projetadas para o futuro. Eles caracterizam-se também pela constituição de vínculos essencialmente dependentes do compromisso dos contratantes com a troca de informações, como diretriz estratégica de seu planejamento em atenção ao postulado da confiança.

Além de nos envolver com a discussão da cláusula penal e seu delineamento teórico, buscaremos conceitos emprestados da disciplina da Economia e norteados por sua racionalidade, a exemplo da ideia dos custos da transação e da incompletude contratual. Queremos, com isso, comprovar nossa tese de que à cláusula penal, além do caráter moratório ou compensatório, também pode ser atribuída a função puramente punitiva - vinculada sua validade às especificidades do caso concreto -, desde que não combinada com aquelas finalidades mencionadas, o que lhe retiraria esta nota e a remeteria aos consagrados papéis de servir à reprovação do atraso ou à prefixação de indenização.

A partir desse ângulo ao qual submetemos nosso trabalho, fica comprometida a assertiva de se conferir às inovadoras categorias negociais os padrões já experimentados na condução de outros modelos negociais; o delineamento da cláusula penal compensatória como regra, adstrita à possibilidade de prefixação de indenização ou destinada à regência do atraso, é algo que questionamos.

Como teremos a oportunidade de expor, os negócios jurídicos e suas categorias transitam segundo as formas de composição dos fatores de produção e circulação de riquezas, amoldando-se, com criatividade, às exigências próprias de seu tempo.

Mas para não nos apartamos do delineamento teórico próprio das disciplinas jurídicas, o que nos remeteria a panoramas exclusivamente sociais ou econômicos, buscamos, no já apontado contrato relacional e seu amparo doutrinário, um exemplo que nos leve à compreensão do fenômeno negocial a partir de sua situação em relação aos fatos, como veículo de operação econômica e sujeito às especificidades do mercado explorado.

E é neste compasso entre as disciplinas do Direito e da Economia que enxergamos a importância das *circunstâncias negociais*. Este é um conceito técnico que designa a existência de condições fáticas para a aceitação das manifestações de vontades como estando aptas a surtir os efeitos esperados e como liame teórico fundamental ao amparo de nossa tese, por considerarmos que as distintas categorias de contratantes civis, consumidores e empresários, assistidos pelo Direito Privado, exigem isonômica orientação.

Daí sustentarmos que a cláusula penal puramente punitiva é figura não contemplada no Código Civil, portanto, estranha à orientação encontrada em seus artigos 409, 412, 413 e 416. A validade da cláusula está mais ligada aos pressupostos estruturais do negócio jurídico, dentre os quais, o exercício responsável da liberdade, conjugado às circunstâncias negociais que o legitimem, razão pela qual tampouco defendemos a possibilidade indistinta de sua utilização para todas as categorias de sujeitos que transitam pelo ambiente do Direito Privado.

A estrutura de nosso trabalho está na importância de compreendermos o fenômeno jurídico negocial como operação econômica pautada, fundamentalmente, nas trocas e sua projeção para o futuro. Tudo isso, amparado pelos deveres de confiança e cooperação instrumentalizados pela cláusula penal puramente punitiva.

## Parte I - Problematização

### 1. Da cláusula penal substitutiva ou cumulativa

Trata-se, a cláusula penal, de instituto de longa tradição e amplamente difundido. Por esta razão, Rubens Limongi França entende que compõe o direito das gentes, pois “a orientação tomada quanto à natureza jurídica da clássica cláusula penal o foi independentemente das peculiaridades dos respectivos sistemas internos.”<sup>1</sup>

Regida também pelo senso comum teórico doutrinário<sup>2</sup> e não só por ditames normativos, como defenderemos, a cláusula penal é classificada como *compensatória* ou *moratória* e desempenha o papel de proposta *substitutiva* da obrigação avençada pela indenização prefixada, na hipótese de sua inexecução total, ou incide por ocasião da tipificação do atraso, concorrendo com o cumprimento da obrigação, em papel *cumulativo*. Não obstante, há divergências a respeito de sua natureza jurídica, que transita entre modelos concebidos como: *punitivo-repressivo*, *compensatório-sancionatório* ou *prefixado para designar o valor da indenização*.<sup>3</sup>

No que se refere à cláusula penal compensatória, consolidou-se a sua compreensão como instrumento destinado a servir de reforço ao cumprimento da obrigação e à prefixação da indenização, na hipótese de sua inexecução. Sedimentou-se, portanto, a tendência de ser entendida como figura unitária e de composição bifuncional, ao enlaçar características de compensação e indenização, servindo como estímulo ao cumprimento da obrigação avençada e forma de liquidação convencional e antecipada do prejuízo decorrente da inexecução da

---

<sup>1</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 141.

<sup>2</sup> Sugerimos: WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, p. 13-15; JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 759, jan/1999, p. 24-40.

<sup>3</sup> MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 317; MATTIA, Fábio Maria de. Cláusula penal pura e não pura. In: **Obrigações: função e eficácia**. vol. II. (coords.) FACHIN, Luiz Edson, TEPEDINO, Gustavo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 1117-1150; MAZEAUD, Denis. **La notion de clause pénale**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992.

obrigação.<sup>4</sup> Quanto à cláusula penal moratória, tendo em vista que sua incidência não proibirá o credor de postular o cumprimento da obrigação atrasada, recebe com destaque a característica de servir de reforço ao vínculo obrigacional.<sup>5</sup>

À função penal da cláusula resta preponderantemente associada à ideia de reforço e compulsoriedade,<sup>6</sup> aspecto que se deve ao intenso controle normativo no curso da História, concorrente, em nossa opinião, com o fenômeno da padronização de negócios jurídicos e o surgimento de contratos-tipo, responsáveis, em seus correspondentes ambientes de celebração, por gerar uma das mais significativas formas de restrição da liberdade contratual, sobretudo, na Europa, após a revolução industrial do início do século XIX. Esse fenômeno é notado por Enzo Roppo.<sup>7</sup>

De certo modo, notamos que o surgimento da denominada *sociedade de massa*, como derivação das transformações sociais e econômicas ocorridas sobretudo no curso do século XX, respaldou o declínio da autonomia da vontade como vetor universal responsável pela formação e orientação dos negócios jurídicos. No campo teórico da cláusula penal, exposto à projeção desse fenômeno, limitou-se a percepção de sua natureza como disposição adstrita aos padrões econômicos e patrimoniais associados ao núcleo da obrigação avençada, não podendo, pois, ser maior do que ele, sob pena de tipificação de enriquecimento sem causa.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> ROSENVALD, Nelson. **Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais**. São Paulo: Lúmen Juris, 2007, p. 79.

<sup>5</sup> O conteúdo do REsp nº. 1.335.617 / SP, julgado em 27/03/2014, é esclarecedor quanto à leitura da natureza jurídica da cláusula penal compensatória e moratória.

<sup>6</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro**. 2016. 418 folhas. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 165.

<sup>7</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 311-312; Ainda: ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 461-462; SAVATIER, René. **Les metamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui**. 3. ed. Paris: Dalloz, 1964, p. 17.

<sup>8</sup> NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 409-414. Esclarecedora a pesquisa de Luiz Fernando de Camargo Prudente do Amaral, que elabora seus escritos para tratar da teoria dos contratos, considerada desde suas bases ideológicas iluministas (AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente. **Adimplemento substancial: uma forma de segurança jurídica contratual**. 2015. 278 folhas. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo).

Otávio Luiz Rodrigues Júnior<sup>9</sup> observa que o enfraquecimento dos vínculos obrigacionais que se espelhavam na ideologia da liberdade, os quais eram representados pela parêmia do *pacta sunt servanda*, resultou na ampliação da força interventiva do Poder Judiciário brasileiro. Assim, perdeu-se uma oportunidade histórica de se fortalecer a cláusula penal como instituto pautado pela segurança jurídica compreendida como o exercício das liberdades e consagrar o primado de sua intangibilidade.

Numerosos doutrinadores compreendem a cláusula penal como disposição acessória à obrigação principal - algo que consideramos, inclusive, consequência da redação adotada pelo Código Civil<sup>10</sup> de 1916, em seus artigos 920, 922 e 924 -, limitada ao seu valor e mitigada a expressão da autonomia da vontade como força suficiente para criação do regime jurídico obrigacional.<sup>11</sup>

Entendemos que a ênfase dispensada a esta característica específica, a acessoriedade, somada ao sucinto tratamento conferido à cláusula penal pelos códigos de 1916 e de 2002, é fator que contribuiu para seu isolamento teórico. Há décadas os arestos reafirmam que o limite da cláusula penal é a obrigação principal.

A possibilidade outrora existente da redução de cláusula penal reputada desproporcional passou, com a redação conferida pelo artigo 413 do novo

---

<sup>9</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro**. 2016. 418 folhas. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 232.

<sup>10</sup> “Artigo 920. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.”; “Artigo 922. A nulidade da obrigação imporá a da cláusula penal.”; “Artigo 924. Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora ou de inadimplemento.”

<sup>11</sup> Veja-se, por exemplo, o conteúdo do Recurso Extraordinário nº. 37.826 / MG, julgado em 27/12/1958: “Cláusula penal – O limite para a comunicação imposta é o valor da obrigação principal. Artigo 920 do Código Civil.” Também o Recurso Extraordinário nº. 89.483 / RJ, julgado em 27/04/1979, exercida a relatoria pelo Ministro Décio Miranda, consignou a natureza cogente do artigo 924 do Código Civil: “[...] Dizendo o contrato que, em caso de rescisão por inadimplemento, o comprador perderá o pagamento inicial e as subsequentes, essa disposição constitui, no conjunto dos valores abrangidos, uma cláusula penal, que ao juiz é dado reduzir, nos termos do artigo 924 do Código Civil.” No mesmo sentido, as seguintes decisões vinculam a cláusula penal à grandeza da obrigação principal: RT, vols. 72/127; 85/561; 95/134; 117/153; 119/183; 123/548; 125/75; 128/244 e 233; 129/117; 142/624; 153/319; 156/287; 159/720; 178/795; 204/508; 205/437; 206/289; 210/125; 212/309; 215/293; 218/559; 221/362 e 400; 226/378; 297/489; 344/466.

Código Civil,<sup>12</sup> a ser um dever de competência do Poder Judiciário, até mesmo para determiná-la de ofício.<sup>13</sup> A função da cláusula penal ficou, pois, delimitada à prefixação de indenização.

Ainda, Otávio Luiz Rodrigues Júnior<sup>14</sup> comenta que o instituto sofreu um significativo processo de enfraquecimento, segundo duas perspectivas:

- a) *interna*, derivada de um expressivo controle judicial de seu limite, com fundamento em normas admitidas como cogentes, bem como o emprego de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados visando a tutela dos mais fracos e manutenção da ordem jurídica em pautas éticas e justas, assistidos por instrumentos como a função social do contrato, boa-fé objetiva, vedação de comportamento contraditório, abuso de direito e proibição de enriquecimento sem causa;
- b) *externa*, resultado da consolidação de mecanismos de coação processual, a exemplo das *astreintes*. Conclui o autor, a respeito da cláusula penal, que sua feição contemporânea sequer admitiria, de acordo com o sistema brasileiro, o recebimento de um tratamento alheio à noção de dano e sua indenização.

Consideramos equivocada a construção desse entendimento como critério universal. Ainda que tal modelo possa guiar diversas categorias de negócios jurídicos, destacadamente os firmados em ambientes qualificados pelo desequilíbrio e diferença de oportunidades no que se refere à contribuição das vontades para a formação do regime jurídico obrigacional, há tantos outros que dependem

---

<sup>12</sup> “Artigo 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.”

<sup>13</sup> São exemplos as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais: Agravo de Instrumento 1.0024.07.527571-9/001, Relator Des. Fernando Caldeira Brant, 11ª Câmara Cível, julgado em 12/09/2012; Agravo de Instrumento 1.0701.10.019063-9/002, Relator Des. João Cancio, 18ª Câmara Cível, julgado em 19/06/2012. Do mesmo modo, a seguinte decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Apelação Cível 101724-14.2014.8.26.0577, Relator Des. Fábio Podestá, 5ª Câmara de Direito Privado, julgado em 10/03/2015.

<sup>14</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro**. 2016. 418 folhas. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 7; ARAI, Rubens Hideo. Cláusula penal. In: **Obrigações**. (coords.) LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. São Paulo: Atlas, 2011, p. 731-758.

exatamente da segurança depositada no interesse e sua manifestação, assistidos pelo cânone do exercício responsável das liberdades.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Atentos à reflexão de Maria Helena Diniz (DINIZ, Maria Helena. **Conceito de norma jurídica como problema de essência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 25-30), a sincronia entre o *dado*, como conjunto de realidades, e o *construído*, como técnica empregada pelo artifício humano para a elaboração de normas, não pode revelar um processo alheio ao seu entorno, o que nos permite argumentar que a compreensão atribuída aos comandos encontrados nos artigos 412 e 413 do Código Civil, não pode ser estática, conforme defendemos, sobejamente porque destinada à orientação de fenômenos econômicos e vinculados aos modelos de produção e circulação de riquezas. Ainda: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Forense, 2002, p. 14; VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 30.

## 2. Dos contratos relacionais e sua incompletude

Contudo, temos como defender o uso da cláusula penal puramente punitiva, mesmo considerada a extensa produção científica e doutrinária refratária a tal possibilidade?<sup>16</sup> Pensamos que sim. Rubens Limongi França pondera que nada impede a utilização da cláusula com escopo puramente punitivo:

[...] punitiva é a cláusula que tem por função estabelecer tão-somente UMA PENA, para o caso de inadimplemento. [...] Conforme foi visto, a essência da cláusula penal está em significar um reforço, uma garantia, da execução exata da obrigação a que está adstrita. Não obstante, em sendo punitiva, não se lhe desfigura a natureza fundamental, porque punir também é um meio de se reforçar.”<sup>17</sup>

Como amparo ao emprego da cláusula penal com caráter punitivo, França propõe critérios fundados em dois motivos, os quais, inclusive, adotaremos como modelo de organização de nosso trabalho, como se segue: 1) jurídico-positivo, que “decorre dos princípios dogmáticos que emanam do sistema, especialmente o da autonomia da vontade, consistindo, em suma, em poderem as partes obrigar-se em tudo aquilo que não seja considerado ilícito ou imoral e, sobretudo, não contrarie os interesses da ordem pública”; 2) jurídico-natural, “fundado na natureza das coisas, que têm as partes, de contratar tudo aquilo que, sem ferir direitos de quem quer que seja, antes, pelo contrário, sirva para o bom encaminhamento da vida dos negócios jurídicos.”<sup>18</sup>

Esse autor discorre, ainda, sobre a possibilidade de fixação de cláusula penal puramente punitiva cumulativamente com cláusulas penais

---

<sup>16</sup> Compõem a base de pesquisa e leitura os seguintes trabalhos produzidos nesta colenda Instituição de Ensino Superior: BRANCO, Luiz Carlos. **Cláusula penal: o valor da cominação e a redução equitativa da pena**. 2010. 156 folhas. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; KELETI, Daniel de Leão. **Cláusula penal no código civil**. 2007. 213 folhas. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; SILVA, Leonardo Di Cola N. **Cláusula penal e o código civil de 2002**. 2008. 146 folhas. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; BOULOS, Daniel Martins. **O novo regime jurídico da cláusula penal: ensaio acerca da interpretação do artigo 413 do código civil**. 2013. 149 folhas. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; TRUBILHANO, Fábio Souza. **A cláusula penal e sua limitação no ordenamento jurídico brasileiro e no direito estrangeiro**. 2010. 209 folhas. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; CASSETARI, Christiano. **Cláusula penal: uma releitura de acordo com o novo direito civil que se constrói**. 2007. 188 folhas. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

<sup>17</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 205.

<sup>18</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 206.

moratórias ou compensatórias, pois “nada há que o impeça”,<sup>19</sup> assertiva que referenda nossa tese e nos permite tratá-la como um instrumento próprio e alheio às questões da indenização e do atraso. Recebemos essa diretriz traçada pelo autor como uma premissa em nossas considerações, portanto, é impossível observarmos, numa única disposição penal contratual, os concomitantes objetivos de prefixação de danos, orientação do atraso e imposição de pena em sentido estrito. Essas hipóteses demandam a utilização de convenções próprias e autônomas.

Em busca de critérios jurídico-naturais que referendassem nossa defesa, encontramos alguns elementos que, combinados, justificam o emprego da cláusula penal com função puramente punitiva. Antecipamos ser leitura que nos remete precipuamente à compreensão da importância do plano dos fatos como critério dirigente das relações jurídicas, próprio da Economia, numa avaliação metodologicamente inversa àquela que comumente observamos no campo doutrinário da teoria do negócio jurídico, dos contratos e das obrigações, adstrita a modelos lógico-dedutivos.<sup>20</sup>

Como exemplo e recurso para justificar nossas assertivas, indicamos os denominados *contratos relacionais*. Eles nos permitem argumentar que a noção unitária e bifuncional da cláusula penal, destinada ao reforço da obrigação e à prefixação de danos, ou seu emprego como instrumento destinado ao tratamento do atraso, não oferecem eficácia para assistir o conjunto de possibilidades atreladas ao universo das relações contratuais pautadas numa metodologia de produção flexível.

---

<sup>19</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 207.

<sup>20</sup> Notamos essa tendência nos escritos de Pontes de Miranda, pois o autor pondera que quando há o aparecimento de novos tipos contratuais devem ser aferidos nos regimes normativos já existentes quais elementos teriam afinidade com os seus padrões. Tal assertiva gera o risco de constituição de modelos *tertium genus* desapegados do plano dos fatos. São seus os comentários: “Os negócios jurídicos entram em certas classes, mais ou menos rígidas, que são os tipos de negócios jurídicos. Se a prática – a vida, em sua explicitação de exigências econômicas, sociais ou jurídicas – cria tipos novos, esses tipos novos são criações do direito consuetudinário; de modo que à base deles estão regras jurídicas novas, que enriqueceram o seu objetivo. Se a prática – a vida, em suas combinações mais ou menos adequadas aos interesses de alguém, de algum momento, ou de algum comércio – apanha, aqui, o elemento de um tipo e, ali, o de outro, ou outros, criando espécies novas, nenhuma regra jurídica exsurge: o direito permanece tal qual ele é; apenas, em vez de se adotar um só tipo, se lança mão de dois ou mais, em uniões, ou em mistura.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. t. 3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 63). Neste sentido: BELLANTUONO, Giuseppe. **I contratti incompleti nel diritto e nell'economia**. Padova: Cedam, 2000, p. 8.

O contrato relacional é considerado categoria negocial caracterizada por certa incomensurabilidade na equivalência das trocas projetadas para o futuro. Outra peculiaridade desse tipo de contrato é a constituição de vínculos que dependem essencialmente do compromisso dos contratantes, bem como do planejamento comum e administração das variáveis surgidas no decorrer da relação. Sob uma ótica pragmática, tais particularidades podem ser compreendidas como uma projeção do princípio da conservação dos contratos.

É neste sentido que contemplamos uma possibilidade associada à cláusula penal - alheia à função de prefixação de indenização em contratos mais ajustados ao desempenho dos contratantes do que às trocas puramente materiais -, de servir como instrumento destinado à penalização do contratante que viole o dever de confiança, em um simples exercício punitivo. Ronaldo Porto Macedo explica que:

A confiança pode ser entendida como a expectativa mútua de que, numa troca, nenhuma parte irá explorar a vulnerabilidade da outra. [...] Num mundo de planos abertos de colaboração na produção de bens e serviços altamente especializados, qualquer parte pode impedir o sucesso da outra, sem que para isto possa haver uma proteção contratual segura dentro do paradigma contratual clássico. Para que isto ocorra, basta, por exemplo, que uma parte atraia um colaborador a um projeto comum e posteriormente deixe de dedicar recursos complementares necessários até que os termos do acordo sejam negociados em seu favor. Surge daí a necessidade e importância de se estudar as condições nas quais nasce a confiança [...]<sup>21</sup>

Vale colacionarmos a preleção de Ricardo Luis Lorenzetti sobre a relativa incomensurabilidade, inerente aos contratos relacionais:

Para obtener la característica de “adaptabilidad”, el objeto debe desmaterializarse; no se trata de una cosa o un bien, sino de reglas procedimentales para determinarlo, ya que, como dijimos en el punto anterior, el objeto se transforma en una envoltura, en un sistema de relaciones que se modifica constantemente en su interior para ganar adaptabilidad. [...] En el derecho anglosajón se ha desarrollado la teoría de los contratos relacionales, que se refiere a dos fenómenos simultáneos: los vínculos de larga duración y las redes contractuales. La teoría contractual debe modificarse para captar las relaciones flexibles que unen a las empresas en la economía actual y tener en cuenta que estos vínculos se hacen con perspectiva de futuro. La

---

<sup>21</sup> MACEDO, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 180.

teoria clássica contempla al contrato como algo aislado y discontinuo, com un objeto definido que hace “presente” lo que las partes harán en el futuro (por ejemplo, comprar y vender una cosa). El contrato actual, en cambio, presenta un objeto materialmente vacío, porque en realidad se pactan procedimientos de actuación, reglas que unirán a las partes y que se irán especificando a lo largo del proceso de cumplimiento. Los vínculos de larga duración tienen un carácter procesual, en el sentido de que el objeto no es una prestación consistente en un dar o en un hacer determinado, sino determinable. En el campo de las “networks” el contrato es una relación entre empresas basada en la cooperación. Se trata de vínculos múltiples basados en la confianza entre los agentes para lograr una metodología de producción flexible, que es lo que exige la economía actual. De modo que es esa confianza o cooperación el elemento que une a esas redes. Resumiendo: se destaca al contrato como un conjunto de reglas que establecen comportamientos procedimentales para lograr un resultado flexible, basado en la cooperación de un conjunto de agentes económicos.<sup>22</sup>

Também agregamos a definição dos contratos relacionais, consoante o escólio de Nelson Rosenvald:

Os contratos relacionais são sinteticamente percebidos por sete elementos: (1) *Relações primárias intensamente exigidas* - envolvem relações profundas de comunicação com a pessoa integral, em que a satisfação pessoal e não econômica é preponderante; (2) *Medida de transação econômica* - há uma certa incomensurabilidade na equivalência das trocas projetadas para o futuro, podendo envolver valores não monetizáveis; (3) *Começo, duração e término* - o início e o término não são abruptos e predefinidos, pelo contrário, são relações de adesão, graduais e não tão claramente determinadas no tempo; (4) *Planejamento* - não se consideram apenas o objeto, preço e prazo de pagamento, mas, principalmente, a performance futura e a condução de planejamentos flexíveis com caráter processual, ou seja, com regras sobre a revisão e reformulação do planejamento em termos de cooperação; (5) *Solidariedade e cooperação* - A cooperação deixa de ser dever anexo e se torna obrigação principal. Os benefícios e os ônus são compartilhados. Cooperar é associar-se com outro para benefício mútuo ou para divisão mútua do ônus, com equilíbrio substancial nas trocas (não exploração); já a solidariedade importa a preocupação de uns com os outros com base em valores comunitários (corresponsabilidade); (6) *Poder* - o contrato relacional lida com a diferença de status entre as partes antes, durante e depois das trocas. Os desequilíbrios de poder são mitigados pelo mecanismo compensatório do direito de participação da parte mais frágil na gestão dos serviços que lhe são de interesse direto e pelo controle de custos e *performance* de contratos; (7) *Visão e expectativa dos participantes* - já existe todo

---

<sup>22</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de una teoría sistémica del contrato. In: **Obrigações e contratos: estrutura e dogmática**. vol. I. FACHIN, Luiz Edson, TEPEDINO, Gustavo (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 496-497.

um processo para planejamento e resolução de conflitos emergentes. Pela leitura dos sete atributos do contrato relacional, vê-se que as partes estão de certo modo 'reféns' uma da outra, no duplo sentido de não terem ao seu alcance alternativas em termos de parceiros de troca (de estarem longe de qualquer mercado) e de os resultados do contrato dependerem crucialmente da conduta delas.<sup>23</sup>

O emprego da cláusula penal punitiva em contratos relacionais, considerada sua finalidade de servir mais para orientação de vínculos de confiança, exigentes de performances comprometidas com o futuro, não a reduziria à natureza das indenizações, pois o descompasso do contratante com essa grandeza (dever de confiança), além de submetê-lo a certo ônus, constituído como sanção, não limitaria a investigação da medida de extensão de danos, aí sim, dirigida a uma eventual reparação. Apresentamos a contribuição de Thomas Ulen em sua leitura do contrato relacional:

Muitas vezes, as relações de negócios duram anos. As condições mudam ao longo da vida da relação. As partes precisam reagir às condições inconstantes à medida que perseguem seus próprios interesses por meio da relação. Abrir espaço para as mudanças exige compreensões flexíveis, e não regras rígidas.<sup>24</sup>

Diga-se que, ainda que o senso comum nos remeta à compreensão da cláusula penal como disposição pecuniária, nada impede sua eleição em outras bases, como a das obrigações de fazer ou não fazer, também administráveis com objetivos puramente punitivos e vinculada à inexecução ao dever de confiança. Portanto, podemos verificar que o contrato relacional demanda que o compreendamos como instrumento pautado no ajuste de trocas, em certa medida imensuráveis e de longo prazo, amparado estruturalmente no dever de confiança entre os contratantes. Isto, para que eles possam administrar - de modo flexível e ajustável - as variáveis contempladas em seu clausulado como fenômenos cuja verificabilidade dependa de certos acontecimentos futuros, quer como recurso estratégico adotado para conferir a esperada flexibilidade ao modelo obrigacional instituído, quer por impossibilidade de sua verificação.

---

<sup>23</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos, teoria geral e contratos em espécie**. vol. 4. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 313-314.

<sup>24</sup> ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Direito e Economia**. Tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bokman, 2010, p. 237.

## Parte II – Da cláusula penal

### 3. História da cláusula penal

#### 3.1. *Stipulatio poenae*

A *stipulatio poenae*, da qual a cláusula penal derivou, é um instituto que passou por acentuadas mudanças e deu origem à cláusula penal; no Direito Babilônico e em papiros greco-egípcios pode ser encontrado o testemunho de sua longevidade.<sup>25</sup> Com origem no Direito Romano, a *stipulatio poenae* tinha como objetivos garantir a execução da obrigação principal e atribuir o dever de reparação ao devedor, na hipótese de inexecução do avençado, sem a atribuição do encargo do ônus da prova dos danos ao credor. Conforme constatou José Carlos Moreira Alves, inseria-se no conjunto dos institutos destinados ao reforço da obrigação.<sup>26</sup>

No dizer de Denis Mazeaud, tratava-se de efetiva pena privada, sanção de caráter repressivo, que incidia mesmo na hipótese de inexecução da obrigação pactuada, em razão de caso fortuito ou força maior.<sup>27</sup>

Miguel Maria de Serpa Lopes<sup>28</sup> comenta a dupla finalidade atribuída a essa cláusula de natureza acessória, a de garantir a execução da obrigação, concomitantemente à submissão do promissor ao pagamento de uma pena correspondente, como regra, a uma soma em dinheiro (*pecunia certa*), respaldada a expectativa de pagamento por um processo rápido de cobrança (*condictio certi*).

---

<sup>25</sup> MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 4.

<sup>26</sup> Vale a reprodução do seguinte excerto da obra em comento: “O credor, para melhor assegurar-se de que a obrigação será cumprida, pode valer-se de dois meios: a) de reforço da obrigação; ou b) de garantia da obrigação. Há reforço da obrigação quando entre o credor e o devedor se celebra uma obrigação acessória, com a finalidade de constranger o devedor a cumprir a obrigação principal. Quanto às garantias das obrigações, já acentuamos anteriormente que são elas relações jurídicas que se ajuntam a uma obrigação, para assegurar-lhe o cumprimento. Essas garantias – que são sempre voluntárias e eventuais, e que, em geral, têm caráter acessório – se dividem (e tal divisão é obra dos intérpretes do direito romano, e não dos juristas romanos)” (MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 419-434).

<sup>27</sup> MAZEAUD, Denis. **La notion de clause pénale**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992, p. 291.

<sup>28</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. vol. II. 4. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1964, p. 188-189.

Serpa Lopes observa ainda, que o instituto em apreço derivou da desvalia das convenções desprovidas dos ritos necessários para torná-las eficazes. Isso resultou na utilização da *stipulatio* como mecanismo de acentuado cunho penal, com o claro propósito de repressão ao delito de inexecução da obrigação pelo devedor, fruto de sua fraqueza moral.

Grande estudioso do Direito Romano, José Carlos Moreira Alves nota que a *stipulatio poenae* permitia ao credor, na hipótese de inadimplemento da obrigação principal, “intentar contra o devedor a ação decorrente do contrato principal, ou a resultante da cláusula penal (*actio ex stipulatu*).”<sup>29</sup>

G. Girard avalia que a *stipulatio poenae* definia uma garantia do cumprimento da obrigação, na hipótese de sua inexecução, não encontrando, em textos romanos, indicação alguma da exigência de outra coisa senão uma soma em dinheiro.<sup>30</sup>

O fato é que, na história da construção romana e devido às necessidades do comércio, a *stipulatio poenae* foi projetada para a tutela de negócios firmados além das fronteiras do *iuris civilis*,<sup>31</sup> rompendo com a cultura que a precedeu, a de constituição e representação de negócios com base em posturas contratuais de conotação sacramental.<sup>32</sup>

Reinhard Zimmerman atribui à *stipulatio poenae* a responsabilidade

---

<sup>29</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 423.

<sup>30</sup> GIRARD, G. **De la stipulatio poenae em droit romain: de la clause pénale em droit français**. Paris: Imprimerie Moquet, 1877, p. 6-19.

<sup>31</sup> MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 352.

<sup>32</sup> Ouçamos Otávio Luiz Rodrigues Júnior: “A cláusula penal, como figura jurídica autônoma, é saudada como criação original dos romanos (Paul Jörs, Biondo Biondi). Sua *sedes materiae* primitiva era a *stipulatio*. A associação da *stipulatio* com a noção de pena deu-se sem expressivas dificuldades. Em Roma, como usual nos Direitos antigos, a pena era um mecanismo de franca utilização. No plano das relações obrigacionais, a célebre Tábua XVIII, *de delictis*, cominava sanções para a infidelidade do depositário, que, nesse caso, deveria pagar pena dupla (“*Ex causa depositi lege XII tabularum in duplum actio datur...*” (PAULUS, *Collectio* 10, 7, 11). Assim exposto, não é incompreensível que, para SAVIGNY, a cláusula penal em Roma fosse uma pena, cujo suporte estaria na vontade privada. No Direito Romano arcaico e clássico, a *stipulatio poenae*, como saldo daqueles tempos de severidade das sanções, revestia-se do caráter de uma verdadeira pena privada”. (RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Cláusula penal: natureza e função no Direito Romano. In: **O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual**. vol. 1. Pinto, Eduardo Vera-Cruz (org.). 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 911-926).

histórica pela propagação cultural da cláusula penal, e a correlaciona a propósitos compulsivo-sancionatórios e prefixação do montante da indenização, na hipótese de quebra da confiança.<sup>33</sup>

António Pinto Monteiro<sup>34</sup> questiona se a *stipulatio poenae* teria sido uma pena privada, com finalidades repressivas. Para responder à sua própria indagação, ele direccionou sua análise às fontes do Direito Romano, a fim de constatar se a *stipulatio poenae* surgiria de modo independente de qualquer obrigação (*si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?; si fundum non dederis, centum dares spondes?*) ou corresponderia a uma segunda promessa de pagamento de uma pena, na hipótese de inexecução da primeira.<sup>35</sup>

Prosseguindo, Monteiro preleciona que o Direito Romano não estabeleceu limites para a *stipulatio poenae*, tampouco permitiu sua redução, ainda que a obrigação principal tivesse sido cumprida parcialmente, salvo para corrigir as convenções usurárias ilícitas, não obstante reconheça a utilização da mesma como medida de reforço das obrigações, com o escopo de forçar o devedor ao adimplemento da obrigação. Havia duas formas diferentes de *stipulatio poena*: a) como obrigação condicional: “Em termos mais simples: ainda que determinada obrigação não pudesse ser validamente assumida, poderia obter-se o resultado vedado, indirectamente, através da *stipulatio poenae*”; b) “A segunda forma por que aparece a *stipulatio poenae* – ou seja, na sequência de uma promessa anterior – corresponde à fisionomia hodierna da cláusula penal, enquanto figura acessória de uma obrigação principal”.<sup>36</sup>

Assim, ainda que determinada obrigação não fosse válida, poder-se-ia atingir o resultado pretendido, mediante a *stipulatio poenae*<sup>37</sup>. Na segunda forma, a cláusula penal já tomava a feição de elemento acessório, vinculada à obrigação

---

<sup>33</sup> ZIMMERMAN, Reinhard. **The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition**. Johannesburg: Juta & Co, Ltd, 1992, p. 95.

<sup>34</sup> MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 354.

<sup>35</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 17-18.

<sup>36</sup> MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 355-356.

<sup>37</sup> MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 335.

principal.

Rubens Limongi França<sup>38</sup> comenta que, do período clássico ao justiniano, duas espécies de cláusula penal foram observadas, a principal e a acessória: “Na primeira, se depararia uma só obrigação, de caráter condicional, cujo objeto básico seria a própria pena. Na segunda, diversamente, haveria duas obrigações, das quais a primeira teria por objeto a prestação de Pânfilo e a outra, a prestação da pena, no caso da inexecução da primeira obrigação. A *stipulatio poenae* principal diz – *quae a condicione coepit* e a segunda – *quae NON a condicione coepit*”.

Igualmente relevantes são os ensinamentos romanos referentes ao tratamento da culpa para a projeção dos efeitos da *stipulatio poenae*, em que pese não fosse pacífica tal análise.

Neste aspecto, duas concepções foram encontradas, como nos esclarece Antônio Pinto Monteiro.<sup>39</sup> Num primeiro entendimento, como a *stipulatio poenae* não poderia agravar a situação do credor, permitia-se a exigência da pena, mesmo na hipótese de ausência de culpa do devedor. Outra vertente fazia a distinção da *stipulatio poenae* independentemente da *stipulatio poenae* acessória. Com efeito, na primeira, a comprovação da culpa era irrelevante; em contrapartida, no segundo caso, exigia-se a participação culposa do devedor pela inexecução da obrigação principal.

Como enfatizado, a *stipulatio poenae* não guardava, em seus propósitos, a necessidade de prova do dano, dada sua índole sancionatória-compulsiva, aspecto que enaltecia sua praticidade, se considerada a possibilidade de ser invocada, mesmo em situações desprovidas de caráter patrimonial.

Por essa razão, Antônio Pinto Monteiro<sup>40</sup> considera que o instituto

---

<sup>38</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 20.

<sup>39</sup> MONTEIRO, Antônio Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 359-360.

<sup>40</sup> Antônio Pinto Monteiro observa (MONTEIRO, Antônio Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 368-369): “Pensamos, assim, que a *stipulatio poenae* terá sido um meio compulsivo-sancionatório, em ordem a uma execução integral das obrigações,

em apreço não guardou, em suas origens, o propósito da fixação prévia do dano, tampouco a comprovação do interesse do credor.

Observa Otavio Luiz Rodrigues Júnior que, no Direito Romano pós-clássico, a partir de sentença de Papinianus (D. 45,1,115,2), “é possível inferir o nascimento de uma nova função à cláusula penal, a de reparação de danos. Essa divisão produziria efeitos sobre a dogmática que perduram até os dias atuais”.<sup>41</sup>

A respeito do caráter repressivo da *stipulatio poenae*, não há unidade de pensamento no sistema romano. Na opinião de Mucio Continentino<sup>42</sup>, a *stipulatio poenae* era instrumento com propósitos repressivos, porquanto considerava réu o devedor que não cumprisse com o regime de suas obrigações.

Não obstante o tratamento punitivo concedido pela *stipulatio poenae* originalmente, houve o paulatino abrandamento dessa concepção, substituindo-a pela de reforço da prestação prometida<sup>43</sup>.

---

dispensando o credor, em caso de incumprimento, de provar o seu interesse, uma vez que a pena incluía já o valor da prestação inadimplida, substituindo-a. Daí não se segue, porém, que deva atribuir-se à *stipulatio poenae* uma finalidade indemnizatória, tal como esta é hoje compreendida. A sua função era de ordem *coercitiva* e a sua natureza a de uma *sanção*. Sanção esta que, todavia, englobava já o valor da prestação inicial, traduzindo-se por isso, numa prestação pecuniária que, em princípio, substituía a primeira. Daí, precisamente, que o credor, para fazer jus à *poena*, não carecesse de provar o seu interesse. [...] Em suma, rezam os textos que, estipulada uma pena, não teria de proceder-se a qualquer indagação sobre o interesse do credor, ficando este liberto, ao mesmo tempo, das dificuldades de prova do seu interesse, assim como se acertava logo a quantia devida. Não se extrai daqui, parece-nos, qualquer argumento decisivo a favor da função indemnizatória da *stipulatio poenae*. Significarão aqueles textos que a estipulação de uma pena *evitava* ao credor o recurso à indemnização, ou seja, a prova do interesse lesado. Mas isso não implica que a figura tivesse índole indemnizatória: a *stipulatio poenae*, ao mesmo tempo que meio coercitivo, *pré-avaliava a prestação*, evitando ao credor as contingências da *litis aestimatio*. E, isto, quer na fase da condenação pecuniária, que dominou toda a época clássica do direito romano, quer posteriormente, pelas vantagens que tinha uma avaliação prévia da prestação. Pretender conferir à *stipulatio poenae* índole indemnizatória significará, parece-nos, *confundir*, quer a atribuição de certo valor pecuniário à prestação com a indemnização – como se fossem equivalentes -, quer a obrigação de indemnizar com a execução da prestação por equivalente pecuniário. A prestações com objecto absolutamente igual, com o mesmo valor pecuniário, podem corresponder, em caso de incumprimento, danos muito diferentes; são estes que a indemnização pretende cobrir, não o valor pecuniário da prestação.”

<sup>41</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Cláusula penal: natureza e função no Direito Romano. In: **O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual**. vol. 1. Pinto, Eduardo Vera-Cruz (org.). 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 915.

<sup>42</sup> CONTINENTINO, Mucio. **Da cláusula penal no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1926, p 13.

<sup>43</sup> CONTINENTINO, Mucio. **Da cláusula penal no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1926, p 15; MAZEAUD, Denis. **La notion de clause pénale**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992, p. 291.

### 3.2. Da cláusula penal na Idade Média

A pena privada ocupou a atenção dos canonistas<sup>44</sup> na Idade Média,<sup>45</sup> destacadamente, para que não fosse utilizada como instrumento de usura.

O Direito Canônico não permitia o recebimento de valores que excedessem o montante originariamente combinado, o que originou soluções criativas por parte dos comerciantes italianos quanto à utilização da cláusula penal como forma de permitir financiamento sem que ocorresse a tipificação de mútuo, notadamente proibido.

A solução da *stipulatio poenae* associada ao *interesse*, o qual era compreendido como a representação do dano causado pelo não reembolso de empréstimo no termo fixado foi, como elucida A. Fliniaux,<sup>46</sup> um apelo para se determinar o *legitimus modus usurarum*, no século XIII. Por conseguinte, surgiu a concepção da cláusula penal, com o objetivo de servir de instrumento para a avaliação *ne variatur* da indenização.<sup>47</sup>

A doutrina desenvolveu os postulados necessários para atribuir o papel indenizatório à cláusula penal, como modo de combater sua utilização de maneira ilícita, posto que era usada comumente como recurso destinado à cobrança disfarçada dos juros decorrentes de empréstimos, o que caracterizaria a usura. A proibição – apoiada pela Igreja - da cobrança de juros, aliada à criatividade e cobiça desenfreada, fomentou a utilização indevida da cláusula penal para propósitos

---

<sup>44</sup> Vale o estudo de Franz Wieacker (WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 67): “A Igreja era a força espiritual de longe mais importante; era, ao mesmo tempo, a mais coerente e a mais extensa organização social da Idade Média; finalmente, a sua ordem jurídica interna era a mais poderosa da Idade Média, em termos gerais. A importância desta ordem jurídica ultrapassa de longe as fronteiras de uma história do direito privado.”

<sup>45</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Cláusula penal: natureza e função no Direito Romano. In: **O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual**. vol. 1. Pinto, Eduardo Vera-Cruz (org.). 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 918.

<sup>46</sup> FLINIAUX, A. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du Moyen Âge. In: **Melanges Paul Fournier**. Paris, 1929, p. 238-239.

<sup>47</sup> MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 377.

usurários.<sup>48</sup>

Alguma reserva era necessária quanto ao uso indiscriminado da cláusula penal, até mesmo em razão da ausência do Estado, como observado por Antônio Pinto Monteiro.<sup>49</sup>

Deve-se a A. Fliniaux<sup>50</sup> uma excelente análise da mudança de papel da cláusula penal a partir da Idade Média. Consoante seus apontamentos, a alteração da concepção punitiva do período romano ao propósito de indenização conferido à *stipulatio poenae* foi resultado da construção canonista focada na proibição da usura. O trabalho de pesquisa em apreço é referendado na pesquisa de Denis Mazeaud.<sup>51</sup>

Segundo as observações de Robert de Courçon e Raymond Peñafort,<sup>52</sup> ainda que identificada a estratégia de utilização de cláusula penal com escopo de cobrança indevida de juro, só não seria válida na hipótese de tipificação de seu propósito *in fraudem usurarum apposita*,

Ponderada a dificuldade de demonstração do elemento volitivo e dirigente da constituição do propósito da usura, a insuficiência desse critério resultou na eleição de um novo, o do *interesse*, de origem romana.<sup>53</sup> Esse problema também

---

<sup>48</sup> Pondera Antônio Pinto Monteiro (MONTEIRO, Antônio Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 372): "A Igreja manteve-se intransigente, não obstante as dificuldades que acarretava esta proibição, principalmente quando, por efeito dos novos inventos e da descoberta de outros continentes, as relações comerciais se multiplicaram imenso. Qualquer convenção respeitante a juros era nula (sanção civil) e os contraventores arriscavam-se a ser excomungados (sanção penal canónica)."

<sup>49</sup> MONTEIRO, Antônio Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 372.

<sup>50</sup> FLINIAUX, A. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du Moyen Âge. In: **Melanges Paul Fournier**. Paris, 1929, p. 234-239.

<sup>51</sup> MAZEAUD, Denis. **La notion de clause pénale**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992, p. 292.

<sup>52</sup> FLINIAUX, A. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du Moyen Âge. **Melanges Paul Fournier**. Paris, 1929, p. 239-240; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Cláusula penal: natureza e função no Direito Romano. In: **O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual**. vol. 1. Pinto, Eduardo Vera-Cruz (org.). 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 920.

<sup>53</sup> Antônio Pinto Monteiro preleciona (MONTEIRO, Antônio Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 380-381): "No século XIII, como vimos, PENÁFORT colocara a questão de saber se o montante da *poena* poderia ultrapassar o do *interesse*, considerado este como a reparação de um *damnum*; GUILHERME DE RENNES distinguia consoante a pena fosse prometida a título de reparação – *loco interesse* – ou a fim de sancionar o devedor faltoso – *pro contumacia*: no primeiro caso, a pena não poderia ultrapassar o montante do dano, no segundo caso,

é reconhecido por Otávio Luiz Rodrigues Júnior, ao comentar a dificuldade de controle da utilização da cláusula penal com propósitos censurados de usura.

O canonista e legalista Dumoulin<sup>54</sup> foi quem operou o encontro entre o Direito Civil e o Canônico, e suas ideias foram posteriormente acolhidas por Pothier, tendo servido de inspiração para que se elaborasse o *Code Civil*<sup>55</sup>.

### 3.3. Da cláusula penal no modelo francês

As ideias de Pothier são fundamentais para a compreensão do desenvolvimento da cláusula penal em nosso sistema. Em seu tratado das obrigações, esse autor<sup>56</sup> inicia abordando a natureza acessória da cláusula penal e a possibilidade de redução da pena excessiva, bem como sua nulidade, na hipótese concorrente da impossibilidade de subsistência da obrigação primitiva e principal.

---

já poderia excedê-lo, contanto que ela não tivesse sido estipulada *in fraudem usurarum*; para determinar o *legitimus modus usurarum*, HOSTIENSIS considerara que a pena seria legítima quando fosse a representação do dano, pelo que devia ficar submetida ao regime da indemnização: *cum loco interesse succedat (poenam), ergo eodem jure fungi debet*; estendendo esta doutrina para lá das convenções que tivessem por objecto uma soma de dinheiro, outros canonistas, como RIDOLPHIS, viriam generalizar a *concepção indemnizatória* da cláusula penal; daí que, no século XVI, DUMOULIN tenha reafirmado ocupar a pena o *lugar da indemnização*, assumindo, por isso, a natureza desta; no século XVIII, é POTHIER quem proclama, no seu *Traité des Obligations*, que 'cette peine est stipulée dans l'intention de dédommager le créancier de l'inexécution de l'obligation principale, elle est par conséquent compensatoire des dommages et intérêts qu'il souffre de l'inexécution de l'obligation principale'. E o Code Civil, repetindo POTHIER, consagrou, no artigo 1229: "La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale". A concepção indemnizatória, desenhada pelos canonistas e reafirmada por POTHIER, passava, assim, a ter assento no Código mais prestigiado da época, e ainda em vigor, quase dois séculos depois."

<sup>54</sup> Otávio Luiz Rodrigues Júnior faz o seguinte comentário (RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Cláusula penal: natureza e função no Direito Romano. In: **O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual**. vol. 1. Pinto, Eduardo Vera-Cruz (org.). 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 921): "A transmigração dessa solução ao direito civil somente ocorreria no período histórico subsequente, graças a um homem que conciliava as vestes do canonista e do jurista, CHARLES DUMOULIN. CHARLES DUMOULIN, um homem do direito temporal e espiritual, propôs uma verdadeira fórmula de compromisso quanto à natureza da cláusula penal, cuja influência se estenderá pelas centúrias seguintes."

<sup>55</sup> FLINIAUX, A. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du Moyen Âge. In: **Melanges Paul Fournier**. Paris, 1929; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Cláusula penal: natureza e função no Direito Romano. In: **O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual**. vol. 1. Pinto, Eduardo Vera-Cruz (org.). 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 246; 920.

<sup>56</sup> POTHIER, Robert Joseph. **Les traités du droit français**. Tome Premier. Paris: A Bruxelles, H. Tarlier, 1831, p. 96; POTHIER, Robert Joseph. **Traité des obligations**. Tome Premier. Paris: Thomine et Fortic, 1821, p. 324.

Pothier defendeu que a nulidade da cláusula penal não tipificaria a nulidade da obrigação primitiva e, principalmente, que a natureza desse mecanismo seria um modo de compensação derivado de perdas e danos sofridos pela inexecução da obrigação principal. Como resultado desta perspectiva, o credor escolheria a execução da obrigação principal ou a pena, nunca as duas coisas.

Pothier adotou, como postulado regente da matéria, a possibilidade de redução equitativa da pena estipulada, concebendo que o propósito da cláusula penal é servir a uma convenção originária, sob a forma de pena, aplicada na hipótese de inexecução da obrigação avençada. Teria, portanto, feição acessória e indenizatória, em vista os propósitos sustentados de servir ao credor como indenização da obrigação não executada e compensação das perdas e danos experimentados. Como se vê, na hipótese de tipificação de pena excessiva, Pothier opinou por sua redução equitativa, nos termos da defesa eleita anteriormente por Dumoulin.

A esse respeito, Nelson Rosenthal<sup>57</sup> comenta que o *Code Civil* recepcionou os valores proclamados por Pothier, notadamente a abordagem da cláusula penal como modelo de indenização. Ele rechaçou, todavia, a possibilidade de redução da pena instituída, ainda que excessiva, na medida em que se concebeu a tutela da vontade como suporte fático da relação jurídica suficientemente forte para não permitir interferências do Estado ou de terceiros.

Da análise de seus escritos, infere-se que Pothier concebeu que o fato do devedor ajustar-se a uma pena excessiva enalteceria a presença de consentimento inválido, notadamente fundado em erro. A equidade deveria pautar a relação nos contratos comutativos, com a proibição de enriquecimento sem causa, evitando-se a possibilidade de a pena – favorecendo o credor - ser manifestamente superior à provocação sentida em seu patrimônio, em caso de inexecução da obrigação principal.

Um argumento que destacamos como equivocado nos trabalhos de

---

<sup>57</sup> ROSENTHAL, Nelson. **Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais**. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 8.

Pothier é a premissa do poder de revisão da cláusula atribuído ao Estado-juiz, na medida em que o contratante, ao concordar com dispositivo desta natureza, certamente o faria por erro, remetendo sua análise, portanto, à perspectiva da vontade e sua manifestação.<sup>58</sup>

Segundo as observações de P. A. Fenet, os redatores do *Code Civil* inspiraram-se na obra de Pothier, tratando a cláusula penal como mecanismo acessório ou obrigação secundária, “compensatrice des dommages et intérêts que le créancier souffre de l’inexécution de l’obligation principale”<sup>59</sup>. Isso, por conceber - por lógica do instituto em apreço -, o propósito restaurador, ainda atribuindo-se ao juiz o poder de analisar a estipulação indenizatória, notadamente na hipótese de prestigiar valor superior ao prejuízo sentido em razão da inexecução da obrigação principal.<sup>60</sup>

Concebida a natureza reparatória da cláusula penal, em tal contexto, Denis Mazeaud<sup>61</sup> chega a identificá-la como variante “conventionnelle de la réparation de droit commun” ou, em tradução livre “convencional da reparação de direito comum.”

Não obstante as ilações de Pothier tivessem inspirado a concepção do *Code Civil*, a natureza da cláusula penal ganhou tratamento distinto de suas feições originais, considerando-se que Bigot de Préameneu foi obrigado a decidir a respeito da revisão judicial da cláusula penal perante o Conselho de Estado e optou pela sustentação da índole *forfaitaire* da cláusula penal.

Rejeitada a possibilidade de revisão judicial da cláusula penal, o artigo 1.134 do *Code Civil* enalteceu os valores promulgados pela Revolução Francesa de não-interferência do Estado nas relações privadas, remetendo o artigo 1.152 do mesmo diploma ao plano da inutilidade.

---

<sup>58</sup> A nossa opinião é referendada em conceitos encontrados na seguinte obra: MAZEAUD, Denis. **La notion de clause pénale**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992, p. 294.

<sup>59</sup> Tradução livre: “compensatória de danos e juros que o credor possa sofrer devido à inexecução da obrigação principal”

<sup>60</sup> FENET, P.A. **Recueil complet des travaux préparatoires du code civil: discussions, motifs, rapports et discours**. Tome Treizième. Paris: Videcoq, 1829, p. 57.

<sup>61</sup> MAZEAUD, Denis. **La notion de clause pénale**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992, p. 294.

António Pinto Monteiro<sup>62</sup> defende que o artigo 1.152 do *Code Civil* é de polémica disposição. Isso, porque, consoante suas assertivas, a norma em apreço não estivera harmonizada com a doutrina de Pothier, ao não contemplar a possibilidade de redução proporcional da pena excessiva, favorecendo seu uso com objetivos abusivos. Tal artigo tampouco contemplava a sistemática eleita pelo *Code* o qual era dotado de capítulo próprio sobre a cláusula penal e seus efeitos (artigos 1.226 a 1.233 do *Code Civil*). Por último, Monteiro comenta que o artigo 1.152 reservou à cláusula penal o exclusivo propósito de liquidar antecipadamente o dano, não servindo como instrumento para pressionar o devedor ao adimplemento da obrigação.

Neste sentido, a orientação histórica agregada pelo artigo 1.152 do *Code Civil* ajustou-se à moral liberal e ao respeito à palavra dada, sujeitando os contratantes aos efeitos da relação jurídica perpetrada e sua disposição penal, tomada como cominatória e não indenizatória.

Aliás, enquanto submetia-se ao trâmite perante o Conselho de Estado, o dispositivo em comento chegou a receber distintas notas e redação, ora prestigiando a possibilidade de redução judicial da pena eleita, ora rechaçando tal possibilidade.<sup>63</sup>

O artigo 1.152, numa redação inicial, previa a possibilidade de a soma estipulada vir a ser reduzida pelo juiz, *si elle excède évidemment le dommage effectif*. Depois de considerados os argumentos contra tal possibilidade, foi proposta e comunicada ao *Tribunat* a seguinte redação: “Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l’exécuter payera une certaine somme, il ne peut être allouée à l’autre partie une somme plus forte ni moindre.”<sup>64</sup> Mas o *Tribunat* fez a seguinte observação, que se reveste da maior importância para o entendimento do artigo 1152: “Après les mots ‘une certaine somme’, ajoutez: ‘à titre de dommages-intérêts’. L’objet de cette addition est de déterminer la juste application de l’article, et de

---

<sup>62</sup> MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 384.

<sup>63</sup> MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 385-387.

<sup>64</sup> Tradução livre: Quando no acordo constar que a parte que deixar de cumpri-lo deverá pagar uma certa soma, não poderá ser alocada nem uma soma maior nem ou menor, à outra parte.”

*marquer la difference entre la clause des dommages-intérêts à laquelle le juge ne peut rien changer, et la clause pénale qui est susceptible d'être réduite*".<sup>65</sup>

Ora, como se sabe, em sua redação definitiva, o artigo 1152 acolheu esta recomendação, reproduzindo-a textualmente. É perfeitamente legítimo concluir, portanto, que a *clause de dommages-intérêts*, prevista no artigo 1152, seria algo de diverso da verdadeira *clause pénale* regulada nos arts. 1226 a 1233, como mostra a própria história legislativa daquela norma.

Nelson Rosenvald<sup>66</sup> comenta que, enquanto o artigo 1.152 do *Code Civil* afastou a natureza cominatória da cláusula penal (aliás, em análise combinada com o artigo 1.229), o artigo 1.226 do mesmo diploma definiu a obrigação penal como oriunda de uma convenção vinculada ao adimplemento da obrigação, portanto, em um modelo ajustado à concepção coercitiva do mecanismo contratual penal.

Assim, em que pese a identificação de distintos modelos destinados à fixação de penalidade ou à indenização prévia do dano, a doutrina francesa passou a considerar a cláusula penal como mera avaliação de perdas e danos, instituindo, com efeito, a figura unitária da cláusula penal, consoante as orientações extraídas dos arts. 1.152, 1.226 e 1.233.

A projeção dessa concepção unitária da cláusula penal resultou na perda de seu caráter punitivo e, assim, ainda que claramente identificada a presença desse traço na situação concreta em razão de tratamento conferido pelos contratantes, não seria possível ao credor postular a eventual indenização complementar, tampouco ao devedor, a redução da pena exacerbada, em razão do seu caráter *forfaitaire*.

O padrão de compreensão em apreço, responsável por depositar na

---

<sup>65</sup> Tradução livre: "Após as palavras 'uma certa soma', deve ser acrescentado: 'a título de danos-juros'. A finalidade deste acréscimo é determinar a justa aplicação do artigo e de marcar a diferença entre a cláusula de danos-juros aplicável àquela que o juiz não pode em nada mudar, e a cláusula penal que é suscetível de ser reduzida".

<sup>66</sup> ROSENVALD, Nelson. **Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais**. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 11.

cláusula penal uma proposta de liquidação antecipada de danos, foi referendado por Marcel Planiol.<sup>67</sup>

Não obstante, o sistema francês de regência da cláusula penal sofreria reformas, em julho de 1975, ocasião em que foi acrescentado dispositivo ao artigo 1.152 do *Code Civil*, atribuindo ao magistrado poder para alterar o valor fixado a título de cláusula penal, nas hipóteses de ter sido fixado irrisória ou excessivamente.<sup>68</sup>

Com esta alteração, segundo comenta Denis Mazeaud,<sup>69</sup> o legislador quis imprimir à sua reforma grande rigor, para que os contratantes não pudessem se opor à eventual moderação das estipulações contidas em cláusula penal, impingindo a natureza de disposição de ordem pública à norma editada. Portanto, ficava confirmada a possibilidade de redução da pena, na hipótese de cumprimento parcial da obrigação, em detrimento da pretensão de cobrança integral da cominação.

Também é importante comentar-se a alteração normativa sentida no regime francês de controle da cláusula penal, fruto da Lei de 11 de outubro de 1985. Com efeito, o diploma em apreço permitiu a manifestação de ofício do magistrado no exercício do controle da cláusula penal, na hipótese de aplicação dos artigos 12 e 16 do *Code de procédure civile*. Em que pese essa possibilidade, se o controle da cláusula penal não for objeto de discussão, tal análise não será admitida, concebido o princípio de imutabilidade do litígio.

---

<sup>67</sup> PLANIOL, Marcel. **Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit**. Tome Deuxième. 9 ed. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1923, p. 92.

<sup>68</sup> THILAMY, Jean. Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit compare. **Revue international de droit compare**. Paris: Libraries Techniques, janvier/mars/1980, vol. 32, n. 1, p. 17-54.

<sup>69</sup> MAZEAUD, Denis. **La notion de clause pénale**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992, p. 44-45.

Em conclusão, a concepção canonista de cláusula penal como dispositivo acessório conectado a uma obrigação principal e destinado à reparação de danos foi absorvida pela cultura francesa, por conseguinte, restando consolidada a possibilidade de sua revisão, quando estimada em montante irrisório ou exacerbado.

### 3.4. Da cláusula penal no modelo italiano

O Código Civil italiano de 1865 manteve-se fiel à perspectiva francesa, concebendo a cláusula penal como pacto acessório à obrigação principal e como fruto do livre exercício de vontades destinado à fixação antecipada dos danos. Atribuiu, portanto, a natureza indenizatória ao instituto em comento, consoante a dicção de seus artigos 1.209 e 1.212, em inequívoca reprodução aos respectivos artigos 1.226 e 1.229 do Código Napoleônico.

Não foi feita distinção entre a cláusula penal com efeito indenizatório e aquela utilizada com propósito compensatório. O problema é que, mesmo com o advento do Código Civil de 1942, persistiu essa falta de clareza, conforme observa Nelson Rosenthal.<sup>70</sup>

Antônio Pinto Monteiro<sup>71</sup> comenta que, como desdobramento do esforço canonista de redução do caráter indenizatório da cláusula penal, enaltecida na concepção franco-austro-prussiana e formada com base no *Code Civil* de Napoleão (1804), no Código austríaco (1811) e no Código prussiano (1794), a doutrina pandectista vinculou-se à compreensão da cláusula penal em sua finalidade sancionatória, reagindo contra concepções reducionistas, assertiva aferida nos regimes editados pelo Código Comercial alemão de 1861, pelo BGB, em 1896, pelo Código italiano de 1865, concepção posteriormente reproduzida no Código de 1942.

---

<sup>70</sup> ROSENVALD, Nelson. **Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais**. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 14.

<sup>71</sup> MONTEIRO, Antônio Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 350-351. Ver: MARQUES, Cláudia Lima. Cem anos de código civil alemão: o BGB de 1896 e o código civil brasileiro de 1916. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 741, julho/1997, p. 11.

Por seu turno, em seu artigo 1.382, o novo código italiano atribuiu à cláusula penal a providência de reparação de dano, independentemente de comprovação, comentário referendado por Rubens Limongi França.<sup>72</sup>

Otávio Luiz Rodrigues Júnior<sup>73</sup> nota que, no modelo italiano, a cláusula penal será reduzida, na hipótese de cumprimento parcial da obrigação avençada ou quando o valor prefixado a título de indenização for manifestamente excessivo.

### 3.5. Da cláusula penal no modelo português

No sistema português,<sup>74</sup> o Código de 1966 preconizou o papel indenizatório da cláusula penal, nos termos do artigo 810, nº 1: “As partes podem, porém, fixar por acordo o montante da indenização exigível: é o que se chama cláusula penal”.

Essa disposição é corolário do rigor metodológico impingido pelo Código de 1867, que deu predileção à concepção francesa, notadamente inspirada nos ideais de Pothier.

A respeito da cláusula penal foi marcante a decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, em 1983, diferenciando a cláusula penal compulsória da indenizatória, bem como critérios para a redução de multa manifestamente excessiva. A decisão em apreço – que derivou de alteração

---

<sup>72</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 56-57. Oportuna, ainda, a contribuição de Massimo Bianca, defensor da concepção indenizatória da cláusula penal, tendo em vista sustentar que os propósitos da cláusula penal se coadunam à liquidação prévia de danos, agilizando o ressarcimento do credor e reforçando a execução da obrigação. Bianca não aceita o argumento de que a ausência da obrigação de demonstrar os danos e sua extensão tipificaria a presença de propósito punitivo na cláusula penal. (BIANCA, Massimo. **Diritto civile: la responsabilità**. v. 5. Milano: Giuffrè. 1997, p. 221).

<sup>73</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro**. 2016. 418 folhas. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 97-98.

<sup>74</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Cláusula penal: natureza e função no Direito Romano. In: **O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual**. vol. 1. Pinto, Eduardo Vera-Cruz (org.). 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 912.

legislativa promovida em 1980 e 1983 -, resultou em prejuízo do papel coercitivo da cláusula penal, hipótese que não foi descartada categoricamente pelo legislador de 1966. Daí, firmou-se entendimento que diferenciava a cláusula penal de feição compulsória daquela voltada à prefixação do montante da indenização, desconstruindo, em grande medida, a teoria monista da convenção penal (única, bifuncional e indenizatória).

### 3.6. Da concepção indenizatória no sistema do *common law*

Alexandre Demeyre<sup>75</sup> comenta que a utilização da cláusula penal foi tardia na Inglaterra, embora o país tenha sido ocupado por quatrocentos anos pelos romanos. A cláusula apareceu em meados do século XIII, por meio dos banqueiros italianos que, interessados na promoção do comércio internacional, introduziram a noção de *penal bond*, como recurso recorrente para evitar a proibição canônica de tipificação de usura.

António Pinto Monteiro observa que, até o século XIV, não se fazia distinção entre *penalties* e *liquidated damages clauses*, no seio do *common law*, porquanto os tribunais condenavam o devedor a sanções hoje consideradas nulas.

Contudo, a partir daquela época e com o surgimento da *penal bond*, houve a paulatina intervenção dos tribunais de *equity*.<sup>76</sup> A *penal bond* consistia na

---

<sup>75</sup> DEMEYRE, Alexandre. **Etude comparative de la clause pénale em droit civil français et en common law**. Ottawa: National Library of Canada, 1999, p. 19-20; MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 502.

<sup>76</sup> São comentários de António Pinto Monteiro a esse respeito (MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 397): “Os tribunais de *equity* eram vistos como uma directa emanção do rei, ‘fonte da justiça’, constituindo uma segunda jurisdição, ao lado da dos tribunais de *common law*: à dureza e rigidez destes últimos, contrapôs-se um conjunto de princípios e de regras, elaboradas paulatinamente pelos tribunais de *equity*, destinadas a temperar o rigor da aplicação estrita do ‘common law’ e a fazer evoluir o direito. Não obstante esta distinção entre duas espécies diferentes de tribunais ter sido ultrapassada, em finais do século XIX, permanece, ainda assim, a distinção entre dois corpos de regras jurídicas, de inspiração diversa, e submetidas, algumas vezes, a diferentes formas processuais, se bem que aplicadas hoje pelo mesmo juiz ou por juízes de secções diferentes do mesmo tribunal. Em sentido amplo, portanto, o termo *common law* abrange os dois corpos de regras, contrapondo-se aos direitos continentais; em sentido estrito, contudo, aquele termo designa o conjunto de regras formadas nos tribunais de ‘common law’, por contraposição às que fazem parte da ‘equity’.”

promessa de pagamento de certa importância, caso não fosse observado determinado comportamento.

No Direito anglo-americano é feita a distinção entre a cláusula destinada à fixação antecipada da indenização e a punitiva, conforme observa Nelson Rosenvald.<sup>77</sup>

Na hipótese da intenção do credor de compelir o devedor ao cumprimento da obrigação e conseguir sua realização, teremos a *penalty clause*, considerada genuína disposição *in terrorem of the offending party*. Em contrapartida, intencionada na liquidação prévia do dano, mediante a avaliação de sua projeção, teremos a *liquidated damages clause*<sup>78</sup>, distanciando-se do modelo romanista e comprovando exceção à regra da concepção unitária da cláusula penal.

A cláusula penal punitiva no *common law* foi proibida com o fim de coibir o desenvolvimento de poderes estranhos ao Estado, evitando-se o progressivo aumento do monopólio de formas de repressão. Com isso, era fortalecida a função estatal referendada pelo ordenamento jurídico de garantir o cumprimento das disposições contratuais.<sup>79</sup>

Otávio Luiz Rodrigues Júnior<sup>80</sup> comenta que, no Direito Civil, especialmente com relação ao Direito norte-americano, um postulado dogmático-normativo não pode ser descartado na leitura da cláusula penal: o “*Restatement of the Laws*”. Trata-se de um diploma fruto da consolidação de precedentes e regras do “*common law*”, desprovido de natureza vinculante, todavia, muito útil à solução de casos concretos. O autor observa, ainda, que os institutos destinados à tutela da inexecução do contrato são: a) as perdas e danos, instituto agrupado nas categorias de *nominal damages*, *punitive damages* e *compensatory damages*; b) e a *restitution*,

---

<sup>77</sup> ROSENVALD, Nelson. **Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais**. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 52.

<sup>78</sup> MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 501.

<sup>79</sup> DEMEYERE, Alexandre. **Etude comparative de la clause penale em droit civil français et em common law**. Ottawa: National Library of Canada, 1999, p. 59.

<sup>80</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro**. 2016. 418 folhas. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 97-98.

noção sindicada na correção de desequilíbrios derivados do enriquecimento sem causa.

Em ordem, os *nominal damages* exerceriam um papel simbólico; os *punitive damages* aduziriam, em seus propósitos, um desestímulo associado a uma penalidade justificada em razão de um desvalor intrínseco à conduta; os *compensatory damages* destinar-se-iam à compensação dos prejuízos derivados da inexecução da obrigação; por fim, os *consequential damages* traduziriam a reparação de prejuízos indiretos.

Otávio Luiz Rodrigues Júnior<sup>81</sup> aponta que, no prevalece no Direito Anglo-americano a *penalty clause*, cuja tradução literal nos remete à *liquidated damages clause*, isto é, cláusula de danos liquidados.

Rodrigues Júnior<sup>82</sup> também comenta que, nas últimas décadas, com o advento do *Uniform Commercial Code*, nos Estados Unidos, fortaleceu-se o controle de razoabilidade entre o montante prefixado e a natureza da obrigação, tendo-se por nula a disposição penal que, desprovida de razão, liquide antecipadamente os danos.

### 3.7. Da cláusula penal na Alemanha

Otávio Luiz Rodrigues Júnior,<sup>83</sup> no capítulo de sua obra dedicada ao tema da cláusula penal do Código Civil alemão de 1900, denominou-a pena convencional ou pena contratual. Ele aponta, ainda, que nos §§339 e §340 são encontradas as marcas de preceitos canônicos, porquanto atribuem ao credor a

---

<sup>81</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro**. 2016. 418 folhas. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 104.

<sup>82</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro**. 2016. 418 folhas. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 106.

<sup>83</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro**. 2016. 418 folhas. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 62.

faculdade de postular o cumprimento da obrigação ou o pagamento de multa. Por conseguinte, no que se refere à possibilidade de alteração da cláusula penal, está a orientação encontrada no §343 do Código Civil, ajustada à diretriz da proporcionalidade aferida entre o conteúdo patrimonial da obrigação e a medida de sua prestação.

Uma acirrada discussão doutrinária acerca da cláusula penal aconteceu na Alemanha, e teve, como consequência, ser feita, atualmente, uma distinção entre a cláusula penal propriamente dita, cuja finalidade é pressionar o devedor a cumprir a obrigação (*Vertragsstrafe*) e aquela que tem, como fim, a prefixação do dano (*pauschalierter Schadenersatz*).<sup>84</sup>

A possibilidade de estipulação de cláusula penal é prevista no §339 do BGB (*Verwinkung der Vertragsstrafe*). A nós, importa a possível aplicação do §343 do BGB, o qual prevê a redução de uma pena excessiva.

A diferenciação ou não da cláusula penal já é discutida naquele país há quase um século. Entre as decisões sobre o assunto,<sup>85</sup> ressaltamos a do *Bundesgerichtshof* (BGH) de 1967, por conceber a distinção entre cláusula penal propriamente dita (com instrumento de pressão do devedor) e cláusula penal com função simplesmente indenizatória.

Em resumo, as posições discutem sobre os modelos de cláusula penal: a) a própria, com função sancionatória (*Vertragsstrafe*); e b) imprópria, com função de prefixação de danos (*Schadenersatzpauschalierung*). Essa divisão apenas mostra que o debate, apesar de profundo, trata dos institutos jurídicos como objetos ideais, sem ponderar a inserção das vontades qualificadas e suas circunstâncias negociais correspondentes.

---

<sup>84</sup> MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 509.

<sup>85</sup> MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 511-512.

### 3.8. Da cláusula penal no sistema brasileiro

Na história brasileira, em seu primeiro século após o contato com a cultura europeia, dois foram os textos que coordenaram as relações negociais: o primeiro, datado de 1446, o outro, de 1514, com nova edição em 1521.<sup>86</sup> Rubens Limongi França destaca a proposta contida no Código Filipino, promulgado em 1603, e que vigorou até 1º. de janeiro de 1917, encontrando, no Título 70, a expressa disposição a respeito das penas convencionais e suas hipóteses. O autor discorre, ainda sobre a pena convencional nos contratos de mútuo; de pagamento de coisa fungível, nos arrendamentos e locações e, por fim, nos contratos ilícitos, confirmáveis por juramento canônico.<sup>87</sup>

Na *Consolidação das Leis Civis*<sup>88</sup>, Teixeira de Freitas propôs, a despeito de farta contribuição encontrada no Digesto de Corrêa Telles e nas Ordenações do Reino de Portugal, para tratar da cláusula penal dois artigos, 391 e 392:<sup>89</sup>

Artigo 391. As penas convencionaes são permitidas, mas não podem exceder o valor da obrigação principal; ou esta seja de dar, ou seja de fazer.

Artigo 392. Se o contracto fôr nullo, ou torpe, e reprovado, a pena convencional será também nulla.

Teixeira de Freitas realizou um trabalho completo e profícuo, espalhando o tratamento da cláusula penal em catorze artigos, mas já na fase do anteprojeto da *Consolidação das Leis Civis* enfrentou resistência. Em que pese todo o esforço que empreendeu, foi do projeto de Clóvis Beviláqua que resultou o Código Civil Brasileiro.

---

<sup>86</sup> São dizeres de Rubens Limongi França (FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 69-70): “Em ambas, a matéria da cláusula penal é bastante parecida, conforme se vê respectivamente no Tít. 62 do Liv. IV e no Tít. 44 do Liv. IV, ressentindo-se, em uma e outra, da direta influência canonística. Há uma acentuada preocupação em não acolher as penas apostas em ‘contrato torpe’, ou ‘contra *Direito Comuu*’, ou ‘razom natural’, assim como com o *limite*, o qual não deve ir além de ‘outro tanto como o principal’ (D. Manuel), ficando claro que ‘mais nom’ (D. Afonso). As disposições, porém, no conspecto geral, são bastante incipientes e se apresentam muito aquém dos textos romanos e das próprias Partidas.”

<sup>87</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 71.

<sup>88</sup> Denominou-se *consolidação* o trabalho preliminar à confecção do Código Civil, publicada em 1858, com 1.333 artigos.

<sup>89</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 77.

Um fato a destacar é que, após a extinção da Monarquia e a instituição da República, a filosofia dominante se inclinava pelo Positivismo de Augusto Comte<sup>90</sup>. A tentativa de codificação<sup>91</sup> buscava o alinhamento das normas em vigor, com a finalidade de reorganização do ordenamento jurídico, em resposta às necessidades de dotar de unidade as relações jurídicas da mesma natureza.

A Lei de 20 de outubro de 1823 prescreveu que as Ordenações Filipinas, bem como leis e decretos promulgados pelo Rei de Portugal até 25 de abril de 1821, vigeriam enquanto não se organizasse um novo Código, orientação referendada pela Constituição do Império, que reconheceu - em seu artigo 179, n. XVIII - a necessidade de criação de um Código Civil e um Criminal, pautado nas “sólidas bases da Justiça e da Equidade”.

Como mencionado, em 1855 foi delegada, a Teixeira de Freitas, a árdua tarefa de orientar a superação do pluralismo das fontes, com o fomento de uma consciência jurídica sistematizada, que culminou com a entrega da Consolidação das Leis Civis de sua autoria, em 1857. Comprometido a apresentar o projeto do Código Civil até dezembro de 1861, Teixeira de Freitas ofereceu seu trabalho em diversos fascículos, no período compreendido entre 1860 e 1865. O autor, seduzido pela possibilidade de classificação das matérias e da unificação do direito privado, dividiu sua obra em duas partes: geral (pessoas, das coisas e dos fatos) e especial (dos direitos pessoais, dos direitos reais e disposições comuns aos direitos pessoais e reais). Após completar o esboço do Livro III, seus trabalhos foram interrompidos.

Em sessão de 1º de julho de 1868, o Conselho de Estado deu parecer favorável à proposta, o que não foi aceito, em razão dos argumentos do então Ministro José de Alencar, que considerou rescindido o contrato, pois não foi observado o prazo originalmente definido para tal empreitada, não obstante todo o esforço e dedicação de Teixeira de Freitas. Este autor demonstrou grande talento em suas concepções e técnica, bem como rigor no trabalho, o qual foi aproveitado

---

<sup>90</sup> Sugerimos a leitura de: CARRILHO, Manuel Maria. **Epistemologia: posições e críticas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

<sup>91</sup> Vide: ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação**. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

em quase todas as codificações de nosso continente, sobretudo na Argentina.

No ano de 1899, Clóvis Beviláqua foi incumbido de redigir o projeto de Código Civil. Consoante os registros de Clóvis do Couto e Silva<sup>92</sup>, a propriedade era compreendida segundo a tradição liberal.

A teoria geral dos contratos era guiada pela máxima da autonomia da vontade. Não era conhecida previsão normativa que abordasse a cláusula *rebus sic stantibus*, sustentada a argumentação de que, em uma economia com moeda estável, seria prescindível a adoção de tal mecanismo, em vigor tipicamente em tempos de crise.

Naquela época, competia ao direito civil garantir, à atividade privada, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis em suas relações econômicas; os chamados riscos do negócio expressavam a maior ou menor capacidade do indivíduo de gerenciar seus interesses.<sup>93</sup> Nesse ponto, podemos perceber a aproximação entre a ideologia que sustentou o Código Civil de 1916 e os dizeres de Pothier, ao defender a necessidade de revisão das cláusulas penais, por considerar que o signatário de contrato, assistido por tal dispositivo, o fazia consubstanciado em vício de consentimento, ou seja, em erro.

Não obstante a afinidade de Clóvis Beviláqua com a compreensão *pandectista*<sup>94</sup> e o Código Civil alemão de 1900, é possível identificar pontos comuns entre o Código Civil de 1916 e o Código Francês. Podemos citar como exemplos a estrutura dos atos jurídicos, tratada no artigo 82 do CC/16, a especificação dos vícios do consentimento e, no plano da responsabilidade civil o paradigma da *culpa*, tratada nos artigos 1.382 e 1.383 do diploma francês.<sup>95</sup> No que se refere à cláusula penal, o Código Civil de 1916, conforme adiantamos, filiou-se ao modelo francês, incluindo-a no capítulo das obrigações.

---

<sup>92</sup> SILVA, Clóvis do Couto. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 628: 8 (1988), p. 11.

<sup>93</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. Código Napoleão. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. vol. 51:7-15. ano 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

<sup>94</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 53-54.

<sup>95</sup> GOMES, Orlando. **Escritos menores: sinais novos da crise do direito**, São Paulo: Saraiva, 1981, p. 243.

Serpa Lopes<sup>96</sup> critica essa classificação, reputando-a melhor ajustada ao capítulo regente da inexecução das obrigações, crítica que estabeleceu com base em opinião de Lacerda de Almeida, tendo em vista a proposta deste último de se estudar a cláusula penal como “reforço da obrigação”. Com efeito, mais do que para um sentido penal, essa cláusula, em nosso Direito, inclinou-se para o caráter indenizatório - mediante a fixação prévia das perdas e danos -, em detrimento de seu propósito punitivo, bem como restou enaltecida sua imutabilidade, excetuada a hipótese de adimplemento parcial da obrigação.

Não obstante, a cláusula penal recebeu o seu depósito apenas no título que trata das consequências do inadimplemento das obrigações, ao invés de ocupar espaço no ambiente próprio das obrigações. A regra da imutabilidade da cláusula penal, em nosso Direito, consignou o respeitado ao valor da obrigação principal como parâmetro para limitar sua fixação, referendando a experiência francesa. A doutrina pátria, no início do século XX, concebeu a cláusula penal à luz do sistema unitário e comprometida com o exercício de dupla função.<sup>97</sup>

Vale mencionar que, sob a égide do CC/1916, a teor de seu artigo 918, alguns doutrinadores enxergavam a cláusula penal como obrigação alternativa, uma vez que o reconhecimento de sua existência legitimava o credor a buscar a conversão de tal cláusula na alternativa mais benéfica. Realizando-se o cotejo dessa disposição com o atual artigo 410, do CC/2002, Renan Lotufo<sup>98</sup> contesta que não se trata de obrigação alternativa.

Com o advento do Código Civil de 2002, que seguiu o modelo preconizado pelo regime anterior, não houve alteração significativa<sup>99</sup>, em que pese não tenha reproduzido os artigos 922 e 923 do Código Civil de 1916.

No que se refere à sua natureza acessória, o Código Civil de 1916

---

<sup>96</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. vol. II. 4. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1964, p. 187.

<sup>97</sup> ROSENVALD, Nelson. **A cláusula penal: a pena privada nas relações negociais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 28.

<sup>98</sup> LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2., p. 472.

<sup>99</sup> ARAI, Rubens Hideo. Cláusula penal. In **Obrigações**. Renan Lotufo, Giovanni Ettore Nanni coordenadores. São Paulo: Atlas, 2011, p. 734.

tratou de destacar, em dispositivo próprio - o artigo 922 -, que a nulidade da obrigação principal importaria também na nulidade da cláusula penal.

Em que pese o novo Código Civil não ter reproduzido a função da norma mencionada, Nelson Nery Júnior explica que não houve prejuízo, pois se mantêm, para a hipótese em apreço, as mesmas implicações consagradas alhures à cláusula penal, quais sejam: obrigação acessória e subordinada a uma obrigação principal, sua validade condicionada, automaticamente, à validade da obrigação principal. Nery Júnior finaliza sua exposição indicando o artigo 184 do Código Civil como o responsável pela orientação desse fenômeno.<sup>100</sup>

Por conseguinte, com o artigo 413 do novo Código Civil, ajustou-se o dever de redução da pena pelo magistrado, o que favoreceu a compreensão teórica deste dispositivo como um comando de ordem pública e de caráter cogente.

### 3.8.1. Perspectiva normativa da cláusula penal

Otávio Luiz Rodrigues Júnior<sup>101</sup> comenta que a celeuma em torno da natureza da convenção penal começou em razão da atribuição do seu nome; por isso, realizou estudo identificando os diplomas que se valeram da expressão *cláusula penal*:

- a) Artigo 83, §3º. Da Lei nº 11.101/2005, destinada ao tratamento da recuperação judicial e a falência do empresário e da sociedade empresária;
- b) Arts. 408, 409, 410, 411, 412 e 416, parágrafo único do CC.;
- c) Artigo 2º, inciso IV, da Lei nº 10.220/2001, a respeito das atividades de peão de rodeio, equiparando-o a atleta profissional;

---

<sup>100</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 10 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 616.

<sup>101</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro**. 2016. 418 folhas. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 154-157.

- d) Arts. 28, 33 e 57 da Lei nº 9.615/98, responsável pela instituição de normas gerais sobre desporto;
- e) Artigo 15, §4º, da Lei nº 8.880/94, definidora do Plano Real;
- f) Artigo 149, inciso I, da Lei nº 7.656/86, instituidora do Código Brasileiro de Aeronáutica;
- g) Artigo 26, inciso V, da Lei nº 6.766/79, definidora do plano de parcelamento do solo urbano;
- h) Artigo 18, alínea c, da Lei nº 6.024/74, responsável pelo tratamento da intervenção e liquidação extrajudicial de instituições financeiras;
- i) Artigo 2º do Decreto-lei nº 911/69, destinado ao tratamento da alienação fiduciária;
- j) Artigo 66-B, *caput*, artigo 12, da Lei nº 209/48, destinada ao regramento da forma de pagamento dos débitos comerciais e civis de criadores e recriadores de gado bovino;
- k) Artigo 11, alínea f, do Decreto-Lei nº 58/37, que tem por finalidade o tratamento do loteamento e venda de terrenos para pagamento em prestações;
- l) Arts. 8º e 9º do Decreto nº 22.626/33, destinado ao tratamento dos juros contratuais.

O autor prossegue em sua pesquisa, indicando diplomas que utilizaram a expressão *pena convencional*:

- a) Arts. 404, 416 e 847 do CC.;
- b) Artigo 242 da Lei nº 6.015/73, que dispõe sobre os registros públicos;

c) Artigo 54 do Decreto-lei nº 413/69, que dispõe sobre títulos de crédito industrial.

A utilização de disposições que denotam a presença de elementos punitivos também é observada por Otávio Luiz Rodrigues Júnior, ao contemplar o Código de Processo Civil, em seus arts. 18, 461 e 600. Do cotejo de todas essas disposições, conjugadas, ainda, à formação de entendimento jurisprudencial atinente à matéria, Rodrigues conclui que, no Brasil, confunde-se cláusula penal com multa e pena convencional, havendo, todavia, a diferenciação límpida entre a cláusula penal e a multa processual de natureza compulsória (*astreinte*), dado o senso comum teórico que lhes atribui natureza e propósitos diversos (uma de natureza substantiva, outra de feição instrumental).<sup>102</sup>

Por fim, Otávio Luiz Rodrigues Júnior observa que, no Direito brasileiro, consoante a orientação contida nos artigos 412 e 413 do Código Civil, há forte tendência para a intervenção judicial no conteúdo da cláusula.<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro**. 2016. 418 folhas. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 161.

<sup>103</sup> São ensinamentos de António Pinto Monteiro (MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 87): “A justificação da acessoriedade da cláusula penal não oferece, pois, dificuldades de maior. Esta não é um fim em si mesmo: ao estipular uma cláusula penal, visa-se incentivar o respeito devido à obrigação, de fonte negocial ou imposta por lei, estabelecendo, desde logo, para o efeito, a respectiva sanção, prevenindo a hipótese do seu incumprimento; ou pode ser escopo das partes, tão-só, o de fixar antecipadamente o *quantum* indemnizatório a que haverá lugar. Seja como for, a existência de uma obrigação surge, assim, via de regra, como *pressuposto* objetivo da cláusula penal. Daí que a sorte desta fique dependente do destino da primeira”. Sugerimos, também: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro**. 2016. 418 folhas. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 254.

## 4. Das concepções e funções da cláusula penal

### 4.1. Concepção da cláusula penal como figura unitária, bifuncional ou de natureza indenizatória

Comumente entende-se que, em essência, a cláusula penal tem por finalidade a prefixação do valor da indenização, ou atua como instrumento de coerção voltado ao perfeito cumprimento da obrigação.<sup>104</sup>

A aferição da linha de entendimento de tantos doutrinadores que se debruçaram sobre a matéria nem sempre é fácil. Rubens Limongi França<sup>105</sup> comenta que, ao contrário do esperado, geralmente os autores não contribuem de maneira expressiva com respeito à classificação da cláusula penal.

Até por isso, esclarecemos que o objetivo de nossos escritos destina-se à leitura da cláusula penal puramente punitiva, alheia à concepção indenizatória ou à regência do atraso, no tipo contratual especificamente relacional. Destina-se, também, à procura de fundamentos que amparem a utilização de tal cláusula, tendo em vista que consideramos questionável a intervenção do Poder Judiciário de modo indistinto aos diversos tipos contratuais.

Tomemos o exemplo de Pothier, que não se mostrou muito preocupado com a classificação da natureza da cláusula penal. Da leitura de cinco princípios que estabelece em sua obra para definir a pena convencional, identificamos, destacadamente no terceiro e no quarto critérios, o modelo de pensamento do autor: a cláusula penal como mecanismo destinado à prefixação da pena na hipótese de inexecução da obrigação, assertiva de cariz doutrinário que orientou a concepção francesa acerca do instituto em apreço.<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> Nelson Rosenvald preleciona (ROSENVALD, Nelson. **Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais**. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 79): “No primeiro caso, acaba por confundir a cláusula penal com uma pré-estimativa convencional de indenização. No segundo, o montante ajustado é tido como uma prestação que impõe uma pena ao devedor, uma sanção de caráter compulsório”.

<sup>105</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 117.

<sup>106</sup> Reproduzimos trechos da obra de Pothier em apreço (POTHIER, Roberto Joseph. **Traité des obligations**, Paris: Chez Thomine et Fortic, 1865, p. 313): “Premier principe. L’obligation pénale

Em ordenamentos jurídicos inspirados no modelo francês, historicamente assistidos pelas ideias de Dumoulin e Pothier,<sup>107</sup> a cláusula penal dita compensatória assume essa feição bifuncional, servindo como instrumento de coerção e permitindo aos contratantes a prefixação da indenização, na hipótese de inexecução do contrato, prescindindo-se até da comprovação efetiva do prejuízo suportado pelo credor. Tal é, por exemplo, o sentido encontrado em nosso Código Civil, artigo 416.

Voltando à leitura de teorias da cláusula penal, indicamos os seguintes autores, que enaltecem esse seu propósito único e bifuncional: a) Serpa Lopes<sup>108</sup> comenta que o instituto em apreço é abordado em todos os códigos como uma obrigação acessória, adjeta a um contrato e pela qual o devedor se obriga a uma prestação determinada, no caso de faltar ao contrato, ou a qualquer de suas cláusulas ou, ainda, retardar sua execução; b) Carvalho Santos,<sup>109</sup> que considera ter, a cláusula penal, natureza acessória, sendo destinada ao reforço do vínculo contratual, concomitantemente à fixação prévia de indenização, na hipótese de

---

étant, par sa nature, accessoire à une obligation primitive et principale, la penallité de celle-ci entraîne la nullité de l'obligation pénale. [...] Second principe. La nullité de l'obligation pénale n'entraîne pas celle de l'obligation primitive. La raison est que l'accessoire ne peut, à la vérité, subsister sans le principal; mais le principal ne dépend pas de l'accessoire, et peut subsister sans lui. [...] Troisième principe. L'obligation pénale a pour fin d'assurer l'exécution de l'obligation principale. [...] Quatrième principe. Cette peine est stipulée dans l'intention de dédommager le créancier de l'inexécution de l'obligation principale: elle est par conséquent compensatoire des dommages et intérêts qu'il souffre de l'inexécution de l'obligation principale. [...] Cinquième principe. La peine stipulée en cas d'inexécution d'une obligation, peut, lorsqu'elle est excessive, être réduite et modérée par le juge. Ce principe est tiré d'une décision de Dumoulin." Tradução livre: "Primeiro princípio: Sendo, a obrigação penal por natureza acessória a uma obrigação primitiva e principal, a penalidade desta gera a nulidade da obrigação penal. [...] Segundo princípio. A nulidade da obrigação penal não provoca a nulidade da obrigação primitiva. Isto se deve ao fato de que a acessória não pode, efetivamente, subsistir sem a principal, mas a principal não depende da acessória, e pode subsistir sem ela. [...] Terceiro princípio: A obrigação penal tem por finalidade assegurar a execução da obrigação principal. [...] Quarto princípio. Esta pena é estipulada com a intenção de indenizar o credor pela inexecução da obrigação principal; conseqüentemente, ela é compensatória dos prejuízos e juros que ele sofre em vista da inexecução da obrigação principal. [...] Quinto princípio. A pena estipulada, em caso de inexecução de uma obrigação, pode, quando excessiva, ser reduzida e moderada pelo juiz. Este princípio foi extraído de uma decisão de Dumoulin."

<sup>107</sup> Nota-se, no escólio de Planiol (PLANIOL, Marcel. **Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit**. t. 2, 9 ed., Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1923, p. 78-79), a nítida influência da concepção de cláusula penal como mecanismo compensatório e destinado à indenização do credor pela inexecução da obrigação avençada, defendendo a exclusiva possibilidade de estipulação penal em valor.

<sup>108</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. vol. II. 4. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1964, p. 187.

<sup>109</sup> SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. vol. XI, 13. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 300.

inadimplemento da obrigação primária e principal; c) Pontes de Miranda,<sup>110</sup> para quem a cláusula penal seria uma disposição acessória, correspondente a uma promessa de prestação de pena na hipótese de infração da obrigação avençada, sendo dada ao credor a possibilidade de indenização derivada da frustração de sua expectativa e, ao mesmo tempo, eximindo o credor de provar o dano suportado; e d) Laurent,<sup>111</sup> que também entende a cláusula penal como elemento bifuncional.

A esse propósito, vale explorar as críticas feitas por Pontes de Miranda.<sup>112</sup> Ele defende a possibilidade da utilização da cláusula penal como modelo punitivo, e não referenda a diminuição da pena, aspecto que, todavia, segundo o autor, não afastaria a característica predominante de prefixação de indenização.

Pontes de Miranda comenta, ainda, que as cláusulas penais, de acordo com sua proposta *in concreto*, podem ser compensatórias, se a pena for substitutiva da pretensão ao adimplemento ou à indenização de perdas e danos, ou cumulativa, caso ainda haja a possibilidade de se exigir o adimplemento ou a indenização.

Essa classificação é seguida por expressiva maioria dos teóricos. Arnaldo Rizzardo<sup>113</sup> enxerga o papel coercitivo exercido pela cláusula penal, reputado o mais importante, na medida em que possuiria força intimidativa.

---

<sup>110</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo XXVI, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 59.

<sup>111</sup> LAURENT, F. **Principes de droit civil français**. t. 17, Paris: A. Durand & Pedone Lauriel, 1875, p. 422.

<sup>112</sup> Pontes de Miranda comenta (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo XXVI, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 26): “As decisões judiciais que procuram ligar a cláusula penal a algum prejuízo desgarram do conhecimento científico do instituto e, aberta ou sub-repticiamente, violam o artigo 927, alínea 1ª., do Código Civil (e.g. 1ª. Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 27 de julho de 1942, R. dos T., 139, 259; 2ª. Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 29 de abril de 1947, 168, 687). A cláusula penal incide ainda que nenhum prejuízo haja existido. No mesmo sentido o Código Civil chileno, artigo 1542 e o Código suíço das Obrigações, artigo 161, alínea 1ª. (cf. Esboço de Teixeira de Freitas, artigo 933). Não é preciso sequer, que, ao conceber-se a cláusula penal, se pense em prejuízo ou dano que possa ocorrer (sem razão, a 1ª. Turma do Supremo Tribunal Federal, 18 de dezembro de 1941, A. J., 63, 30).”

<sup>113</sup> Arnaldo Rizzardo comenta a característica da acessoriedade da cláusula penal, definindo-a como um pacto acessório, uma estipulação secundária, e relaciona a sua importância à regência de variáveis como as crises, oscilações econômicas e até a pouca evolução moral das pessoas, como critérios que ensejam a adoção desse mecanismo de defesa de direitos e créditos (RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações**. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 526).

Conforme relatado,<sup>114</sup>, no modelo romano foi feita uma distinção entre cláusula penal principal ou acessória, quando assinalavam, respectivamente, a presença de obrigação de caráter condicional ou uma segunda obrigação, portanto acessória, derivada da inexecução da obrigação primária.

Nelson Rosenvald a define como “uma convenção acessória que acopla uma pena privada ao inadimplemento de uma obrigação. (...) A cláusula penal é uma estipulação negocial aposta a uma obrigação, em que qualquer das partes, ou apenas uma delas, compromete-se a efetuar certa prestação, em caso de inexecução ilícita da obrigação principal”.<sup>115</sup>

Não poderíamos deixar passar em branco a contribuição de Rubens Limongi França<sup>116</sup>, que concebeu a cláusula penal como pacto acessório ao contrato ou outro ato jurídico, delineada para - alternativa ou cumulativamente e conforme o caso -, orientar a postura dos contratantes, servindo, ainda, como instrumento para a pré-avaliação das perdas e danos, na hipótese da necessidade de punição do devedor inadimplente.

Importante também é a contribuição de Serpa Lopes<sup>117</sup>, para quem o propósito atribuído à cláusula penal foi reduzido ao tratamento da reparação, em detrimento da função punitiva, em concepções apoiadas nos valores de Dumoulin e Pothier. Ele sustenta que “a orientação seguida pelo Código Civil francês obedeceu a esse critério, isto é, o de ser a cláusula penal uma predeterminação dos danos estabelecida a *priori*”. Consoante tal perspectiva, uma vez inexecutada a obrigação avençada, deixa de ser importante distinguir entre quaisquer propósitos da cláusula penal, pensada como modelo único, bifuncional e destinado à prefixação da indenização pois, a esta unidade conceitual, corresponderia exclusivamente sua consequência indenizatória e finalidade compulsória.<sup>118</sup> A vantagem desta perspectiva é a dispensa do ônus de se provar a extensão dos danos, porquanto a

---

<sup>114</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 116.

<sup>115</sup> ROSENVALD, Nelson. **Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais**. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 35.

<sup>116</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 6-7.

<sup>117</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. vol. II. 4. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1964, p. 190.

<sup>118</sup> MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 291.

cláusula penal constituirá a fixação *ne varietur* da indenização.

António Pinto Monteiro pondera, a esse respeito, que “o cariz aleatório da cláusula penal resulta da sua compreensão como *forfait*, característica esta que a doutrina, com o apogeu do Código de Napoleão, passou a considerar a *ratio essendi* da figura.”<sup>119</sup>

Em contrapartida, ao credor não será permitido pleitear indenização compensação suplementar, na medida em que a convenção penal já definiria o *quantum* da reparação. Exceção será feita no caso de cláusula penal moratória,<sup>120</sup> tendo em vista a possibilidade de eleger o pagamento de multa vinculada à hipótese de atraso, ou a convolção desse estado para a tipificação de inadimplemento absoluto.

Pela pesquisa apresentada e entendimentos colacionados, chega-se à compreensão de que a cláusula penal é “obrigação acessória, sempre adjeta a um contrato, obrigando o devedor a uma prestação determinada, no caso de faltar ao estrito cumprimento das cláusulas do contrato ou retardar seu cumprimento”.<sup>121</sup>

Não obstante, essa dupla finalidade da cláusula penal recebeu severas críticas de António Pinto Monteiro,<sup>122</sup> o qual sustentou que, para servir como coerção, a pena deveria se distanciar da figura de indenização e vice-versa.

Concordamos com Monteiro. Projetando essa assertiva em nossos

---

<sup>119</sup> MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 294.

<sup>120</sup> Agostinho Alvim trata do problema que é analisar a transição do estado de mora ao de inadimplemento absoluto da obrigação, considerando que o critério para a distinção deve ter por base um fato de ordem econômica condizente à avaliação da possibilidade ou não, para o credor, de receber a prestação que lhe interessa (ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária Ltda., 1965, p. 59-63).

<sup>121</sup> Os apontamentos são de Arnaldo Rizzardo, que comenta a característica da acessoriedade da cláusula pena (RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações**. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 525).

<sup>122</sup> “Ao destacar a *dupla função* exercida pela cláusula penal, pretende a doutrina tradicional sublinhar os aspectos mais relevantes desta figura, que se traduziriam no facto de ela actuar, *simultaneamente*, como sanção compulsória e meio de indemnização. Discordamos desta posição. A nosso ver, a cláusula penal, *em sentido estrito*, é uma sanção compulsória, embora não acresça, em caso de inadimplemento, à obrigação de indemnizar, antes a substitua, desde que o credor opte pela primeira, em vez de solicitar a segunda” (MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 18-19).

estudos - focados no emprego de cláusula penal puramente punitiva, em contratos relacionais -, o entendimento de que a cláusula penal é instrumento bifuncional não ajuda; pelo contrário, atrapalha.

Utilizada com escopo punitivo, a pena não teria índole compensatória, porquanto não guardaria a correlação com a indenização ou a constatação de danos suportados pelo credor, na hipótese proposta na presente defesa e destinada à leitura da singular figura dos contratos relacionais. Vislumbramos, na possibilidade de sua utilização na tutela da confiança, instituto que, no modelo contratual em apreço, ocupa o matiz próprio das obrigações ditas principais. No mesmo sentido, fazendo-se uma comparação com os mecanismos à disposição do Estado-juiz para o efetivo exercício da jurisdição, a pena não referendaria medidas de coerção instituídas por previsão contratual, em desenho parecido com as *astreintes*, essas sim, de matiz coercitivo.

Nelson Rosenvald também apresenta sua crítica, afirmando que há inequívoca incompatibilidade de objetivos (sanção e indenização)<sup>123</sup> no sistema único e bifuncional. Ele sugere a retomada dos propósitos fundamentais e em sentido estrito, como o apego à sanção compulsória encontrada nas origens romanas (*stipulatio poenae*), e, naquilo que interessa à nossa pesquisa, enaltece a importância da confiança como elemento nuclear da cláusula penal em contratos relacionais.<sup>124</sup>

O fundamento de nossa tese é bastante simples e pensamos justifique a proposta de releitura da cláusula penal, permitindo que assumam, em casos específicos, o escopo puramente punitivo. De acordo com os ensinamentos de Ian Macneil, as trocas podem ocorrer de inúmeras maneiras, além das reciprocamente mensuráveis. Com isso, mostra-se insuficiente, a noção que se tem da natureza da cláusula penal, como instituto destinado à prefixação de danos e controlada pelo princípio da equivalência objetiva da prestação, de acordo com a orientação do art. 413 do Código Civil. Referimo-nos principalmente nos

---

<sup>123</sup> ROSENVALD, Nelson. **Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais**. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 105.

<sup>124</sup> ROSENVALD, Nelson. **Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais**. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 109.

denominados contratos relacionais e incompletos, os quais, não raras vezes, sequer permitem aos contratantes que antevejam todas as variáveis que guiarão seus comportamentos. Em tal situação, dada a relativa incomensurabilidade das trocas, situação aliada à impossibilidade de prefixação de perdas e danos, a cláusula penal virá como instrumento de reforço ao cumprimento das obrigações de confiança e cooperação.<sup>125</sup>

Percebe-se que fica vaga, neste complexo regime jurídico do contrato relacional, a noção de dano como estrita diminuição patrimonial. Nos contratos relacionais, o dever de cooperação é obrigação principal, e sua violação, consoante o tratamento conferido pelos contratantes, poderá redundar na aplicação de pena privada, sem prejuízo de indenização suplementar relacionada a outras unidades que perfazem o seu complexo regime jurídico.

Quanto à atribuição de valor ao dever de cooperação, e qual a pena correlata aplicada no caso concreto, reputamos seja critério que atenda mais às escolhas eleitas pelos contratantes, daí, a crítica ao intervencionismo desenfreado e sem critérios, sobretudo quando amparado nas denominadas cláusulas abertas e seu questionável modo de integração pelo Estado-juiz no exercício da jurisdição.

Na leitura da tipificação do inadimplemento, arriscamos defender que sua avaliação é acentuadamente uma questão de fato, a depender, em precípua e maior instância, da orientação dada pelos próprios contratantes no exercício de suas liberdades e faculdades, ao ponderarem os riscos, os custos e as oportunidades do negócio jurídico celebrado.<sup>126</sup>

Parece-nos, assim, que a proposta de centralização teórica para conceituação da cláusula penal não prospera, sobejamente a punitiva em sentido estrito, dada a distância que essa postura instaura com o plano dos fatos, analisados de perto pelos contratantes para a deliberação e formação de seus interesses.

---

<sup>125</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos, teoria geral e contratos em espécie**. vol. 4. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 313.

<sup>126</sup> ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária Ltda., 1965, p. 170-171.

## 4.2. Da função da punição como técnica de reforço ao adimplemento do regime obrigacional

A natureza jurídica da cláusula penal é, em larga escala, compreendida como acessória (CC, artigo 409).<sup>127</sup> Não obstante, o instituto em apreço pode assumir múltiplos matizes, de acordo com as especificidades do caso concreto e suas *circunstâncias negociais*. Essa leitura não se limita ao ambiente teórico-conceitual; antes, é composição que se liga ao seu tratamento pragmático, indissociável da leitura oferecida pelos contratantes.

Algumas funções ganham destaque no Brasil, e acreditamos que seja decorrente do tratamento doutrinário atribuído ao tema, também contemplado em jurisprudência dominante, conferindo-lhe feição compulsória de liquidação prévia do dano e de incentivo ao adimplemento das obrigações.

As decisões a seguir colacionadas, proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, referendam a adoção da cláusula penal preponderantemente com duplo propósito, naquilo que se refere à padronização de entendimento,<sup>128</sup>:

- a) Informativo STJ nº 540 (maio/2014): “DIREITO CIVIL. PENA CONVENCIONAL E INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. Não se pode cumular multa compensatória prevista em cláusula penal com indenização por perdas e danos decorrentes do inadimplemento da obrigação. Enquanto a cláusula penal moratória manifesta com mais evidência a característica de reforço do vínculo obrigacional, a cláusula penal compensatória prevê indenização que serve não apenas como punição pelo inadimplemento, mas também como prefixação de perdas e danos”. REsp 1.335.617 / SP, julgado em 27/3/2014”;
- b) Informativo STJ nº 540 (março/2013): “DIREITO CIVIL. CONTRATOS. CUMULAÇÃO DE CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA COM INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. O promitente comprador, no caso de atraso na entrega do imóvel adquirido, tem direito a exigir, além do cumprimento da obrigação e do pagamento do valor da cláusula penal moratória prevista no contrato, a indenização correspondente aos lucros cessantes pela não fruição do imóvel durante o período da mora. Enquanto a cláusula penal compensatória funciona como prefixação das perdas e danos, a cláusula penal moratória, cominação contratual de uma multa para o caso de mora,

<sup>127</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. vol. II, 24 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 441.

<sup>128</sup> Informativos de jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça, disponíveis em seu site oficial: <<<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>>. Acesso em 10 de maio de 2015.

serve apenas como punição pelo retardamento no cumprimento da obrigação.” REsp 1.355.554 / RJ, julgado em 6/12/2012;

- c) Informativo STJ nº 484 (outubro/2011): “CONTRATO. CLÁUSULA PENAL. EFEITOS. *In casu*, trata-se de contrato de compra e venda de imóvel, no qual o promitente-comprador (recorrente) obrigou-se a pagar o preço e o promitente-vendedor a entregar o apartamento no tempo aprazado. Porém, o promitente-vendedor não entregou o bem no tempo determinado, o que levou o promitente-comprador (recorrente) a postular o pagamento da cláusula penal inserida no contrato de compra e venda, ainda que ela tenha sido redigida especificamente para o caso do seu inadimplemento. Assim, cinge-se a questão em definir se a cláusula penal dirigida apenas ao promitente-comprador pode ser imposta ao promitente-vendedor ante o seu inadimplemento contratual. Na hipótese, verificou-se cuidar de um contrato bilateral, em que cada um dos contratantes é simultânea e reciprocamente credor e devedor do outro, oneroso, pois traz vantagens para os contratantes, comutativo, ante a equivalência de prestações. Com esses e outros fundamentos, a Turma deu provimento ao recurso para declarar que a cláusula penal contida nos contratos bilaterais, onerosos e comutativos deve aplicar-se para ambos os contratantes indistintamente, ainda que redigida apenas em favor de uma das partes. Todavia, é cediço que ela não pode ultrapassar o conteúdo econômico da obrigação principal, cabendo ao magistrado, quando ela se tornar exorbitante, adequar o *quantum debeatur*.” REsp 1.119.740 / RJ, julgado em 27/9/2011;
- d) Informativo STJ nº 360 (junho/2008): “PROMESSA. COMPRA E VENDA. IMÓVEL. DESISTÊNCIA. A jurisprudência deste Superior Tribunal considera ser possível a rescisão unilateral do compromisso de compra e venda por iniciativa do promitente comprador se ele não reúne mais as condições econômicas de suportar o pagamento das prestações, o que enseja retenções pelo promitente vendedor de parte das parcelas pagas para compensá-lo pelos custos operacionais da contratação. [...] A cláusula penal já constituiu meio de liquidar antecipadamente o valor das perdas e danos devido ao contraente inocente na hipótese de inexecução contratual culposa. Precedentes: REsp 712.408 / MG, DJ 24/3/2008; REsp 489.057 / PR, DJ 24/11/2003, e REsp 469.484 / MG, DJ 17/12/2007; REsp 907.856 / DF, julgado em 19/6/2008;
- e) Informativo STJ nº 298 (setembro/2006): “CONTRATO. REDUÇÃO. CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA. É possível reduzir a multa penal compensatória para evitar o enriquecimento sem causa, como no caso dos autos, em que as instâncias ordinárias consideraram que a reconvinde cumpriu a maior parte de suas obrigações, havendo dação em pagamento.” REsp 798.369 / DF, julgado em 26/9/2006.

Otávio Luiz Rodrigues Júnior sugere a divisão das teorias classificatórias da natureza jurídica da cláusula penal em duas grandes categorias, ajustadas à sua função: a) as *indenizatórias puras*, que mantêm a função de prefixação das perdas e danos; b) as *indenizatórias mistas*, que guardam a função

de prefixação e garantia da obrigação.<sup>129</sup>

A respeito de critérios classificatórios mencionados em vasto repertório doutrinário, o traço comum teórico encontrado nas cláusulas penais é servirem de reforço ao adimplemento da obrigação.

Concordamos com Rubens Limongi França quando ele pondera que nada impede a utilização da cláusula penal com o escopo de repressão, já que, “em sendo punitiva, não se lhe desfigura a natureza fundamental, porque punir também é um meio de se reforçar”.<sup>130</sup> Tal assertiva referenda todo o nosso trabalho de pesquisa. Como já adiantado, encontramos, nos ensinamentos de Rubens Limongi França, justificativas para a utilização da cláusula penal puramente punitiva.<sup>131</sup>

Por fim, França enaltece a possibilidade de fixação de cláusula penal punitiva cumulativamente com cláusulas penais moratórias ou compensatórias - pois “nada há que o impeça”<sup>132</sup> -, assertiva que nos permite, portanto, tratar da cláusula penal puramente punitiva capítulo próprio e alheio à questão da indenização.

Em linhas gerais, a teoria do reforço preconiza a utilização da cláusula penal puramente punitiva instrumento destinado a garantir o cumprimento da obrigação avençada.

Vale comentar que a concepção da teoria do reforço também está vinculada aos propósitos da cláusula penal moratória. Neste sentido, veja-se, inclusive, o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça encontrado em recente decisão (REsp nº 1.35.617; 27/03/2014).<sup>133</sup>

---

<sup>129</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Cláusula penal: natureza e função no Direito Romano. In: **O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual**. vol. 1. Pinto, Eduardo Vera-Cruz (org.). 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.164.

<sup>130</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 205; BOULOS, Daniel Martins. **O novo regime jurídico da cláusula penal: ensaio acerca da interpretação do artigo 413 do código civil**. 2013. 149 folhas. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 86-87.

<sup>131</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 206.

<sup>132</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 207.

<sup>133</sup> É a nota que compõe a decisão encontrada no informativo nº 540 do Superior Tribunal de Justiça, já colacionado.

Apenas para consignar sua natureza, a cláusula penal moratória é aquela “instituída com a finalidade de impedir o retardamento culposo da prestação obrigacional, servindo de reforço ao cumprimento pontual, pois o valor previamente ajustado terá função de constranger o devedor não só a adimplir, como também a respeitar o tempo, a forma e o local estabelecidos (artigo 394, CC)”.<sup>134</sup>

### 4.3. Da cláusula penal compensatória e moratória

A cláusula penal compensatória objetiva a administração dos efeitos da inexecução do acordado, nos termos do art. 410 do Código Civil,<sup>135</sup> mediante a definição de critérios destinados à recomposição econômica dos prejuízos derivados do inadimplemento total ou parcial da obrigação.<sup>136</sup> Enquanto isso, a cláusula penal moratória destina-se a impedir o retardamento culposo da prestação obrigacional, vinculando o devedor à observância dos critérios que a situam, conforme dita o

---

<sup>134</sup> ROSENVALD, Nelson. **Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais**. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 58.

<sup>135</sup> “Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.”

<sup>136</sup> O desenvolvimento desses aspectos foi realizado com muito acerto por ocasião do julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº. 1.335.617 / SP, decisão datada de 27/03/2014, por isso pedimos vênia para colacionar o extenso excerto: “[...] 12.- Nos termos do artigo 408 do Código Civil, a possibilidade de uma parte exigir a cláusula penal surge de pleno direito desde de que a outra parte contratante tenha, culposamente, deixado de cumprir a obrigação, ou incorrido em mora. [...] 13.- O artigo 409 (correspondente aos artigos 916 e 919 do Código Civil de 1916), na mesma linha, assinala que: “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.- Já aí se percebe que existem essencialmente dois tipos diferentes de cláusula penal: aquela vinculada ao descumprimento (total ou parcial) da obrigação e aquela que incide na hipótese de mora (descumprimento parcial de uma prestação ainda útil). A primeira é designada pela doutrina como compensatória, a segunda, como moratória. 15. Conquanto se afirme que toda cláusula penal tem, em alguma medida, o fito de reforçar o vínculo obrigacional (*Schuld*), essa característica se manifesta com maior evidência nas cláusulas penas moratórias, visto que, nas compensatórias, a indenização fixada contratualmente serve não apenas de punição pelo inadimplemento como ainda de prefixação das perdas e danos correspondentes (artigo 410). 16.- Tratando-se de cláusula penal moratória, o credor estará autorizado a exigir não apenas o cumprimento (tardio) do avençado, como ainda a cláusula penal estipulada. Nesses termos, a dicção expressa do artigo 411 do Código Civil, que, aliás, tem a mesma redação do artigo 919 do Código Civil de 1916: “Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.” 17.- A cláusula penal não visa a compensar inadimplemento nem substituir a execução do contrato, apenas punir o retardamento no cumprimento da obrigação. Por isso admite-se sua cobrança de forma cumulativa com perdas e danos (obrigação que já deflui naturalmente do próprio sistema jurídico) e até mesmo, de forma simultânea, com o cumprimento do contrato (REsp 135554/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 04/02/2013).”

artigo 394 do Código Civil,<sup>137</sup> no tempo, modo e lugar convencionados; por essa característica, ela é considerada dispositivo que manifesta com mais evidência sua finalidade de servir de reforço ao cumprimento da obrigação avençada.<sup>138</sup> Deste modo, tem-se que, quanto ao cumprimento da obrigação, alguns princípios ajudarão a se compreender este fenômeno, por exemplo, os da *pontualidade*, da *integralidade do cumprimento* e *boa fé*.<sup>139</sup>

A identificação da natureza das disposições em comento - cláusula penal compensatória ou moratória<sup>140</sup> -, dependerá da leitura das circunstâncias concretas do negócio jurídico, como esclarece Nelson Rosenvald.<sup>141</sup>

Apresentamos, a seguir, o oportuno escólio de Caio Mário da Silva Pereira:

A cláusula penal pode ser estipulada para o caso de deixar o devedor de cumprir a totalidade de sua obrigação, ou então, com caráter mais restrito, e por isto mesmo mais rigoroso, para o de inexecução em prazo dado. Na primeira hipótese o devedor incide na pena se deixa de efetuar a prestação, na segunda torna-se devida a multa pelo simples fato de não ter realizado a tempo, ainda que possa executá-la posteriormente. Uma, a primeira, se diz compensatória, e a outra moratória.<sup>142</sup>

Tratando-se de cláusula penal moratória, faculta-se ao credor que cumule sua cobrança à exigência de satisfação da prestação, a teor da orientação

---

<sup>137</sup> “Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.”

<sup>138</sup> BOULOS, Daniel Martins. **O novo regime jurídico da cláusula penal: ensaio acerca da interpretação do artigo 413 do código civil**. 2013. 149 folhas. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 39-44; TRUBILHANO, Fábio Souza. **A cláusula penal e sua limitação no ordenamento jurídico brasileiro e no direito estrangeiro**. 2010. 209 folhas. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 77-85; CASSETARI, Christiano. **Cláusula penal: uma releitura de acordo com o novo direito civil que se constrói**. 2007. 188 folhas. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 39-50.

<sup>139</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das obrigações**. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 995.

<sup>140</sup> MARTINS COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil. Do inadimplemento das obrigações**. vol. V, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 410.

<sup>141</sup> ROSENVALD, Nelson. **A cláusula penal: a pena privada nas relações negociais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 60.

<sup>142</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. vol. 2. 20. ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005, pg. 151-152.

do art. 411 do Código Civil,<sup>143</sup> até mesmo cumulativamente às perdas e danos ou à cláusula penal compensatória destinada à prefixação do valor da indenização nesta hipótese.<sup>144</sup> Quanto à tipificação da mora, cabe colacionarmos a diferença conceitual entre mora *ex persona* e mora *ex re*.<sup>145</sup> A primeira decorre de providências tomadas pelo credor para a constituição do devedor em mora, nos termos do art. 397 do Código Civil e a segunda é tipificada com o simples advento termo, conforme prescreve o parágrafo único da norma mencionada.

Em razão da natureza disjuntiva da cláusula penal compensatória, o credor não poderá exigir de maneira cumulativa, o cumprimento da obrigação principal.<sup>146</sup> Ele tampouco poderá postular o recebimento de compensação ulterior e complementar à cobrança do *quantum* fixado em cláusula penal compensatória com base na alegação de que a pena convencional foi insuficiente para a efetiva reparação dos prejuízos suportados. O credor poderá pleitear indenização suplementar somente na hipótese contemplada no parágrafo único do art. 416 do Código Civil,<sup>147</sup> convocando, para si, o ônus da prova.<sup>148</sup> Exceção à regra se dará quando a restrição da convenção prejudicar o credor em contrato de adesão,

---

<sup>143</sup> “Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.”

<sup>144</sup> Veja-se o conteúdo da decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida por ocasião do julgamento do REsp nº. 135.5554 – RJ, julgado em 06/12/2012: “DIREITO CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. INADIMPLEMENTO PARCIAL. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. MORA. CLÁUSULA PENAL. PERDAS E DANOS. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1.- A obrigação de indenizar é corolário natural daquele que pratica ato lesivo ao interesse ou direito de outrem. Se a cláusula penal compensatória funciona como prefixação das perdas e danos, o mesmo não ocorre com a cláusula penal moratória, que não compensa nem substitui o inadimplemento, apenas pune a mora. 2.- Assim, a cominação contratual de uma multa para o caso de mora não interfere na responsabilidade civil decorrente do retardo no cumprimento da obrigação que já deflui naturalmente do próprio sistema. 3.- O promitente comprador, em caso de atraso na entrega do imóvel adquirido pode pleitear, por isso, além da multa moratória expressamente estabelecida no contrato, também o cumprimento, mesmo que tardio da obrigação e ainda a indenização correspondente aos lucros cessantes pela não fruição do imóvel durante o período da mora da promitente vendadora. 4.- Recurso Especial a que se nega provimento.”

<sup>145</sup> SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **As consequências do descumprimento das obrigações à luz do princípio da restituição integral: uma interpretação sistemática e teleológica**. 2006. 650 folhas. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 62-74.

<sup>146</sup> DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 410. Ainda: LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**. vol. II. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 280.

<sup>147</sup> “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 convencionalmente. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.”

<sup>148</sup> Entendimento referendado pelas seguintes decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça: REsp 556.620 – MT; AgRg no Ag nº. 103.6696 – MS; AgRg no Ag nº. 517.203 – SP.

conforme entendimento firmado na V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal:

- Enunciado 430: “Art. 416, parágrafo único: No contrato de adesão, o prejuízo comprovado do aderente que exceder ao previsto na cláusula penal compensatória poderá ser exigido pelo credor independentemente de convenção.”

Nelson Rosenvald<sup>149</sup> entende que, competindo ao credor optar pelo cumprimento da obrigação ou receber o valor prefixado em cláusula penal compensatória, o devedor não se desvinculará do vínculo obrigacional, mediante o oferecimento do valor ajustado a título de prefixação da indenização.

A tipificação do atraso, sujeito à cláusula penal moratória, suscita o problema de se identificar em benefício de quem o tempo opera, pois, como nota Mário Júlio de Almeida Costa,<sup>150</sup> “quando o prazo só é a favor de um dos sujeitos da relação obrigacional – o credor ou o devedor -, tem ele a faculdade de renunciar a esse benefício. Assim, o credor beneficiário poderá exigir o cumprimento da obrigação antes do tempo convencionado; tal como o devedor, sendo beneficiário exclusivo do prazo, terá o direito de antecipar o cumprimento da obrigação.”

Não obstante, como ensina Agostinho Alvim, a tipificação do estado de mora ou do inadimplemento absoluto está mais atrelada à constatação empírica da impossibilidade de o credor receber a prestação:

O critério para a distinção deve ter por base um fato de ordem econômica, na hipótese, a possibilidade ou não, para o credor, de receber a prestação que lhe interessa. [...] Pondere-se, todavia, que a transformação da mora em inadimplemento absoluto não dependerá unicamente do seu arbítrio, porque o devedor pode insurgir-se contra a opção do credor, prontificando-se a purgar a mora, quando não seja o caso, isto é, desde que a prestação não se tenha tornado inútil ao credor.<sup>151</sup>

Por fim, colacionando novamente os ensinamentos de Nelson

---

<sup>149</sup> ROSENVALD, Nelson. **A cláusula penal: a pena privada nas relações negociais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 57.

<sup>150</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das obrigações**. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 1013.

<sup>151</sup> ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária Ltda., 1965, p. 59-63.

Rosenvald,<sup>152</sup> cumpre mencionar que, na imprecisão da determinação da natureza da cláusula penal, se compensatória ou moratória, caberá ao intérprete buscar a leitura da intenção das partes, de acordo com a orientação encontrada no artigo 112 do Código Civil.<sup>153</sup>

#### 4.4. Da cláusula penal puramente punitiva

Com a reserva de que o presente trabalho destina-se à leitura da cláusula penal puramente punitiva em contratos relacionais, é importante mencionar que dividimos, com Fábio Maria de Mattia<sup>154</sup> a opinião de que a cláusula penal pode assumir diversas configurações. Ela pode servir para o tratamento do atraso, a prefixação da indenização, o complemento ulterior à indenização prefixada ou ainda o exercício do papel repressivo e puramente sancionatório a dado comportamento antijurídico categoricamente definido.

O componente comum a todas as funções atribuídas à cláusula penal é sua finalidade de servir para garantia e reforço do cumprimento da obrigação. Portanto, sua natureza dependerá das especificidades do caso e, fundamentalmente, do contexto em que estiver inserido o negócio jurídico assistido. O que não conseguimos é vislumbrar, em um único dispositivo firmado, a intenção de administração de múltiplas possibilidades associadas ao instituto da cláusula penal, pois, se assim o fosse, acarretaria insegurança jurídica e, notadamente, confusão.

Diante do espectro de possibilidades e a respectiva dificuldade de classificação da natureza da cláusula penal, Fábio Maria de Mattia propõe, como solução, que seja dividida em duas categorias. Convencido de que a leitura da

---

<sup>152</sup> ROSENVALD, Nelson. **A cláusula penal: a pena privada nas relações negociais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 59.

<sup>153</sup> “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”

<sup>154</sup> MATTIA, Fábio Maria de. Cláusula penal pura e não pura. In: **Obrigações: função e eficácia**. v. II. FACHIN, Luiz Edson, TEPEDINO, Gustavo (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 1121.

cláusula penal precisa respeitá-la como instituto com corpo e imagem próprios, o autor sugere, como primeira classificação, a denominada *cláusula penal pura*, cuja vocação é definir uma pena em sentido estrito:

A primeira noção que se nos afigura em tal tipo de cláusula é a falta de consideração do dano e do ressarcimento que são regulados pelas normas ordinárias. As partes não dispõem, positivamente, a respeito do ressarcimento do dano eventual, porque comumente o dano eventual não é sequer hipotizável, e além do mais declaram prescindir ou reservar o direito e o seu exercício. O dano, porém, pode se verificar e, em tal caso, aparece a obrigação de ressarcimento por força da lei. O fato de faltar entre as partes contraentes uma referência positiva ao ressarcimento do dano, importa que o relacionamento entre as duas obrigações permaneça exclusivamente regulado pelas normas legais. A obrigação penal e a obrigação de ressarcimento são duas obrigações autônomas que derivam de fontes diversas. [...] O efeito da limitação do ressarcimento é exclusivo da cláusula penal não pura, enquanto que a prestação é determinada e ajustada a título de pena e a título de ressarcimento de dano.<sup>155</sup>

Preocupado com o tratamento histórico dedicado à cláusula penal como dispositivo acessório, Fábio de Mattia desenvolve a análise com base na proposta de avaliação de suas perspectivas de estrutura e conteúdo. Ele destaca, como traço distintivo do que denomina *cláusula penal pura*, a ausência de disposição contratual de regência de perdas e danos, por compreender que a obrigação penal e a obrigação de ressarcimento são autônomas e derivam de fontes diversas.<sup>156</sup>

A segunda categoria, denominada *cláusula penal não pura*, é representada pelas disposições contratuais acessórias, destinadas à prefixação de ressarcimento ou à sua administração ulterior à inexecução da obrigação; ambas situações, portanto, sindicadas na ideia de indenização, como esclarece Mattia:

A hipótese que origina os contrastes mais acentuados, é a da cláusula penal não pura. Prática e substancialmente a essa referem

---

<sup>155</sup> MATTIA, Fábio Maria de. Cláusula penal pura e não pura. In: **Obrigações: função e eficácia**. v. II. FACHIN, Luiz Edson, TEPEDINO, Gustavo (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 1126-1127.

<sup>156</sup> Quanto ao conceito de dano, sugerimos: **ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1965, p. 170-212.

todos os que discutem a respeito da relação entre a penal e ressarcimento do dano.<sup>157</sup>

A justificativa apresentada por Mattia para sustentar a distinção entre essas categorias - cláusula penal pura e cláusula penal não pura -, assenta-se na possibilidade de existência de regimes jurídicos obrigacionais complexos. Em tais regimes, uma disposição punitiva poderia até mesmo exercer um papel diferente daquele atribuído à obrigação principal, assertiva em que temos grande interesse.

Aqui, mais uma vez, aqui encontramos afinidade com as notas do autor em apreço, por entendermos que a leitura da cláusula penal puramente punitiva exige a compreensão das especificidades do caso concreto,<sup>158</sup> como pressuposto metodológico indispensável para a avaliação de sua juridicidade. Em outras palavras, é leitura que nos prende sobretudo ao plano dos fatos, mas não é apenas isso.<sup>159</sup> A questão é que Fábio de Mattia, no texto específico produzido e sem embargo de sua contribuição, nada comenta a respeito do esforço fático demandado como suporte à cláusula penal pura (circunstância negocial); sua análise permanece no plano das ponderações não-sistematizadas.

O autor afasta-se, portanto, da preocupação de ajustar os requisitos de validade da cláusula penal pura à estrutura do negócio jurídico, permitindo-nos intuir que se prende mais à leitura de sua gênese, como desdobramento do exercício de ato de vontade e sua declaração, situação alertada por Antônio Junqueira de Azevedo<sup>160</sup> como indicativa de alguma limitação metodológica,

---

<sup>157</sup> MATTIA, Fábio Maria de. Cláusula penal pura e não pura. In: **Obrigações: função e eficácia**. v. II. FACHIN, Luiz Edson, TEPEDINO, Gustavo (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 1128.

<sup>158</sup> MACAULAY, Stewart. **An empirical view of contract**. Madison. University of Wisconsin Law School, 1984. Disponível em: <[https://media.law.wisc.edu/s/c\\_8/2fgfk/empirical\\_view\\_of\\_contract.pdf](https://media.law.wisc.edu/s/c_8/2fgfk/empirical_view_of_contract.pdf)>. Acesso em: 05 de agosto de 2015.

<sup>159</sup> Escreve Lourival Vilanova a respeito da possibilidade de constituição de norma individual: “As relações jurídicas pertencem ao domínio do concreto. Provêm de fatos, que são no tempo-espaço localizados. Sem a interposição do fato, que a norma incidente qualifica como fato jurídico, não ocorre o processo eficaz da efetivação da relação jurídica. Relações jurídicas abstratas, somente no nível internormativo e no intranormativo, são relações lógico-formais e formais-jurídicas. [...] Essa concepção de fato jurídico e de relação jurídica ocorre, porém, nos quadros esquemáticos das normais gerais. Mas surgem normas individuais, como as cláusulas de um contrato, que, em relação ao genérico da norma abstrata, acresce o individual. As cláusulas contratuais são normas que não inovam no abstrato direito objetivo, mas acrescentam algo de novo, não contido na norma geral” (VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 30).

<sup>160</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São

conforme abordaremos oportunamente.

Como já nos alertou Otávio Luiz Rodrigues Júnior,<sup>161</sup> a possibilidade do emprego da cláusula penal punitiva sofreu, no curso da História, significativo processo de enfraquecimento e isolamento teórico, pautado na ideia de sua destinação como instituto voltado ao tratamento da reparação de danos. A resistência enfrentada pelo senso comum teórico exige, portanto, que nos preocupemos com a apresentação de novos delineamentos, os quais, reputamos, advêm de contribuições próprias do mundo circundante. Estamos falando do papel desempenhado pelas *circunstâncias negociais*.

Por isso, defendemos que é altamente questionável a leitura desse mecanismo de maneira alheia às circunstâncias do negócio e ao regime jurídico obrigacional que o compõe. Em um mundo onde os fenômenos são marcados pelos traços da complexidade, heterogeneidade e flexibilidade, não podemos admitir, quando o foco é a análise do fenômeno jurídico obrigacional, que os critérios de racionalidade estejam amparados exclusivamente em preceitos de ordem formal. Neste ambiente, importa conjugarmos critérios de racionalidade próprios da ciência do Direito - tais como *segurança e justiça* -, a outros preconizados nas ciências, a exemplo da Economia e seu importante critério eleito de racionalidade, qual seja, a *eficiência* das escolhas.

A cláusula penal desprovida do escopo de prefixação de indenização, bem como o negócio jurídico relacional são ideias que caminham juntas em nossa defesa.

---

Paulo: Saraiva, 2002, p. 122.

<sup>161</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro**. 2016. 418 folhas. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 165.

## 5. Delimitação da cláusula penal segundo figuras próximas

A finalidade dos tópicos seguintes é traçarmos pontos de comparação entre a cláusula penal puramente punitiva e institutos que com ela guardem alguma significativa relação de semelhança ou diferença.

### 5.1. Arras

Tratadas no Código Civil, nos artigos 417, 418, 419 e 420, as arras<sup>162</sup> são destinadas à administração convencional da indenização, com grande utilidade em contratos preliminares e compromissos de compra e venda, em matéria imobiliária.

Elas têm função confirmatória ou penitencial.<sup>163</sup> As confirmatórias “consistem na entrega de uma soma em dinheiro ou outro bem móvel, feita por uma parte a outra, em sinal de firmeza do contrato, tornando-o obrigatório e visando impedir o arrependimento de qualquer das partes.”<sup>164</sup> São penitenciais quando os contraentes, “na entrega do sinal, estipulam, expressamente, o direito de desistência

---

<sup>162</sup> Colacionamos o conceito de arras desenvolvido por Maria Helena Diniz (DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 413): “Arras vêm a ser a quantia em dinheiro, ou outro bem móvel, dada por um dos contratantes ao outro, para concluir o contrato e, excepcionalmente, assegurar o pontual cumprimento da obrigação”. Quanto à importância das arras em matéria imobiliária, no Informativo de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nº. 518, de maio de 2013, deu-se notícia do julgamento do REsp nº. 1.339.642 – RJ. Nesta decisão discutiu-se a evolução jurisprudencial acerca da cobrança de comissão de corretagem, chegando-se à conclusão de que, como a realização de negócio jurídico de compra e venda de imóvel é um ato complexo, composto de diversas fases (negociação, formalização do compromisso e transmissão do imóvel), “somente com a análise, no caso concreto, de cada uma dessas fases, é possível aferir se a atuação do corretor foi capaz de produzir um resultado útil, para fins de percepção da remuneração de que trata o art. 725 do CC/02.” Deste modo, o pagamento de sinal é um elemento que oferecerá melhores condições de compreensão do acervo fático do complexo negócio jurídico de compromisso de compra e venda. As arras também foram discutidas nas seguintes decisões, todas relacionadas à matéria imobiliária e à cobrança de comissão de corretagem: a) REsp nº. 826.781 / RS, julgado em 22/02/2011; b) REsp nº. 1.228.180 / RS, julgado em 17/03/2011; c) REsp nº. 877.980 / SC, julgado em 3/8/2010.

<sup>163</sup> ROSENVALD, Nelson. **A cláusula penal: a pena privada nas relações negociais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 173; NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código civil comentado**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 623-624; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. 3. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 57.

<sup>164</sup> DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 413.

do negócio, ou seja, o direito de arrependimento.”<sup>165</sup>

Tanto as arras confirmatórias quanto as penitenciais são disposições que não escapam ao controle de enriquecimento sem causa, conforme entendimento firmado por ocasião da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, no enunciado nº. 165: “Art. 413: Em caso de penalidade, aplica-se a regra do art. 413 ao sinal, sejam as arras confirmatórias ou penitenciais.” Esse entendimento foi tratado por Nelson Rosenvald<sup>166</sup> como orientação de inegável acerto. A alusão à possibilidade de redução de valores das arras revela a afinidade que guardam com uma característica marcante da cláusula penal: sua destinação à recomposição dos prejuízos suportados pelo credor.<sup>167</sup>

Há, também, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo estabelecendo o controle do enriquecimento sem causa,<sup>168</sup> com fulcro no artigo 884 do Código Civil. Trata-se da Apelação Cível nº. 540.877.4/4-00, julgada em março de 2008, cuja análise é elaborada por Francisco Eduardo Loureiro:

---

<sup>165</sup> Prossegue Maria Helena Diniz em seus ensinamentos (DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 415): “As arras penitenciais, por serem suficientes, excluem a indenização suplementar. Tais arras constituem predeterminação das perdas e danos sofridos pelo contratante, que não desistiu do negócio. A parte inocente, que não deu origem à resolução contratual, fará jus às arras, mas não à indenização suplementar.”

<sup>166</sup> ROSENVALD, Nelson. **A cláusula penal: a pena privada nas relações negociais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 181.

<sup>167</sup> No julgamento do REsp nº. 1.056.704 – MA (Informativo de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nº. 392, abril/maio de 2009), definiu-se a possibilidade de redução do valor fixado pelas arras confirmatórias, com base no princípio da proibição de enriquecimento sem causa: “As arras, quando confirmatórias, constituem um pacto acessório que tem como finalidade a entrega de algum bem, em geral determinada soma em dinheiro, para assegurar ou confirmar a obrigação principal assumida e, de igual modo, para garantir o direito de desistência [...] Demais disso, observa-se que o artigo 53 do CDC de modo algum revogou o artigo 1097 do CC de 1916, atual 418 do CC de 2002. Na espécie, se por um lado o artigo 418 da lei civil garante, em favor daquele que não deu causa à resolução do contrato, a retenção das arras, por outro, o artigo 53 da lei consumerista, positiva no ordenamento o princípio jurídico consubstanciado na vedação do locupletamento ilícito, proibindo, assim, a retenção de todo o montante dado a título de sinal. [...] Assim, da exegese dos artigos 418 do CC c/c 53 do CDC, tem-se que o percentual a ser devolvido deve ser calculado sobre a totalidade dos valores vertidos pela promitente-compradora, compreendidos neste montante tanto as arras como as parcelas propriamente ditas.”

<sup>168</sup> Atribui-se à decisão da Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, a relatoria de uma das mais importantes decisões a respeito do controle de enriquecimento sem causa, associado às arras, REsp nº. 223.118 – MG, em 19/11/2001, julgamento que firmou o seguinte entendimento: “É inválida a cláusula contratual que prevê a perda de parte das parcelas pagas pelo promissário-comprador, com a rescisão do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que seja a título de direito às arras, quando tal valor represente o enriquecimento sem causa do promitente-vendedor.”

Nossos tribunais, em mais de uma oportunidade, determinaram a aplicação analógica do art. 413 do Código Civil para reduzir as arras,<sup>169</sup> com o propósito de evitar a violação do princípio que veda o enriquecimento sem causa. Outros julgados recentes não recorrem à analogia da cláusula penal, mas sim à aplicação direta e prevalente do art. 884 do Código Civil, que veda o enriquecimento sem causa. [...] Não há necessidade de se demonstrar o prejuízo, se a pretensão indenizatória se limitar às arras, que correspondem às perdas e danos convencionados e prefixadas entre as partes. As arras passam a servir de base mínima da indenização, na hipótese de inadimplemento relativo ou absoluto. Importante ressaltar mais uma vez que se abre ao contratante inocente opção entre resolver ou executar o contrato, exigindo, nesta última hipótese, o cumprimento da prestação. As arras servirão de indenização mínima em ambos os casos. Terão caráter compensatório, substituindo a prestação, na hipótese de inadimplemento absoluto, que acarreta a resolução do contrato. Terão caráter moratório na hipótese de inadimplemento relativo, que possibilita ao credor exigir a prestação cumulada com as arras, que servirão de indenização pelo atraso.<sup>170</sup>

É neste sentido que os institutos se aproximam, em nossa opinião, pois estão centrados no equilíbrio da composição econômica do contrato, vocacionada à leitura distributiva. Do mesmo modo, a justificativa comumente encontrada está na semelhança de sua causa à da cláusula penal, focada na administração do inadimplemento das obrigações. Classificadas como confirmatórias ou penitenciais, atuam, respectivamente: a) como garantia e reforço do cumprimento da obrigação avençada, na hipótese de não se admitir o exercício de arrependimento, constituída materialmente pela efetiva entrega de dinheiro ou coisa; ou b) como penitência ao contratante que, no exercício de seu direito potestativo à rescisão contratual, escolhe desfazer o negócio, suportando o valor máximo da condenação correspondente às arras, com o escopo de servir à parte inocente como compensação econômica justificada pela frustração de sua expectativa.<sup>171</sup>

Otávio Luiz Rodrigues Júnior estabelece interessante quadro comparativo entre as arras e a cláusula penal:

---

<sup>169</sup> LOUREIRO, Francisco Eduardo. Arras. In **Obrigações**. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.). São Paulo: Atlas, 2011, p. 772.

<sup>170</sup> “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”

<sup>171</sup> ROSENVALD, Nelson. **A cláusula penal: a pena privada nas relações negociais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 179.

As diferenças entre a cláusula penal e as arras são geralmente fixadas na doutrina brasileira: (a) nas obrigações com cláusula penal, o cumprimento desta não é opção do devedor, todavia ao *accipiens* é dado escolher o que exigirá, se a prestação ou a pena; nas arras penitenciais, o credor suporta os efeitos da vontade do *solves*, que poderá desvincular-se com a oferta das arras, o que importará em extinção do contrato; (b) as arras penitenciais, diferentemente da cláusula penal, não reforçam ou estimulam o cumprimento do vínculo, agem em sentido contrário, enfraquecendo-o; (c) a cláusula penal e as arras penitenciais possuem a função de pré-estimativa de perdas e danos, ambas estabelecem indenização *a forfait*; todavia, a primeira ressarce os danos do incumprimento, enquanto a segunda cobre o risco de a contraparte excogitar resolver o contrato em seu nascedouro; (d) as arras *em geral* são prestadas antecipadamente; a cláusula penal só é devida após o nascimento e como decorrência de seu inadimplemento.<sup>172</sup>

Não obstante, as arras não guardam semelhança com a cláusula penal puramente punitiva, conforme a perspectiva que propomos, tendo em vista que seu objetivo está voltado à recomposição patrimonial assistida pelo princípio da equivalência material.<sup>173</sup>

## 5.2. *Astreinte*

A *astreinte* é tutela inibitória típica, destinada à pressão sobre o demandado, para que cumpra a determinação judicial. Em que pese tenha, como apontado por Luiz Guilherme Marinoni, função essencialmente coercitiva, dada a

---

<sup>172</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro**. 418 folhas. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2006. P4-20-21 DBC, p. 202.

<sup>173</sup> NASSER, Paulo Magalhães. **Da onerosidade excessiva no contrato civil**. 2010. 215 folhas. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 88. Há decisões interessantes que abordam, no panorama da teoria dos contratos, o princípio da equivalência material. Por ocasião do julgamento do REsp nº. 334.837 – MG, em 12/03/2002, firmou-se o entendimento de que a mensalidade escolar deve ser cobrada proporcionalmente ao número de disciplinas cursadas, respeitando-se a equivalência entre a prestação cobrada e a contraprestação oferecida pela escola (no mesmo sentido: REsp nº. 927.457 – SP, julgado 13/12/2011). Já por ocasião do julgamento do REsp nº. 1.316.197 – MS, de 28/05/2015, dentre outros aspectos, esse julgado consignou que: “2. Os princípios gerais de direito, como a vedação ao enriquecimento sem causa ou a desproporção exagerada nas relações negociais; os princípios constitucionais, tal como a dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade; os princípios contratuais, a exemplo da função social do contrato, da equivalência material; ainda do regramento legal em vigor, já que, mesmo admitindo-se a sujeição das instituições financeiras aos preceitos da Lei 4.595/64, aplica-se, analogicamente, o Decreto nº 22.626/33; bem como a moral e os bons costumes, que repudiam a prática da usura; ou ainda o lucro exagerado à custa do desenvolvimento econômico e social, vedam peremptoriamente a prática de juros em taxas superiores a 12% ao ano.”

inexecução do comando judicial, nada impede sua conversão em sanção pecuniária, desprovida, todavia, do vínculo originário com o princípio da efetividade<sup>174</sup> do acesso à Justiça:

Enquanto instrumento que atua sobre a vontade do réu, é inegável sua natureza coercitiva; entretanto, se a multa não surte os efeitos que dela se esperam, converte-se automaticamente em desvantagem patrimonial que recai sobre o patrimônio inadimplente. Isto significa que a multa, de ameaça ou coerção, pode transformar-se em mera sanção pecuniária, que deve ser suportado pelo demandado, mas aí sem qualquer caráter de garantia de efetividade da ordem do juiz.<sup>175</sup>

Nelson Rosenvald trata da finalidade compulsória da *astreinte* como mecanismo destinado ao constrangimento do devedor, para que satisfaça a obrigação avençada,<sup>176</sup> inserida no campo das tutelas inibitórias e alheia à reparação do dano.

Francisco Antônio de Oliveira destaca que é obra da jurisprudência francesa do século XIX e enfrentou resistência em sua origem, com fundamento na clássica parêmia *nulla poena sine lege*. O autor prossegue, denominando-a “coação de caráter econômico, no sentido de influírem no ânimo do devedor, psicologicamente, para que cumpra a prestação a qual se nega a cumprir. Pode-se dizer que consiste na combinação de tempo e dinheiro. À medida que o devedor retardar a solvência da obrigação, mais pagará com a pena.”<sup>177</sup>

O que Francisco Antônio de Oliveira enfatiza, ao abordar a formação conceitual da *astreinte*, é que ela foi amplamente criticada pela doutrina francesa, quando criada, no século XVIII, por ausência de previsão legal e a preponderante visão do ilícito ajustado à caracterização de dano, daí que, o instituto não atenderia

---

<sup>174</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 51; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 46; DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 17.

<sup>175</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória individual e coletiva**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 215.

<sup>176</sup> ROSENVALD, Nelson. **A cláusula penal: a pena privada nas relações negociais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 182-183.

<sup>177</sup> OLIVEIRA, Francisco Antônio. As *astreintes* e sua eficácia moralizadora. In **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos**. Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin; organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1151.

aos pressupostos lógicos do princípio da correspondência em matéria de ressarcimento. Segundo as notas do autor, a medida de sua eficácia não se afasta do exercício da faculdade de fazer cumprir certa determinação judicial, incumbindo ao Poder Judicial defini-la, mesmo em comando emanado de ofício.<sup>178</sup>

François Chabas,<sup>179</sup> por seu turno, classifica a *astreinte* como “une condamnation pécuniaire prononcée par le juge et destinée à vaincre la résistance d’un débiteur récalcitrant; elle est l’accessoire de la condamnation principale dont elle tend à amener l’exécution.”<sup>180</sup>

Na mesma linha, as observações de Luiz Guilherme Marinoni indicam que, no sistema francês responsável pela formação do instituto, por muito tempo, confundiu-se a *astreinte* com o ressarcimento do dano. Apenas com o advento da Lei 72-226, de 5 de julho de 1972, é que restou diferenciada sua finalidade de qualquer propósito ressarcitório. Neste sentido, o autor pondera: “Importa perceber que a *astreinte* tem por fim forçar o réu a adimplir, enquanto o ressarcimento diz respeito ao dano. É evidente que a multa não tem qualquer relação com o dano, até porque, como acontece na tutela inibitória, pode não haver dano a ser indenizado.”<sup>181</sup>

Portanto, há uma distância entre a coerção pecuniária fixada pelo magistrado, direcionada à formação do convencimento do jurisdicionado ao adimplemento da prestação judicialmente fixada e a própria obrigação assistida por tal determinação; o caráter coercitivo da primeira, “sem a correta compreensão dos diferentes escopos da multa e da indenização, não passaria de uma miragem ou

---

<sup>178</sup> OLIVEIRA, Francisco Antônio. As astreintes e sua eficácia moralizadora. In **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos**. Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin; organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1152.

<sup>179</sup> CHABAS, François. L’astreint en droit français. In **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos**. Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin; organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1152.

<sup>180</sup> Livre tradução: “Uma condenação pecuniária pronunciada pelo juiz e destinada a vencer a resistência de um devedor recalcitrante: ela é acessória à condenação principal, a cuja execução tende a levar.”

<sup>181</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória individual e coletiva**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 213.

mesmo de uma ilusão.”<sup>182</sup>

Como mecanismo sindicado no postulado da efetividade do acesso à Justiça,<sup>183</sup> sua exigência não dispensa o jurisdicionado do adimplemento da prestação principal. A multa será fixada com base em critérios que efetivamente pressionem ao adimplemento da ordem do juiz. Por isso, recomenda-se que seja levada em consideração a capacidade econômica do demandado como o conjunto de bens e direitos que atestem sua situação financeira, podendo, a multa, ser fixada progressivamente, conforme dispõe o Código de Processo Civil<sup>184</sup> argentino, em seu artigo 37.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por ocasião do julgamento do Recurso Inominado nº. 0002687-02.2007.8.19.0033, firmou entendimento que prescreve critérios para a definição do valor da multa, tomando-se como base “concretamente o comportamento do devedor, diante de sua condição econômica, capacidade de resistência, vantagens obtidas com o atraso e demais circunstâncias.”

---

<sup>182</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória individual e coletiva**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 214.

<sup>183</sup> Nos Informativos de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nº. 294 e nº. 309, pertinente ao período de agosto de 2006, há informação de entendimento firmado pela Primeira Turma, consignando que é aplicável a *astreinte* destinada a forçar o cumprimento de sentença, ou mesmo de medida antecipatória, mesmo em face da Fazenda Pública, em determinação de cumprimento de obrigação de fazer ou entregar coisas, com fundamento nos artigos 461 e 461-A do CPC. Outro interessante Informativo de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que trata da *astreinte* é o de nº. 562, abordando o REsp nº. 1.352.426 – GO, julgado em 18/05/2015, que registrou o seguinte entendimento: “A apuração da razoabilidade e da proporcionalidade do valor da multa diária deve ser verificada no momento da sua fixação, em relação ao da obrigação principal, uma vez que a redução do montante fixado a título de *astreinte*, quando superior ao valor da obrigação principal, acaba por prestigiar a conduta de recalcitrância do devedor em cumprir a decisão judicial e estimula a interposição de recursos a esta Corte para a redução da sanção, em total desprestígio da atividade jurisdicional das instâncias ordinárias.”

<sup>184</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória individual e coletiva**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 216. É a redação do artigo 37 do diploma processual argentino: “Artículo 37.- Los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento. Podrán aplicarse sanciones conminatorias a terceros, en los casos en que la ley lo establece. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.” Tradução livre: “Artículo 37.- Os juízes e tribunais poderão impor sanções pecuniárias compulsivas e progressivas, com o objetivo de que as partes cumpram suas obrigações, cujo montante será a favor do litigante prejudicado pelo incumprimento. Poderão ser aplicadas sanções cominatórias a terceiros, nos casos estabelecidos pela lei. As condenações serão proporcionais aos recursos econômicos de quem deva pagá-las e poderão ser deixadas sem efeito ser ou objeto de reajuste, se o devedor desistir de resistir e justificar, total ou parcialmente, seu comportamento.”

Outra interessante construção aferida nesse julgado se dá ao consignar que, respeitada a natureza coercitiva da *astreinte* - distante do propósito de reparação de prejuízo -, a fixação do valor correspondente não pode incidir sobre o valor da condenação, o que impossibilita, portanto, adotá-la quando da aplicação do artigo 475-J do Código de Processo Civil<sup>185</sup>, destinado ao cumprimento de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa.<sup>186</sup>

Quanto à fixação da multa, quando o objeto da prestação oferecer a possibilidade de sua avaliação patrimonial, há entendimento que sugere o valor total do bem adquirido como patamar para a multa fixada.<sup>187</sup>

Não se diga, todavia, que a finalidade da *astreinte* de compelir o cumprimento da obrigação de fazer, não fazer, ou de dar permita que a multa fixada atinja patamar economicamente mais interessante ao credor do que a própria satisfação da prestação. Tampouco, que a posterior satisfação da obrigação judicial assistida exima o devedor de, também, arcar com os ônus derivados de seu atraso. Há julgados do Superior Tribunal de Justiça que ditam o exercício da razoabilidade como ferramenta de controle do valor da *astreinte* estipulada, assistida pela noção geral de proibição de enriquecimento sem causa: REsp nº. 947.466 – PR, julgado em 17/09/2009; REsp nº. 793.491 – RN, julgado em 6/11/2006; REsp nº. 705.914 –

---

<sup>185</sup> “Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.”

<sup>186</sup> A seguir é reproduzido excerto da decisão: “Após analisar as manifestações das partes, os documentos e a sentença impugnada, estou convencida de que a mesma merece reparos. Isso porque a multa do art. 475J do CPC não incide sobre as *astreintes*, somente sendo viável a sua incidência sobre a condenação. Se considerarmos que as *astreintes* não têm natureza de condenação, mas de meio de se compelir o devedor a dar cumprimento à obrigação que lhe foi imposta, chegaremos à conclusão de que sobre elas não incide a regra do art. 475J do CPC. Assim, há excesso de execução a ser reconhecido, o que, por si só, já autorizaria a procedência parcial dos embargos.” (TJRJ; RI n. 0002687-02.2007.8.19.0033; Segunda Turma Recursal; data de publicação: 02/03/2011).

<sup>187</sup> “PROCESSO CIVIL. CDC. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PEÇA NÃO ACOBERTADA PELA GARANTIA DANIFICADA PELA ASSISTÊNCIA TÉCNICA. OBRIGAÇÃO DE REPARAR. *ASTREINTES* COMINADA NÃO IMPLICA ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. [...] 2. Da ilação do art. 461, do Código de Processo Civil e no inciso V, do art. 52, da Lei n 9.099/95, extrai-se que na ação que tenha por objeto obrigação de fazer ou não fazer, é perfeitamente possível a cominação, na sentença, de multa, inclusive sem requerimento do autor, com o fim de compelir o obrigado a satisfazer a tutela específica contida no comando sentencial. 3. O valor fixado é bastante razoável e apropriado quando não ultrapassa o valor total do bem adquirido, não havendo que se falar em enriquecimento ilícito.” (TJDF; AC n. 20060110310189 DF; Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal, data de publicação: 16/05/2007).

RN, julgado em 6/03/2006.

Neste quadro de variáveis será possível, ao magistrado, em qualquer tempo e grau de jurisdição, revisar a multa imposta. Pode-se encontrar o entendimento em apreço registrado no REsp nº. 700.245 – PE, exercida a relatoria pelo Ministro Nilson Naves, em julgamento datado de 26/05/2008. Mas é importante o registro de que a possibilidade de redução da *astreinte* fixada - com base na proibição de enriquecimento sem causa e na razoabilidade -, não justificará sua redução, se o atraso no cumprimento da determinação judicial assistida se der em razão de descaso. Em tal situação, mitigar a sanção processual a reduziria a mero símbolo desprovido de eficácia, incentivando a desídia do devedor expectador, nestas circunstâncias, da injusta complacência do Poder Judiciário. Isso é o que registra o REsp nº. 1.135.824 – MG, relatora a Ministra Nancy Andrighi, julgado em 21/09/2010:

Recurso Especial. Processo Civil. Astreinte. Valor Elevado. Pedido de Redução. Inexistência de demonstração de motivos que justifiquem o não cumprimento da ordem judicial. Indeferimento. 1. Para redução da multa diária fixada a fim de se cumprir obrigação de fazer ou de não fazer, é necessário que a elevação no montante não decorra simplesmente da resistência da parte em cumprir a ordem judicial. 2. A análise sobre o excesso da multa deve ser pensada de acordo com as condições enfrentadas no momento em que a multa incidia e com o grau de resistência do devedor. Não se pode analisá-la na perspectiva de quem, olhando para fatos já consolidados no tempo, depois de cumprida a obrigação, procura razoabilidade quando, na raiz do problema, existe um comportamento desarrazoado de uma das partes. 3. Recurso conhecido e improvido.<sup>188</sup>

Antes de avançarmos no tratamento de outras características da *astreinte*, o que nos chama atenção nessa tutela inibitória típica é o fato de demandar - para que a sanção fixação alcance com eficácia o resultado esperado de coagir o devedor ao adimplemento do comportamento judicialmente imposto -, que todas as especificidades do caso, aliadas, inclusive, às qualidades do jurisdicionado, sejam conjuntamente administradas pelo magistrado, levando-o, indispensavelmente, ao conhecimento dos fatos próprios do caso. Essa

---

<sup>188</sup> A decisão em comento é indicada no Informativo de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nº. 448, de setembro de 2010.

característica específica, diga-se, necessidade de sopesamento das circunstâncias fáticas para a melhor definição da solução jurídica coercitiva, é um dado que, parece-nos, está presente na cláusula penal puramente punitiva, dependente, do mesmo modo, do profundo conhecimento e ponderação, pelos contratantes, dos custos de sua transação, associados à desconfiança, para que possam fixá-la com coerência.

Voltando à *astreinte*, a fixação da multa, respeitada sua natureza coercitiva, poderá se dar com base em dia de atraso ao adimplemento da obrigação, como sugere o art. 461, §4º. do Código de Processo Civil, ou em qualquer outra definição temporal que melhor represente os critérios sancionatórios e coercitivos necessários à tutela do bem da vida, no caso concreto.

Identificada no Código de Processo Civil,<sup>189</sup> em seu artigo 461, bem como no artigo 84 do CDC,<sup>190</sup> ainda que a multa tutele os direitos do credor, sendo para ele, inclusive, revertida, seu escopo é atribuir efetividade à decisão do magistrado. A possibilidade de determina-la não está condicionada à discussão que tenha, em seu objeto, bem jurídico de conteúdo patrimonial. Tampouco está condicionada ao interesse do autor, sendo, com efeito, determinação destinada ao cumprimento de determinação judicial.

Consultemos novamente Luiz Guilherme Marinoni:

[...] a cumulação das perdas e danos com a multa não espelha o direito do autor. O autor, no caso de direito patrimonial, deve ser indenizado por perdas e danos; por outro lado, no caso de direito não patrimonial, não é o valor da multa que será capaz de remediar alguma coisa, já que, se a indenização é insuficiente para a tutela

---

<sup>189</sup> “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento; [...] § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.”; “§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.”

<sup>190</sup> “Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

desses direitos, não será o valor da multa que compensará adequadamente o autor pela lesão sofrida.<sup>191</sup>

Feitas algumas digressões a respeito da natureza jurídica da *astreinte*, avancemos para compará-la com a cláusula penal.

A comparação entre a *astreinte* e a cláusula penal não é recente e o Informativo de Jurisprudência nº. 43 do Superior Tribunal de Justiça, editado em dezembro de 1999, atesta esta assertiva.<sup>192</sup>

Nelson Rosenvald considera tratar-se, a cláusula penal, de *astreinte convencional*, “pois a coerção privada é de sua essência, enquanto as *astreintes* serão pronunciadas pelo juiz, por provocação do interessado ou de ofício.”<sup>193</sup> Com o devido respeito ao autor, não concordamos com esse entendimento. A flexibilidade da *astreinte* é uma característica que a afasta da cláusula penal.<sup>194</sup>

A *astreinte* é dispositivo extremamente adaptável às circunstâncias do caso e suas variáveis, justificada pela expectativa quanto ao cumprimento da determinação judicial, diferentemente das cláusulas penais - compensatória ou moratória -, as quais traduzem o planejamento dos contratantes a respeito da prefixação da indenização, quando do inadimplemento total ou parcial ou ainda reforço do cumprimento da obrigação, na hipótese de atraso.

---

<sup>191</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória individual e coletiva**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 219.

<sup>192</sup> Informativo STJ nº. 43/1999: “Há diferença nítida entre a cláusula penal, pouco importando seja a multa nela prevista moratória ou compensatória, e a multa cominatória, própria para garantir o processo, por meio do qual a parte pretende a execução de uma obrigação de fazer ou não fazer. E a diferença é, exatamente, a incidência das regras jurídicas específicas para cada qual. Se o Juiz condena a parte ré ao pagamento de multa prevista na cláusula penal avençada pelas partes, está presente a limitação contida no art. 920 do Código Civil. Se, ao contrário, cuida-se de multa cominatória em obrigação de fazer ou não fazer, decorrente de título judicial, para garantir a efetividade do processo, ou seja, o cumprimento da obrigação, está presente o art. 644 do Código de Processo Civil, com o que não há teto para o valor da cominação. A Turma conheceu e proveu o recurso. REsp 196.262-RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 6/12/1999.”

<sup>193</sup> ROSENVALD, Nelson. **A cláusula penal: a pena privada nas relações negociais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 185.

<sup>194</sup> Encontramos nos escritos de Antônio Pinto Monteiro a mesma referência (MONTEIRO, Antônio Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 139): “Esta função dissuasora da cláusula penal faz com que ela seja vista como *la police du contrat*, desempenhando um papel fundamental, sobretudo nas obrigações de prestação de facto infungível (em virtude da regra *nemo potest praecise cogi ad factum*) – sendo manifesto o seu paralelismo com a *sanção pecuniária compulsória* (art. 829 A) -, não faltando, por isso, quem tenha já apelidado a cláusula penal de *astreinte conventionnelle*.”

As cláusulas penais não puras e a *astreinte* são institutos que revelam traços distintos. Na hipótese da cláusula penal puramente punitiva, a situação muda porque, como entendemos a partir da pesquisa efetuada, trata-se de convenção inibitória atípica, dada a ausência de tratamento normativo específico para sua orientação, destinada precipuamente à coerção ao cumprimento das obrigações de cooperação e confiança, destacadamente quando compõem o núcleo do regime jurídico obrigacional (*Schuld*). Essa situação é constatada nos denominados contratos relacionais, que dependem essencialmente do comportamento dos contratantes para orientação das variáveis surgidas no curso da relação e a fixação de penalidade.

Pensar na possibilidade de revisão do valor da punição, com amparo nos artigos 413 ou 884 do Código Civil, como propõe o Superior Tribunal de Justiça para a *astreinte*, importaria extrair da cláusula penal puramente punitiva sua eficácia, o que comprometeria a segurança jurídica e sua conexão com o regime jurídico obrigacional delineado pelos contratantes.

### 5.3. *Punitive Damages*

Como preleciona Judith Martins-Costa, “indenizar é, a ficção jurídica pela qual, mediante a reposição ao estado anterior se torna indene ‘sem dano’, a parte lesada – é, sem nenhuma dúvida, função precípua da responsabilidade civil.”<sup>195</sup>

Pedro Ricardo e Serpa esclarece que, nos países da *common law*, a expressão *damages* designa as consequências pecuniárias decorrentes do ato ilícito,<sup>196</sup> permitindo, pois, ser traduzido como indenização. Ademais, observadas as

---

<sup>195</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro)**. Revista do Conselho da Justiça Federal. Brasília, nº. 28, p. 15-32, jan/mar. 2005, p. 17.

<sup>196</sup> SERPA, Pedro Ricardo. **Indenização punitiva**. Dissertação de mestrado. 387 folhas. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p. 24; SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. **Danos morais no Brasil e punitive damages nos Estados Unidos e no Direito de Imprensa**. Tese de doutorado. 301 folhas. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013.

peculiaridades do *common law*, admite-se a classificação dos *damages* em duas categorias: a) *compensatory*, destinado à reparação do dano na medida do prejuízo suportado; b) *punitive*, dada a reprovação social da conduta observada, representam acréscimo punitivo à condenação, para simbolizar a reprovação da conduta ilícita, bem como para prevenir que outros cometam os mesmos erros. São palavras do autor:

Os *compensatory damages*, como se depreende de sua própria nomenclatura, destinam-se a compensar o ofendido pelos prejuízos suportados, devendo-se consubstanciar numa quantia em pecúnia suficiente para restituí-lo ao *status quo ante*. Trata-se, portanto, de conceito muito próximo ao que temos de indenização compensatória, nos moldes em que prevista no art. 944, CC/2002. Já os últimos, a despeito de se aproximarem dos primeiros por, assim como eles, representarem uma sanção pecuniária decorrente do cometimento de um ato ilícito, imposta sobre o ofensor no curso de um processo civil, deles se distinguem nitidamente por não exercerem (ao menos não de uma maneira principal) uma função compensatória. [...] Como se disse, ao contrário dos *compensatory damages*, que se destinam a compensar a vítima pelo prejuízo suportado, os *punitive damages* visam a, primordialmente, punir o ofensor pelo ilícito cometido e desestimular o ofensor em especial, e a Sociedade em geral, do cometimento de semelhantes ilícitos no futuro.<sup>197</sup>

Wendell Lopes Barbosa de Souza comenta que os *punitive damages* são contemplados desde o século XVIII, na Inglaterra, como forma de proteger os súditos contra atos abusivos praticados por funcionários do governo.<sup>198</sup> Todavia, caíram em desuso paulatinamente, até que abolidos, na primeira metade do século XX, sob o argumento de que não se coadunariam à natureza da reparação de danos. Com o incremento da produção industrial e a aparição de modelos massificados de contratação e exploração de riquezas, voltou a ser reconhecida a importância do instituto em questão como forma de resguardar situações indesejadas à luz de valores sociais, estendendo-se sua aplicação à responsabilidade patrimonial e extrapatrimonial. Neste sentido, vejamos a preleção de Judith Martins-Costa:

Conquanto hoje em dia os *punitive damages* – notadamente na

---

<sup>197</sup> SERPA, Pedro Ricardo. **Indenização punitiva**. Dissertação de mestrado. 387 folhas. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p. 24.

<sup>198</sup> SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. **Danos morais no Brasil e *punitive damages* nos Estados Unidos e no Direito de Imprensa**. Tese de doutorado. 301 folhas. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013, p. 204.

práxis norte-americana – tenham sido estendidos à responsabilidade patrimonial, revestindo-se de uma função de exemplaridade social, a origem vem marcada pela função punitiva e pela circunscrição ao dano extrapatrimonial.

Os *punitive damages* são vistos, por aqueles que defendem a possibilidade de sua aplicação, como método para desencorajar comportamentos avessos à ordem social. Em contrapartida, refratária a tal possibilidade, é a questão do valor obtido com a condenação já majorada ser direcionado à vítima e não ao Estado, o que tipificaria um enriquecimento sem causa.

De acordo com Judith Martins-Costa, o atributo fundamental para a compreensão dos *punitive damages* está no fato de, salvo lei em contrário, não constitui um direito subjetivo; antes, é medida que depende da discricionariedade do magistrado, e, também como regra geral, “não é possível a condenação em *punitive damages* por violação de um contrato, independentemente dos motivos que levaram o réu a fazê-lo, sendo seu domínio tão-somente o que, em nossa tradição, denomina-se ‘responsabilidade extracontratual (*law of torts*).”<sup>199</sup>

O problema é que, no campo da denominada responsabilidade civil extracontratual, as respostas são muito diversas, sendo difícil instituir-se um sistema de valores apto à constituição de senso comum teórico. Não obstante, alguns critérios são propostos, como: a) o grau de culpa do ofensor; b) sua condição econômica; c) o enriquecimento obtido com o ato ilícito; d) intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima; e) as condições socioeconômicas da vítima.<sup>200</sup>

Em nossa cultura, a jurisprudência tem adotado entendimento no qual a condenação à compensação dos danos extrapatrimoniais cumpriria, *per se*, esse propósito punitivo. Neste sentido é a crítica de Judith Martins-Costa:

---

<sup>199</sup>MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro)**. Revista do Conselho da Justiça Federal. Brasília, nº. 28, p. 15-32, jan/mar. 2005, p. 19.

<sup>200</sup>MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro)**. Revista do Conselho da Justiça Federal. Brasília, nº. 28, p. 15-32, jan/mar. 2005, p. 23.

[...] diante da impossibilidade originária em ressarcir o dano que não deixasse lastros patrimoniais, lançou-se mão da teoria punitiva a fim de não deixar o lesado, nesses casos, sem qualquer amparo por parte do ordenamento jurídico. No entanto, na tradição anglo-saxã, uma vez consagrada a reparabilidade do dano moral, a função da indenização passou a ser entendida como meramente compensatória, perdendo, assim, sua primitiva vinculação com o instituto dos *punitive damages*. Estes, por sua vez, passaram a ser concedidos somente nos casos excepcionais em que o estado subjetivo do causador do dano, aliado à alta censurabilidade de sua conduta, justificasse a fixação do quantum indenizatório em patamar superior ao necessário para a mera compensação, tendo em vista as finalidades punitiva e preventiva da responsabilidade civil. Similar trajeto não se reflete, como vimos, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, que continuam a conotar aspectos punitivos como “imanescentes” ou próprios aos danos morais, reforçando-se a tese punitiva que não foi suplantada sequer pela indenizabilidade irrestrita do dano moral pela Constituição de 1988. Ainda hoje coexistem três correntes, em sede tanto doutrinária como jurisprudencial, sobre a função da indenização do dano moral, quais sejam a compensação/satisfação do ofendido, a punição do ofensor e tanto a satisfação do ofendido como a punição do ofensor.

A matéria foi avaliada, em 2014, pelo Superior Tribunal de Justiça, no importante precedente julgado na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil e Resolução 8/2008 STJ (julgamento de recursos especiais repetitivos), e divulgada no Informativo de Jurisprudência STJ nº. 538, pertinente ao período de abril de 2014. Trata-se da leitura do Recurso Especial nº. 1.354.536 – SE, exercida a relatoria pelo Ministro Luís Felipe Salomão. Trata-se, no caso, de decisão que abordou o efeito punitivo como elemento objeto de avaliação pelas disciplinas do Direito Penal e Direito Administrativo, não importando ao Direito Civil, enquanto ajustado à vítima e à reparação de seus danos, acréscimos à sentença condenatória como forma de tutelar valores sociais, porquanto isso representaria um enriquecimento sem causa à vítima. Segue excerto da decisão neste sentido:

Assim, não há falar em caráter de punição à luz do ordenamento jurídico brasileiro - que não consagra o instituto de direito comparado dos danos punitivos (*punitive damages*) -, haja vista que a responsabilidade civil por dano ambiental prescinde da culpa e que, revestir a compensação de caráter punitivo propiciaria o *bis in idem* (pois, como firmado, a punição imediata é tarefa específica do direito administrativo e penal).

A respeito do caráter punitivo em sentença condenatória destinada à recomposição de prejuízos extrapatrimoniais, seguimos a orientação de Judith

Martins-Costa:

É preciso, pois, distinguir, uma coisa é arbitrar-se indenização pelo dano moral que, fundada em critérios de ponderação axiológica, tenha caráter compensatório da vítima, levando-se em consideração – para a fixação do montante a concreta posição da vítima, a espécie de prejuízo causado e, inclusive, a conveniência de dissuadir o ofensor, em certos casos, podendo mesmo ser uma indenização “alta” (desde que guarde proporcionalidade axiologicamente estimada ao dano causado); outra coisa é adotar-se a doutrina dos *punitive damages* que, passando ao largo da noção de compensação, significa – e exclusivamente – a imposição de uma pena, com base na conduta altamente reprovável (dolosa ou gravemente culposa) do ofensor, como é próprio do direito punitivo.<sup>201</sup>

A solução quanto à tutela jurisdicional de valores sociais associados às demandas reparatorias é, pois, o serviço prestado estimado pelas ações coletivas, dentre as quais a ação civil pública, orientada pela Lei nº. 7.347/85, novamente, como defende Judith Martins-Costa:

Há um exemplo, no ordenamento, de um saudável meio termo entre o intento de tornar exemplar a indenização e a necessidade de serem observados parâmetros mínimos de segurança jurídica [...] trata-se da multa prevista na Lei n. 7.347/85 para o caso de danos cuja dimensão é transindividual, como os danos ambientais e ao consumidor. Essa multa deve ser recolhida a um fundo público, servindo para efetivar o princípio da prevenção, que hoje polariza o Direito Ambiental e é, também, diretriz a ser seguida nas relações de consumo.<sup>202</sup>

No que concerne à cláusula penal puramente punitiva, ainda que uma leitura equivocada possa conjugar os deveres de confiança e cooperação como grandezas intangíveis, portanto, extrapatrimoniais, propomos seu uso sob a perspectiva de destinada à mitigação dos custos da transação.<sup>203</sup>

Não podemos nos esquecer que os custos da transação estão associados às: (1) escolhas de parceiros; (2) à discussão e elaboração do negócio

<sup>201</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro)**. Revista do Conselho da Justiça Federal. Brasília, nº. 28, p. 15-32, jan/mar. 2005, p. 23.

<sup>202</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro)**. Revista do Conselho da Justiça Federal. Brasília, nº. 28, p. 15-32, jan/mar. 2005, p. 24.

<sup>203</sup> ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Direito e economia**. Tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bokman, 2010, p. 105-112; ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 207.

jurídico e seu clausulado; e (3) administração da execução do contrato.

A desconfiança é um obstáculo que tem desdobramentos e certamente representará um acréscimo aos custos da transação. Por isso, mediante a constituição de convenção inibitória de comportamentos avessos aos deveres de cooperação, destacadamente em contratos relacionais, o controle da desconfiança é aspecto que exige soluções criativas para seu manejo.

#### 5.4. Da convenção de não indenizar

Demonstrou-se que comumente à cláusula penal associa-se a função ressarcitória, considerada a possibilidade da prefixação do prejuízo. Nesta linha de raciocínio, pode-se dizer que a estipulação do *quantum* indenizatório é uma forma de restrição do dever de indenizar, ao ser indicado um valor máximo destinado à reparação, à exceção do parágrafo único do art. 416 do Código Civil, que prevê a possibilidade de ser requerida indenização suplementar. É “normalmente uma quantia em dinheiro, que o devedor deverá satisfazer ao credor em caso de não cumprimento, ou de não cumprimento perfeito (máxime em tempo) da obrigação.”<sup>204</sup>

Atento a esse conjunto de fatores, e dizendo não se tratar de uma investigação nova, Otávio Luiz Rodrigues Júnior questiona se a cláusula penal teria a natureza de disposição limitadora de responsabilidade. É como trata a questão:

Em verdade, as arras, a cláusula penal, as cláusulas limitativas e exonerativas de responsabilidade civil poderiam ser agrupadas em uma categoria mais ampla, cujo nome, à falta de melhor, seria o de *cláusulas inerentes à responsabilidade*. [...] Essa categoria geral, porém, não implicaria a redução de todas as espécies a uma mesma ordem de características. Entre elas permaneceriam as notas peculiares, que as distinguem. A uni-las estaria a ideia de controle da responsabilidade, fator que lhes é comum.<sup>205</sup>

<sup>204</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 136.

<sup>205</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro**. 2006. 418 folhas. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 293.

Um aspecto importante observado por Otávio Luiz Rodrigues Júnior é a discussão da presença de dolo ou culpa do agente, conjugados à cláusula limitadora de responsabilidade civil, pois, “A maior parte dos ordenamentos impede que sejam avençadas ou, se o forem, que tenham eficácia as disposições que eximam o infrator doloso.”<sup>206</sup> Consoante a leitura de Luiz da Cunha Gonçalves, do mesmo modo, não será válida a convenção de não indenizar, quanto se aferir, no comportamento do devedor, dolo, má-fé ou culpa grave.<sup>207</sup>

Enquanto a cláusula penal serve como reforço ao cumprimento da obrigação e à prefixação da indenização, a convenção de não indenizar é, por sua vez, destinada à orientação da imputação das consequências advindas da inexecução da obrigação avençada.<sup>208</sup>

Para prosseguirmos, convém buscar no escólio de José de Aguiar Dias a definição da natureza jurídica da convenção de não indenizar, como disposição direcionada ao tratamento da imputação da responsabilidade:

A cláusula ou convenção de irresponsabilidade consiste na estipulação prévia por declaração unilateral, ou não, pela qual a parte que viria a obrigar-se civilmente perante outra afasta, de acordo com esta, a aplicação da lei comum ao seu caso. Visa anular, modificar ou restringir as consequências normais de um fato de responsabilidade do beneficiário da estipulação.<sup>209</sup>

A partir destas linhas, percebe-se que, quanto à cláusula penal, o

---

<sup>206</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro**. 2006. 418 folhas. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 298.

<sup>207</sup> GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil português**. vol. III. Tomo 3. São Paulo: Max Limonad, 1951, p. 760.

<sup>208</sup> PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Coimbra: Edições Almedina AS, 2005. p. 11.

<sup>209</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. vol. II. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 763. Ainda: ROSAS, Roberto. Validade das cláusulas de não-responsabilidade ou limitativas de responsabilidade. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 479: 12 (1975); GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. A cláusula de não indenizar. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 565: 24 (1982); MONTEIRO, Antônio Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 135-149; OLIVEIRA, Cláudia Vieira de. Cláusula de não indenizar. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 58: 27-47 (1991). p. 32; CLUZEL, Félix. **Essai sur les clauses d'irresponsabilité**. Paris: Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne Edouard Duchemin, 1913, p. 54.

seu propósito é, fundamentalmente, servir de garantia ao cumprimento da obrigação avençada. Já no que diz respeito à convenção de não indenizar, trata-se de estipulação destinada ao direcionamento ao credor dos custos do desequilíbrio gerado com a inexecução da obrigação, desde que o devedor não tenha agido com dolo ou culpa. Ana Prata vê que, sendo anormal a impossibilidade causal da prestação, portanto, que não permita a elaboração de um juízo de desvalor da conduta, é possível que os contraentes definam instrumentos que extraiam de tal situação o potencial de causar injustiças.<sup>210</sup>

A convenção de não indenizar é, com efeito, um modelo de administração dos custos da transação, sendo essa a nota comum que encontramos ao compará-la, agora, especificamente, com a cláusula penal puramente punitiva, a qual não é destinada ao tratamento da responsabilidade civil, escapando, portanto, do conjunto denominado por Otávio Luiz Rodrigues Júnior de *cláusulas inerentes à responsabilidade*.<sup>211</sup>

### **5.5. Comparação da função compensatória da cláusula penal com outros interesses associados à inexecução da obrigação**

O termo *interesse* - quando considerada a inexecução contratual e os respectivos efeitos -, tem dois ângulos, um de aceção positiva, o do lucro e outro, de sentido negativo, a compensação da perda.<sup>212</sup>

Na identificação das diretrizes pragmáticas da disciplina contratual, Fernando Araújo<sup>213</sup> nos apresenta três balizas.<sup>214</sup> São finalidades contratuais que representam a categoria dos interesses do credor, desenvolvidas por Lon Fuller e

---

<sup>210</sup> PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Coimbra: Edições Almedina AS, 2005. p. 10.

<sup>211</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro**. 2006. 418 folhas. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 293.

<sup>212</sup> Paulo Mota Pinto, **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 83.

<sup>213</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 691.

<sup>214</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social, **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 732, outubro / 1996, p. 38.

Perdue<sup>215</sup>: a) a restituição (*restitution interest*), destinada a colocar o devedor inadimplente na situação anterior ao contrato, restituindo ao credor as vantagens transmitidas ao devedor, ou subrogando o credor no recebimento desses lucros, naquilo que o autor em apreço chamou de *disgorgement* do enriquecimento indevido; b) o interesse de confiança (*reliance interest*), denominado interesse negocial negativo é destinado à alocação do credor frustrado na situação anterior ao contrato, compensando-o em razão dos investimentos de confiança empregados; c) o interesse de cumprimento (*expectation interest*), compreendido como interesse positivo é destinado a conferir ao credor a possibilidade de desfrutar da posição que seria atingida com o cumprimento das obrigações avençadas, englobando a ideia de lucros cessantes.

Deste modo, o interesse de restituição (*restitution interest*) evita o enriquecimento sem causa e corrige distorções advindas do ganho recebido indevidamente pelo promitente, o interesse de confiança (*reliance interest*) é destinado a promover uma justiça compensatória e, por fim, o interesse de cumprimento relaciona-se à dimensão do ganho associado ao contrato inadimplido, revelando o traço dos lucros cessantes.<sup>216</sup>

Fuller e Perdue partem de uma avaliação funcional dirigida à indenização, sempre com base em sua relação com a realidade circundante (*purpose nature*). Por isso, criticam a possibilidade de se estabelecer um cálculo aritmético definido para medição de prejuízos. Compreendem a indenização como fenômeno dirigido à tutela das expectativas, como compensação, num tipo de leitura conjunta de preceitos de ordens normativa e econômica. O modelo analítico que sugerem, em que pese não contemple a hipótese do emprego da cláusula penal puramente punitiva, chama atenção quanto à tutela negativa do dever de confiança.

Vê-se, neste caso, que a perspectiva que propomos quanto à validade desta concebida convenção inibitória – cláusula penal puramente punitiva - é orientar o dever de confiança em uma perspectiva positiva, portanto prestacional.

---

<sup>215</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. p. 692.

<sup>216</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, O direito à restituição de recursos fornecidos por bancos estrangeiros ao financiamento à exportação na falência do banco repassador nacional. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. vol. 36, dezembro / 2010, p. 200.

Como mencionado, a proposta de Fuller e Perdue no direito anglo-americano a respeito dos fundamentos de vinculação contratual e seus efeitos, foi sopesada para a definição de modelos de indenização correlatos.<sup>217</sup>

Pensando na cláusula penal como uma engrenagem encontrada na complexa estrutura do negócio jurídico, assistida pela teoria das obrigações, podemos empregá-la em papéis que transcendam a limitada orientação histórica que recebe. Sob o pálio dessa perspectiva reducionista, a cláusula penal, se moratória, não poderia ultrapassar a expressão econômica da obrigação principal;<sup>218</sup> se indenizatória, ficaria adstrita aos limites definidos pelo enriquecimento ilícito referendado por noções como danos emergentes e lucros cessantes.<sup>219</sup>

Apesar do esforço doutrinário para a classificação da cláusula penal, o que percebemos é que os autores ora fazem suas colocações fundamentados na consideração da análise da vontade na formação desta convenção, ora o fazem pautados na análise da função que a cláusula desenvolve. E não poderia ser diferente; como partícula do negócio jurídico, essa tendência classificatória depositada na cláusula penal segue a ordem do esforço de categorização do próprio negócio jurídico.

---

<sup>217</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 691-692.

<sup>218</sup> O Supremo Tribunal Federal, já por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº. 37.826 – MG, relator o Ministro Lafayette de Andrada, julgado em 27/12/1957, na hipótese de cláusula penal moratória, prescreveu o entendimento de que a “o limite legal para a cominação imposta na cláusula penal é o valor da obrigação principal (Código Civil, artigo 920)”.

<sup>219</sup> “DIREITO CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. INADIMPLEMENTO PARCIAL. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. MORA. CLÁUSULA PENAL. PERDAS E DANOS. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1.- A obrigação de indenizar é corolário natural daquele que pratica ato lesivo ao interesse ou direito de outrem. Se a cláusula penal compensatória funciona como prefixação das perdas e danos, o mesmo não ocorre com a cláusula penal moratória, que não compensa nem substitui o inadimplemento, apenas pune a mora. 2.- Assim, a cominação contratual de uma multa para o caso de mora não interfere na responsabilidade civil decorrente do retardo no cumprimento da obrigação que já deflui naturalmente do próprio sistema. 3.- O promitente comprador, em caso de atraso na entrega do imóvel adquirido pode pleitear, por isso, além da multa moratória expressamente estabelecida no contrato, também o cumprimento, mesmo que tardio da obrigação e ainda a indenização correspondente aos lucros cessantes pela não fruição do imóvel durante o período da mora da promitente vendedora. 4.- Recurso Especial a que se nega provimento.” (Resp 1.355.554 / RJ; relator o Ministro Sidnei Beneti, julgado em 06/12/2012).

### Parte III - Inquietações quanto à formação e controle dos contratos

#### 6. Do contrato e o Estado liberal

A compreensão das funções comumente atribuídas à cláusula penal – reforço da obrigação e prefixação da indenização - não se dá aleatoriamente. É consequência de anseios políticos, sociais e econômicos observados no curso da história, com reflexos no que diz respeito à estabilização do ordenamento jurídico e eleição de critérios de sua sistematização. Por isso, as inquietações são importantes, pois nos levam a ponderar se há, no conjunto dos conhecimentos associados à cláusula penal, preceitos responsáveis pelo encerramento de sua natureza num quadro de definidas possibilidades, ou, em posição diametralmente oposta, elementos que exijam a indicação de novas coordenadas, dada a questionável tensão e exaustão dos paradigmas que dogmaticamente a coordenam como instituto.

Neste sentido, maioria das obras que se destinam ao enfrentamento de institutos da disciplina do Direito Civil se deparam com o desafio de suscitar a reflexão teórica a respeito das condições políticas, sociais e econômicas responsáveis por influenciar no processo de sua formação, para que não incorram no erro de conceber o ordenamento como sistema estático.

Por essa razão, Francisco Amaral aborda o Direito Civil como vinculado à formação histórica e jurisprudencial, como proposta de superação do mito da neutralidade científica, “tão caro ao positivismo e ao formalismo”.<sup>220</sup> Fato é que o instituto da autonomia da vontade passou por significativas transformações, as quais demandam que adentremos a leitura da teoria contratual e sua evolução.<sup>221</sup>

---

<sup>220</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. II.

<sup>221</sup> AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente. **Adimplemento substancial: uma forma de segurança jurídica contratual**. 2015. 278 folhas. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 22-40.

Lembremos que, no século XX, muitos países voltaram seus esforços para a elaboração de grandes sistemas normativos, pautando-se principalmente na experiência da codificação civil francesa (1804) e alemã (1896), consideradas modelos para as complexas condições existenciais da sociedade e de grande inspiração para a consolidação da primeira codificação civil brasileira (1916).

Tais sistemas, destinados a servir aos valores do liberalismo, inspiravam a ideia da imutabilidade da legislação civil e postulavam a proteção do indivíduo, em detrimento de ingerências perpetradas pelo Estado. Questionada a generalidade e completude dos sistemas, atestou-se a impossibilidade da codificação como critério suficiente para a justa resolução de interesses colidentes. Com as transformações do Direito Civil e o advento do novo Código, as exigências de ordem impuseram restrições ao exercício da liberdade, diante de concessões sociais, no que deveria ser somente em sede de exceção. Em síntese, é a transição do Estado liberal para o Estado social.

No século XVII constata-se, na Europa, a presença de ideologias direcionadas à elevação do valor da liberdade e questionadoras do absolutismo. Cláudio De Cicco<sup>222</sup>, ao analisar o pensamento fundante das revoluções liberais, esclarece que a racionalidade constituiu a nota comum de todas. Por seu turno, Fábio Nusdeo<sup>223</sup> comenta que o vetor da liberdade como fundamento do Estado pautou-se em argumentos de racionalidade. Dois valores foram elevados, como resultado da convergência de todas essas linhas de pensamento, à categoria dos fundamentais - *liberdade e racionalidade* - delineando a transição da idade moderna para a contemporânea<sup>224</sup>.

Naquele período, à égide do pensamento liberal do tipo *laissez-faire*<sup>225</sup>, as normas ditadas pelo Estado cumpriam papel subjacente às

---

<sup>222</sup> CICCO, Cláudio De. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 139.

<sup>223</sup> NUSDEO, Fabio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p 124.

<sup>224</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 131.

<sup>225</sup> A propósito os ensinamentos de Miguel Reale (REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, 118): "Já agora são bem poucos os que compartilham da crença extremada no *laissez faire, laissez passer*, que veio cedendo lugar à compreensão mais moderada do

manifestações de vontade, e a justiça era concebida como interferência mínima na ordem privada, devendo ser mantido o acordo firmado entre as partes para manutenção da ordem liberal ao princípio da mínima intervenção estatal. Fala-se que o Estado liberal<sup>226</sup> estava intrinsecamente ligado à ascensão, ao poder, da burguesia, preocupada com a garantia da propriedade<sup>227</sup> e da livre circulação de suas riquezas.

Pelos escritos de Celso Ribeiro Bastos,<sup>228</sup> percebe-se que o modelo estatal liberal se inclinou pela adoção de mecanismos que traduziram autêntica proteção da esfera de atuação do indivíduo, a fim de alijar o Estado da tarefa de prestação de atividade econômica.

A primeira preocupação liberal foi organizar o Estado e reconhecer direitos essenciais dos cidadãos, estabelecendo pactos, cujas projeções imediatas foram o surgimento das constituições clássicas ou liberais disseminadas pela Europa e demais nações americanas.<sup>229</sup>

Fábio Konder Comparato<sup>230</sup> pondera que o espírito da Revolução Francesa estava mais inclinado à eliminação das desigualdades estamentais do que à consagração das liberdades individuais. Por esse motivo, a ideia de separação de poderes foi rapidamente esquecida, ao contrário do que ocorrera nos Estados Unidos, pois havia a necessidade de uma forte centralização de poderes visando a desejada supressão de privilégios, como forma de libertação da tirania monárquica.

Paralelamente à ascensão da vontade individual e do racionalismo,

---

chamado social-liberalismo, o qual, sem abandonar a conatural prudência perante o Estado, lhe reconhece inevitável margem de participação positiva no domínio econômico.”

<sup>226</sup> Ainda: BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito econômico brasileiro**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 80; RANIERI, Nina Beatriz. Do Estado Liberal ao Estado Contemporâneo: Notas sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ano 9. nº 36. julho-setembro de 2001, p. 135-161.

<sup>227</sup> Ver: FACHIN, Luiz Edson. Conceituação do direito de propriedade. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. v. 42:48-76. ano 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

<sup>228</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito econômico brasileiro**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 79-80.

<sup>229</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

<sup>230</sup> COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 132-134.

ganham expressão os esforços de sistematização do ordenamento jurídico. Cláudio De Cicco<sup>231</sup> nota que a ideologia da codificação propôs, como um critério de sistematização do ordenamento, a reunião de toda a legislação a uma unidade formal.

Fabio Nusdeo comenta que o aspirada intervenção mínima por parte do Estado se verificou na forma de omissão, na medida em que os ordenamentos clássicos criados não politizaram a esfera do controle econômico, deixando-o à mercê da livre composição de interesses:

A preocupação em extremar e separar o quanto possível os planos de decisão política e econômica levou, durante um bom tempo, a se apresentarem aquelas constituições como omissas quanto à vida econômica, preocupando-se, pura e simplesmente com a organização política da sociedade e a defesa dos direitos civis dos cidadãos<sup>232</sup>.

Vladimir da Rocha França,<sup>233</sup> ao discorrer sobre as correntes que nutriram o pensamento liberal, pondera que John Locke já verificara a possibilidade de instabilidade social associada ao desperdício e à má gestão da propriedade.

O fato é que o individualismo, resultante das concepções jusnaturalistas e iluministas, orientou o fenômeno de codificação que teve lugar na Europa<sup>234</sup> - notadamente do ordenamento francês e alemão (fontes concorrentes e partícipes na formação de nossa cultura jurídica) -, para conceber a pessoa humana, a propriedade, sua liberdade e autonomia como elementos nucleares do universo jurídico.

---

<sup>231</sup> CICCO, Cláudio De. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 155.

<sup>232</sup> NUSDEO, Fabio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 130.

<sup>233</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. Um estudo sobre a relação entre o estado e a propriedade privada através de John Locke. **Revista de Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ano 9. nº. 37. outubro-dezembro de 2001, p. 237-253.

<sup>234</sup> RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. vol. I. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1971, p. 93.

## 6.1. A retórica liberal do Código Civil de 1916

Contrariamente à experiência dos códigos jusracionalistas europeus do séc. XVIII, assistidos pelos valores revolucionários, no caso brasileiro, quando da codificação de 1916, as influências do liberalismo destinavam-se à reordenação do poder nacional e preservação dos interesses das elites agrárias. A retórica liberal era de conteúdo conservador e com formas de dominação oligárquica<sup>235</sup>. César Trípoli<sup>236</sup> destaca a presença de um rigoroso centralismo, fruto da cultura proporcionada por Portugal, por meio das Ordenações do Reino<sup>237</sup> (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas), em razão do esforço que a Universidade de Coimbra fazia para manter intocado tal sistema de ordenações, cabendo a utilização do Direito Romano e Canônico em casos de lacunas, como fontes subsidiárias.

Mesmo com a independência do Brasil em 1822, foi mantido o regime monárquico. Clóvis do Couto e Silva<sup>238</sup> afirma que José Bonifácio, licenciado pela Universidade de Coimbra na Faculdade das Leis, não guardava qualquer simpatia pela Revolução Francesa, preferindo a adoção do Sistema de Savigny.<sup>239</sup>

A tentativa de codificação buscava o alinhamento das normas em vigor, com a finalidade de reorganizar o ordenamento jurídico, em resposta às necessidades de dotar de unidade as relações jurídicas da mesma natureza, inspirando certeza e segurança jurídica, ou mesmo em resposta a reformas políticas ou exigências revolucionárias.

Munir Karam comenta o perfil dessa legislação considerada “pluralista e confusa”:

---

<sup>235</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Os obstáculos históricos à vida democrática em Portugal e no Brasil. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. nº. 1. Belo Horizonte: DelRey, janeiro/junho de 2003.

<sup>236</sup> TRÍPOLI, César. **História do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936.

<sup>237</sup> VELASCO, Ignácio M. Poveda. Ordenações do Reino de Portugal. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. v. 69:57-75. ano 18. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

<sup>238</sup> SILVA, Clóvis do Couto. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista dos Tribunais**, 628: 8 (1988), p. 10.

<sup>239</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 113-118.

a) as Ordenações Filipinas; b) as leis régias e os alvarás; c) os costumes (Ordenação, Livro III, Título 64, que menciona também os estilos da Corte); d) o Direito Canônico (Conforme normas expressas das Ordenações Filipinas: Livro II, Título 1º. §§6º., 13 e Título 5º., § 4º.; Livro III, Título 24º., *caput* e Título 58º., §9º.), que seria revogado pela Constituição de 1891 (artigo 72, §§3º. A 6º., 28 e 29); e) o Direito romano, mas já subordinado à Lei da Boa Razão (Ordenações Filipinas, Livro III, Título 64º.); f) o Direito das nações civilizadas, o uso moderno, a que se referem os Estatutos da Universidade de Coimbra (Lei de 28.8.1772); g) a analogia (Ordenações Filipinas, Livro III, Títulos 69 e 81, §2º).<sup>240</sup>

Em 1855, foi delegada, a Teixeira de Freitas, a tarefa de orientar a superação do pluralismo das fontes, com o fomento de uma consciência jurídica sistematizada, Inspirado pelo *historicismo*, Teixeira de Freitas apresentou sua *Consolidação das Leis Civis* em 1857 e, mais tarde, o *Esboço de Código Civil Brasileiro*. Seduzido pela possibilidade de classificação das matérias e da unificação do Direito privado, ele dividiu sua obra em duas partes: geral (das pessoas, das coisas e dos fatos) e especial (dos direitos pessoais, dos direitos reais e das disposições comuns aos direitos pessoais e reais). Seus trabalhos foram interrompidos após ele ter completado o esboço do Livro III.

Em sessão de 1º de julho de 1868, o Conselho de Estado deu parecer favorável à proposta, mas não foi aceita, em razão das arguições do então Ministro José de Alencar, que considerou rescindido o contrato por não ter sido observado o prazo originariamente definido para tal empreitada.

Em que pese todo o grande esforço que empreendeu, foi do projeto de Clóvis Beviláqua que resultou o Código Civil brasileiro. É importante ressaltar que, após a extinção da Monarquia e instituição da República, a filosofia dominante propugnava pelo positivismo de Augusto Comte.<sup>241</sup>

Teixeira de Freitas mostrou, no talento de suas concepções e técnica, grande rigor e seu trabalho foi aproveitado em quase todas as codificações do nosso continente, sobretudo na Argentina.

---

<sup>240</sup> KARAM, Munir. Teixeira de Freitas e o processo de codificação do direito civil brasileiro. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. v. 29:95-112. ano 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 99.

<sup>241</sup> CARRILHO, Manuel Maria. **Epistemologia: posições e críticas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

Em 1899, Clóvis Beviláqua foi incumbido de redigir o projeto de Código Civil. Consoante os registros de Clóvis do Couto e Silva<sup>242</sup>, a propriedade era compreendida segundo a tradição liberal. O Direito contratual, por seu turno, assinalava a máxima da autonomia da vontade, sendo desconhecida previsão normativa que abordasse a cláusula *rebus sic stantibus*, sustentada a argumentação de que, em uma economia com moeda estável, seria prescindível a adoção de tal mecanismo, tipicamente vigente em épocas de crise.

Gustavo Tepedino<sup>243</sup> reconhece a participação das mencionadas correntes na consolidação liberal do Código Civil de 1916. Arnold Wald resume o quadro político e econômico de então:

O Brasil acabava de sofrer na década anterior, duas grandes transformações. A Lei Áurea tinha abolido a escravidão em 1888 e, no ano seguinte, a República tinha sido proclamada. Por outro lado, a sociedade brasileira estava sofrendo uma grande e rápida evolução econômica e social, com o nascimento da nossa pequena indústria e a criação de uma verdadeira classe média anteriormente inexistente.<sup>244</sup>

Antônio Carlos Wolker<sup>245</sup> adverte que, ao contrário aos movimentos revolucionários inglês e francês, no Brasil sentiu-se a ausência de uma revolução burguesa verdadeiramente contagiada pelos enunciados libertadores erguidos contra o absolutismo<sup>246</sup>.

Ao observar a instauração de um regime burocrático em razão do advento da República, que se assentava nas antigas estruturas de dominação aristocráticas e oligárquicas, Cláudio De Cicco comenta:

---

<sup>242</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo. 628: 8 (1988), p 11.

<sup>243</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 2.

<sup>244</sup> WALD, Arnold. **A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro**. *Revista dos Tribunais*, 845:81-94 (2006).

<sup>245</sup> WOLKER, Antônio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 119-120.

<sup>246</sup> SALDANHA, Nélon. **A revolução francesa e o pensamento jurídico-político contemporâneo**. *Revista de Direito Imobiliário, Agrário e Empresarial*. v. 53:134-140. ano 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

A passagem da dominação patriarcal ‘modernizadora’ do Império para uma dominação burocrática da República se deu, em termos de Brasil, com um rompimento essencial com a estrutura de dominação existente desde os tempos coloniais. Continuava a ser a coisa pública governada no Império como ‘propriedade governante’, e, apesar de todas as transformações nos anos 1840 e 1850, não houve uma ‘modernização’ correlata da classe política, a qual, dentro de esquemas de ‘empreguismo’ estatal, permanência de focos de pobreza endêmica, desestímulo à iniciativa de grupos intermediários entre o Estado e o indivíduo, controle exagerado de iniciativas permitidas ou toleradas, através de mil e um mecanismos centralizadores.<sup>247</sup>

Naquela época, competia ao Direito Civil garantir, à atividade privada, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis em suas relações econômicas; os designados riscos do negócio expressavam a maior ou menor capacidade do indivíduo de gerenciar seus interesses<sup>248</sup>.

Luiz Edson Fachin<sup>249</sup> discorre sobre o Código Civil de 1916 como sistema direcionado à tutela do indivíduo e do patrimônio, “apesar de os sistemas de Direito se proporem como intrínsecos à realidade”, responsável por décadas pela ênfase no enquadramento dos atos e fatos sociais como modelos estáticos de definição preexistentes.

Apesar da afinidade de Clóvis Beviláqua com a compreensão *pandectista*<sup>250</sup> e o Código Civil alemão de 1900, podem ser identificados pontos comuns entre o Código Civil de 1916 e o Código Francês, como, por exemplo: a estrutura básica dos atos jurídicos, então resumida no artigo 82 do CC/16,<sup>251</sup> a

---

<sup>247</sup> CICCO, Cláudio De. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 268.

<sup>248</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Código Napoleão**. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. v. 51:7-15. ano 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

<sup>249</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29-37.

<sup>250</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 53-54.

<sup>251</sup> SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ**. v. 7, n. 26. - Rio de Janeiro: EMERJ, 2004; GÓMEZ, J. Miguel Lobato. O código bicentenário. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ**. v. 7, n. 26. - Rio de Janeiro: EMERJ, 2004; LUZ, Christine da. Como o código civil francês se adaptou ao longo do tempo. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ**. v. 7, n. 26. - Rio de Janeiro: EMERJ, 2004; FACHIN, Luiz Edson. O futuro da codificação e o jurista do amanhã: ideias para um debate. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ**. v. 7, n. 26. - Rio de Janeiro: EMERJ, 2004; WALD, Arnoldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 845:81-94 (2006).

especificação dos vícios do consentimento e, no plano da responsabilidade civil o empréstimo do paradigma do *neminem laedere* e da *culpa*, consagrados reciprocamente nos artigos 1.382 e 1.383 do diploma francês.<sup>252</sup>

## 7. Provoações de uma ordem globalizada

O modelo de racionalidade adotado para a sistematização do Código Civil de 1916 só foi possível dada a conjectura dos fatores de produção do início do século passado, mas, não tardou e foram questionados.

Ian Macneil entende que a especialização do trabalho e as trocas permitem que os indivíduos escolham seus comportamentos pautados no exercício do livre arbítrio, com o objetivo de promoverem a maximização de seus benefícios.<sup>253</sup> Deste modo, a compreensão do fenômeno contratual exige que sua análise comece de seu contexto.<sup>254</sup>

Roberto Porto Macedo, ao prefaciar sua obra, ainda comenta que, para Macneil, “A teoria contratual clássica (por vezes denominada liberal), em sua tentativa de descrever e normatizar a experiência contratual, reduzira-a, em termos ideais, a uma transação descontínua, derivada de uma negociação instrumental, impessoal e constituída pela promessa. Tal visão ancorou-se durante séculos nos princípios do *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos), reconhecendo na promessa o fundamento obrigacional essencial.”<sup>255</sup>

Da análise das raízes primárias do contrato, dentre esses os fatores de especialização do trabalho e as trocas, podemos aferir - como destaca Ronaldo

---

<sup>252</sup> GOMES, Orlando. **Escritos menores: sinais novos da crise do direito**, São Paulo: Saraiva, 1981, p. 243.

<sup>253</sup> O autor em apreço enfatiza que a compreensão dos contratos é condicionada à identificação da importância de suas perspectivas pragmáticas, que trata como suas quatro raízes primárias: a) a vida em sociedade; b) a especialização do trabalho e as trocas; c) as escolhas; d) a consciência do futuro (MACNEIL, Ian Roderick. **O novo contrato social: uma análise das relações contratuais modernas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 1-10).

<sup>254</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 59-60.

<sup>255</sup> MACNEIL, Ian Roderick. **O novo contrato social: uma análise das relações contratuais modernas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. XXXII.

Porto Macedo - que há uma “relação íntima entre as formas do saber jurídico contratual e suas regras de julgamento e as estruturas de organização da indústria, da produção e mercado de trocas num determinado contexto histórico.”<sup>256</sup> Com efeito, as formas de organização industrial envolvem fluxos de trocas complexas, mensuráveis e imensuráveis, que contemplam diversas fases concatenadas e que acolhem a situação da escolha de parceiros, da negociação das transações, da formalização dos contratos, da obtenção de matéria-prima, da produção e industrialização, da distribuição e da comercialização dos bens produzidos.<sup>257</sup>

A fim de explicar a transição dos modelos contratuais, Ronaldo Porto Macedo<sup>258</sup> nos apresenta seus estudos acerca das formas correlatas de organização industrial e sua influência para o conhecimento jurídico. Ao comentar a produção manufatureira, típica do final do século XIX e o regime correlato de produção e exploração de bens, Macedo observa que o sucesso atribuído ao produtor era consequência de sua aptidão em responder, de maneira rápida e flexível, aos sinais e mercados tipificados por e baixos índices de produção, grande inventividade, altos custos com o trabalho direto e a manufatura de bens caros e de baixa qualidade.

Deste modo, vê-se que predominou até o século XIX a produção manufatureira, substituída paulatinamente pela produção em massa, assistida por mão-de-obra barata e desqualificada. Com o surgimento dos novos modais de produção, os produtores precisaram se esforçar para atualizarem e reformularem suas capacidades, com investimentos, por exemplo, em maquinaria ajustada à diversificação dos bens produzidos, em uma mesma planta funcional. A consequência, projetada no campo da organização jurídica e econômica, num mercado pautado por demandas de curto prazo, foi a exigência do oferecimento de

---

<sup>256</sup> MACEDO, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 99.

<sup>257</sup> Ronaldo Porto Macedo esclarece que a análise do modal de mercado e sua relação com a teoria contratual não significa assumir uma abordagem economicista, pois “a teoria contratual associa-se intimamente a fontes não econômicas que são determinantes para a experiência jurídica, como as mudanças na prática de racionalidade, de organização da solidariedade social e de criação de valores de bem-estar. Ademais, a forma de institucionalização do direito e do mercado, apesar de estar parcialmente condicionada pelas transformações econômicas do capitalismo, é em boa medida produto de arranjos contingentes e/ou derivados da imaginação e ação dos atores sociais e econômicos” (MACEDO, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 102).

<sup>258</sup> MACEDO, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 100.

soluções pontuais para a resolução de conflitos e a pouca importância atribuída aos planejamentos de longo prazo.<sup>259</sup>

Não é demasiado associar o fato de que, na experiência brasileira, consolidou-se a aceitação da cláusula *rebus sic stantibus* nas décadas de 40 e 50 - tendo em vista a tardia alteração dos modais de produção -, como resposta à ausência de cultura de planejamento de longo prazo, com o objetivo de mitigar os efeitos da desproporção associada a circunstâncias não dimensionadas no regime jurídico obrigacional.<sup>260</sup>

Neste contexto, Macedo observa o predomínio de modelo contratual clássico, a que dá o nome de *presentificado* ou descontínuo, tendo em vista que cada ato contratual é considerado isolado, independente e autônomo. Todos os elementos essenciais que o constituem assumem o caráter básico de uma “barganha instrumental, à medida que presume uma relação entre duas partes que forcem os termos da troca para atingir seus próprios, individuais e exclusivos interesses econômicos”. No campo dos postulados de racionalidade que sistematizaram o pensamento, neste modo, ganha expressão a segurança jurídica associada ao positivismo, à vontade como manifestação e à irrevogabilidade da oferta.<sup>261</sup> Vale reproduzirmos as notas do autor a respeito:

---

<sup>259</sup> MACEDO, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 104.

<sup>260</sup> CARDOSO, Luiz Philippe Tavares de Azevedo. **A onerosidade excessiva no direito civil brasileiro**. 2010. 202 folhas. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito do Largo São Francisco, p. 28. O que notamos nas letras de Arnaldo Medeiros Fonseca (FONSECA, Arnaldo Medeiros. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional do Rio de Janeiro, 1943, p. 316), conduzidas pelo contexto histórico das primeiras décadas do século passado, é a insurgência quanto à ausência de dispositivos destinados à tutela dos mais fracos, algo que associamos aos desdobramentos negativos do fenômeno da globalização, que projetou efeitos na esfera da produção e do consumo. Se considerarmos à época a sobressalente hegemonia atribuída à força dos contratos, somada à impossibilidade de administrarem-se as variáveis advindas de um mundo em reformulação, a solução passava ao campo das exigências sociais, inserida num fenômeno discursivo e coletivo que clamava pela proibição à usurpação do próximo. Noção que nos remete à constatação de que na base de todo este problema estava, justamente a provocação das raízes primárias do contrato, como abordado por Ian Macneil, quais sejam a especialização do trabalho, a troca e as escolhas, grandezas pensadas numa relação de projeção de seus efeitos para o futuro. Em outras palavras, o que a pesquisa da evolução da teoria da imprevisão demonstra é a importância de compreensão das raízes primárias do contrato, consoante uma perspectiva pragmática.

<sup>261</sup> MACEDO, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 109-112. Ver: NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle de concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 27-46.

Os contratos descontínuos têm como características básicas o fato de serem impessoais, “presentificados” (“presentational”), envolverem uma barganha entre partes instrumentalmente orientadas e requererem o mútuo consentimento das duas partes. Ele é descontínuo e compõem uma entidade separada, à medida que ele planeja uma transação separada de todas as transações a ela anteriores, contemporâneas ou subsequentes. [...] Ele é também impessoal porque define a transação em termos de simples trocas de mercadoria, isto é, em termos de descrição, de preço, de quantidade, e data de entrega do bem. [...] Ele é presentificador à medida que busca planejar no presente imediato todos os comportamentos a serem realizados no futuro. Todos os elementos essenciais e termos constitutivos do contrato estão estabelecidos no presente, nenhuma importância ou relevância substantiva se conferindo à performance das partes na definição dos efeitos da quebra ou descumprimento contratual. [...] Por fim, os contratos descontínuos implicam em mútuo consentimento à medida que presumem que os termos da troca que resultam da barganha instrumental são livremente estabelecidos pelas partes antes do início do cumprimento do contrato. Tal princípio está consagrado na ideia da autonomia da vontade e na importância do consenso para a formação dos contratos, reconhecida por todo pensamento jurídico ocidental moderno. [...] O tipo ideal acima descrito do contrato descontínuo corresponde à definição que o pensamento contratual clássico deu ao contrato tanto na doutrina quanto na elaboração, quando existente, de estatutos e códigos.”<sup>262</sup>

Foi este o modelo, em síntese, que prestigiou a racionalidade representada pelo Código Civil de 1916, como observa Raimundo Faoro<sup>263</sup>

A partir da década de 50, paulatinamente, tem-se a tipificação de novo substrato fático de suporte das relações negociais. Esse fenômeno é analisado por Ronaldo Porto Macedo, o qual destaca, como características: a) a introdução de novas tecnologias de produção e de informação; b) novas técnicas de gerenciamento; c) mudanças nas demandas de consumo, responsáveis pela criação

---

<sup>262</sup> MACEDO, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 106-107.

<sup>263</sup> “A ideologia articula-se aos padrões universais, irradiados da Inglaterra, França e Estados Unidos, confortando a consciência dos ocidentalizadores, modernizadores da sociedade e da política brasileiras, muitas vezes enganados com a devoção sem exame aos modelos. Ser culto, moderno, significa, para o brasileiro do século XIX e começo do XX, estar em dia com as ideias liberais, acentuando o domínio da ordem natural, perturbada sempre que o Estado intervém na atividade particular. Com otimismo e confiança será conveniente entregar o indivíduo a si mesmo, na certeza de que o futuro aniquilará a miséria e corrigirá o atraso. No seio do liberalismo político vibra o liberalismo econômico, com a valorização da livre concorrência, da oferta e da procura, das trocas internacionais sem impedimentos artificiais e protecionistas. O produtor agrícola e o exportador, bem como o comerciante importador, prosperam dentro das coordenadas liberais, favorecidos com a troca internacional sem restrições e a mão-de-obra abundante, sustentada em mercadorias baratas.” (FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 592).

de novas estratégias industriais e contratuais de apoio, com o escopo de atingir patamares de maior competitividade, resultando em modelos de organização e produção mais flexíveis. Fato é que os modais de produção sentiram uma expressiva alteração de seus padrões, como resultado do fomento das quantidades produzidas associadas à busca de baixos custos de produção. Um fenômeno muito interessante advindo deste quadro está relacionado à análise da relação entre os investimentos demandados para o funcionamento das linhas de produção, combinados com a necessidade de estabilização dos mercados, exatamente como estratégia para garantir seu retorno econômico, cabendo ao direito contratual o papel de auxiliar no processo de estabilização destas variáveis.<sup>264</sup>

Notamos com essas digressões que o direito contratual empresta dos modais de produção a compatível imagem da contratação, institucionalizando-a, desempenhando uma função de legitimação da organização produtiva com base em critérios de racionalidade socialmente desejados. O problema é que, com a intensificação do fenômeno denominado globalização,<sup>265</sup> as respostas já compostas com a experiência e institucionalizadas pelo direito não servem para parametrizar muitos dos modelos comportamentais voltados à produção e à circulação de riquezas.

---

<sup>264</sup> “A literatura especializada sobre a história do desenvolvimento da indústria moderna salienta, contudo, que os produtores de massa tinham que manter o pleno funcionamento das linhas de produção para garantir o retorno do investimento realizado. Afinal, face à demanda de grande investimento inicial, a produção voltada para grandes volumes não poderia estar sujeita a interrupções ou diminuições bruscas sem que isto implicasse em grandes prejuízos para o empresário capitalista. Assim, o planejamento industrial de longo prazo provocou prever e criar técnicas de estabilização de mercados de suprimentos e de produtos em níveis que garantissem a plena utilização da linha de produção implantada. [...] Uma das novas tarefas do direito contratual será, pois, reduzir os custos das transações envolvidas em tais processos.” (MACEDO, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 115).

<sup>265</sup> Ana Maria Nusdeo aborda as consequências da globalização econômica com propriedade: “Sob essa perspectiva, a globalização econômica pode ser descrita como um processo caracterizado pela sobreposição e inter-relação de diversos fatores, cujos principais são: 1) aumento do volume do comércio internacional e formação de blocos regionais de comércio; 2) intensificação do fluxo de capitais entre as nações, tanto por motivos especulativos quanto para fins de investimentos produtivos, gerando a intensa ligação entre os mercados financeiros; 3) alteração dos padrões produtivos, que se tornam mais flexíveis e descentralizados, permitindo a fragmentação e a dispersão internacional das várias fases da produção; 4) ampliação da importância dos fatores tecnológicos e de inovação de produtos nas condições de concorrência nos mercados; 5) maior importância das empresas multinacionais.” (NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle de concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 15). Em sua pesquisa José Tadeu Neves Xavier trata dos impulsos e frustrações econômicas e sociais derivados do fenômeno da globalização (XAVIER, José Tadeu Neves. **A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade**. 2006. 339 folhas. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, p. 72-77). Vale ainda destacar a produção de (Principles of international economic law

José Eduardo Faria comenta que, com o advento do fenômeno da *globalização*, especialmente a observada no cenário do século passado, foram alterados diversos setores da vida social, econômica e jurídica, bem como que, tamanha a quantidade de seus desdobramentos, que persistem dúvidas quanto às suas consequências, o que gera até certa especulação:

Ampliando a diferenciação funcional dos sistemas econômico e social num ritmo jamais visto anteriormente, o fenômeno da globalização também tornou as identidades mais lábeis e polimorfos. Fechou mais do que criou postos de trabalho. Transferiu renda do operariado semi-especializado ao mono-especializado do setor industrial para uma nova aristocracia de trabalhadores no setor de serviços. Generalizou e acentuou os contrastes entre pobreza e riqueza, miséria e opulência, centro e periferia. Enfraqueceu e subverteu os marcos de referência social até então prevaletentes, baseados na família, no trabalho e na comunidade. Modificou as concepções de obrigação moral e de legitimidade. Alterou os padrões ético-políticos. Multiplicou as ameaças e os perigos inerentes ao desenvolvimento técnico-industrial, para cuja neutralização as diferentes instituições revelaram carecer de instrumentos eficazes de calculabilidade, prevenção, controle, limitação dos danos e responsabilização legal. Pôs em questão o estatuto científico e as potencialidades explicativas e justificativas dos saberes subjacentes à organização das esferas individuais e coletivas. Acelerou a defasagem, a superação e a fragmentação dos esquemas analíticos e dos mapas conceituais vigentes, tornando-os qualitativamente incapazes de dar conta dos novos problemas sociais, econômicos e políticos. Levou os termos e argumentos correntes na economia a se generalizar, quer na linguagem comum, quer nos discursos especializados dos diferentes domínios da vida contemporânea. E, por fim, conduziu à disseminação de tecnologias sociais baseadas exclusivamente em critérios e valores como eficiência, competitividade e acumulação, retirando do universo do capital, da produção e do trabalho qualquer sentido de orientação humanamente significativa.<sup>266</sup>

A postura de buscar atribuir soluções a todas as inquietações sentidas nos mercados é reprodução do paradigma da legalidade. Com efeito, a ordem socioeconômica cada vez mais policêntrica e multifacetada,<sup>267</sup> perde-se eficiência com o esforço de assegurar a operabilidade das normas vinculantes, aspecto que contribui para o enfraquecimento do monismo jurídico. Por conta de tantas transformações, vieram propostas destinadas a conferir ao ordenamento

---

<sup>266</sup> FARIA, José Eduardo Faria. **O direito na economia globalizada**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 10.

<sup>267</sup> FARIA, José Eduardo Faria. **O direito na economia globalizada**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 15.

jurídico flexibilidade para acompanhar a dinâmica das relações.<sup>268</sup>

Antes de prosseguirmos, todavia, na perspectiva da teoria econômica do direito contratual,

### 7.1. Da busca de novos paradigmas no Direito Privado<sup>269</sup>

Apesar da disciplina regente dos contratos se abrir a tradições de distintas famílias jurídicas, o que se percebe é que suas concepções gravitam em torno dos postulados da justiça, liberdade e segurança. São valores culturalmente situados<sup>270</sup> e indicam a presença de forças em tensão num complexo e multifacetado ambiente social e econômico, como mencionado. Por tal razão, seu estudo não se afasta da necessidade original de ajustá-los ao mundo circundante, para que possamos compreender em que medida as soluções eleitas se rendem mais a categorias de interesses questionáveis.

Deste modo, a investigação dos fenômenos jurídicos não dispensa a preocupação de se identificar, tanto quanto possível, os elementos ideológicos, políticos, econômicos e sociais que impregnam de sentido a pesquisa.<sup>271</sup> Porém, essa tarefa é ingrata e de resultado bastante incerto, como adverte Willis Santiago Guerra Filho:

---

<sup>268</sup> FARIA, José Eduardo Faria. **O direito na economia globalizada**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 9.

<sup>269</sup> Em nosso trabalho, a expressão Direito Privado é empregada para fins meramente didáticos de ilustração do ambiente reservado à constituição, modificação e extinção de relações jurídicas, mediante o exercício das liberdades e faculdades atribuídas aos sujeitos de direitos. Isso porque, como esclarece Juarez de Freitas (FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 227), que considera a dicotomia Direito público e Direito privado “não apresenta maior consistência em face da superação das abordagens unilaterais e em virtude da compreensão de que o sistema jurídico é um só. Compreensão facilitada, sobremaneira, pelo fenômeno inegável da constitucionalização do Direito.”

<sup>270</sup> Apontamentos efetuados por Antônio Menezes Cordeiro em introdução ao texto: CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. LXVII.

<sup>271</sup> Ricardo Feijó desenvolve com propriedade a noção de ideologia (FEIJÓ, Ricardo. **Desenvolvimento econômico: modelos, evidências, opções políticas e o caso brasileiro**. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 107-140.

[...] parece assente na atual filosofia da ciência a impossibilidade de se depurar totalmente a pesquisa, não só no direito, mas nas ciências em geral, de elementos ideológicos e de compromissos políticos e sociais, mesmo que estes tenham incidência não conscientizada pelo pesquisador, atingindo-o com isso a 'neutralidade axiológica', preconizada pelo positivismo. Não obstante, e por isso mesmo, é indeclinável a postura crítica perante a ideologia, que no direito se encontra agregada ao próprio objeto, pois a configuração dos institutos jurídicos é determinada pela visão de mundo ou mundividência (*Weltanschauung*) subjacente ao ordenamento jurídico [...]<sup>272</sup>

A teoria do negócio jurídico não escapa de influências ideológicas, tampouco a teoria dos contratos, segundo nos chama a atenção Paulo Luiz Neto Lôbo ao tratar do dirigismo contratual<sup>273</sup>, como técnica de atuação do Estado de

---

<sup>272</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 112; Nicola Abbagnano define ideologia (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007, p. 533): "Em geral, portanto, pode-se denominar I. toda crença usada para o controle dos comportamentos coletivos, entendendo-se o termo *crença* (v.) em seu significado mais amplo, como noção de compromisso de conduta, que pode ter ou não validade objetiva. Entendido nesse sentido, o conceito de I. é puramente formal, uma vez que pode ser vista como I. tanto uma crença realizável quanto uma crença irrealizável. O que transforma uma crença em I. não é sua validade ou falta de validade, mas unicamente sua capacidade de controlar os comportamentos em determinada situação." Por sua vez, Norberto Bobbio ao tratar do conceito de ideologia pondera dois significados, aos quais atribui destaque, denominando-os de *fraco* e *forte* (BOBBIO, Norberto. **Dicionário do política**. vol. 1. 11.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 595): "Tanto na linguagem política prática, como na linguagem filosófica, sociológica e político-científica, não existe talvez nenhuma outra palavra que possa ser comparada à Ideologia pela frequência com a qual é empregada e, sobretudo, pela gama de significados diferentes que lhe são atribuídos. [...] No seu significado fraco, Ideologia designa o *genus*, ou a *species* diversamente definida, dos sistemas de crenças políticas: um conjunto de ideias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos. O significado forte tem origem no conceito de Ideologia de Marx, entendido como falsa consciência das relações de domínio entre as classes, e se diferencia claramente do primeiro porque mantém, no próprio centro, diversamente modificada, corrigida ou alterada pelos vários autores, a noção da falsidade: a Ideologia é uma crença falsa."

<sup>273</sup> São os ensinamentos de Maria Helena Diniz (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. vol. 3. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 45): "A expressão *dirigismo contratual* é aplicável às medidas restritivas estatais que invocam a supremacia dos interesses coletivos sobre os meros interesses individuais dos contraentes, com o escopo de dar execução à política do Estado de coordenar os vários setores da vida econômica e de proteger os economicamente mais fracos, sacrificando benefícios particulares em prol da coletividade. O Estado intervém no contrato, não só mediante a aplicação de normas de ordem pública (RT, 516:150), mas também com a adoção de revisão judicial dos contratos, alterando-os, estabelecendo-lhes condições de execução, ou mesmo exonerando a parte lesada, conforme as circunstâncias, fundando-se em princípios de boa-fé e de supremacia do interesse coletivo, no amparo do fraco contra o forte, hipótese em que a vontade estadual substitui a dos contratantes, valendo a sentença como se fosse declaração volitiva do interessado. Ante os interesses da realidade social, a lei, a moderna doutrina jurídica e os tribunais estão admitindo, em casos graves, a possibilidade de revisão judicial dos contratos, quando a superveniência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, por ocasião da formação dos pactos, torna sumamente onerosa a relação contratual. É, portanto, imprescindível uma radical, violenta e inesperada modificação da situação econômica e social, para que se fixem indenizações, se reduzam equitativamente as prestações ou se tenha revisão do contrato, que se inspira na equidade e no princípio do justo equilíbrio entre os contratantes (RF, 113:92, 150:250) e no da sociedade". Paulo Luiz Neto Lôbo trata do seguinte modo o *dirigismo contratual* (LÔBO, Paulo Luiz Neto. **O contrato: exigências e**

intervenção sobre o domínio econômico, com o objetivo de orientação e administração das ordens de mercado. O exemplo dos fundamentos do dirigismo contratual, respeitosamente, parece-nos assistidos por grande carga ideológica<sup>274</sup>:

A investigação dos fundamentos ideológicos de conceitos, categorias e princípios jurídicos se desenvolve basicamente em dois rumos: (a) de um lado, procura-se revelar a realidade social oculta sob a forma jurídica; (b) de outro lado, procura-se identificar o que de 'ideologia' se oculta sob a aparência de direito, para expurgá-la do conhecimento jurídico [...].<sup>275</sup>

Ainda neste sentido, e respeitosamente, constatamos que em outras defesas de dissertações de mestrado e teses de doutorado realizadas perante esta ínclita instituição de ensino,<sup>276</sup> tendo por objeto também a discussão da cláusula

---

**concepções atuais.** São Paulo: Saraiva, 1986, p. 25.): “No direito econômico o dirigismo contratual é visto como um dos aspectos do intervencionismo, como técnica de atuação do Estado no e sobre o domínio econômico, após a substituição do mercado livre – típico do Estado liberal – por um mercado administrado, ordenado e organizado. [...] A igualdade jurídica formal é, nas hipóteses de dirigismo, substituído pela consideração jurídica da desigualdade real do tipo presumido. E, assim, a igualdade de todos perante a lei depende da posição que assumir na relação contratual dirigida. Por contratante débil devem ser entendidos todos aqueles que estão, por presunção legal, em posição de inferioridade diante do contratante que detém o poder de ditar as regras do jogo. São assim consideradas não só as pessoas físicas como as pequenas e médias empresas. [...] Parece-nos que a causa maior está no predomínio do interesse social sobre o interesse individual, oriundo do processo de evolução do Estado.” Elival da Silva Ramos explica as bases da formação do Estado intervencionista na experiência brasileira (RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 269-293). No mesmo sentido, importantes as observações de Milton Flávio de Almeida Camargo Lautenschläger, que aborda as causas do ativismo o judicial brasileiro, enfatizando o próprio aumento da litigiosidade (LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Contornos teóricos do ativismo judicial em matéria contratual.** 2014. 449 folhas. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 95-105).

<sup>274</sup> Quanto ao papel do discurso e a formação do senso comum teórico: WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994. No mesmo sentido, vale reproduzirmos as notas de Lênio Luiz Streck: “O sentido comum teórico ‘coisifica’ o mundo e compensa as lacunas da ciência jurídica. Interioriza – ideologicamente – convenções linguísticas acerca do Direito e da sociedade. Refere-se à produção, à circulação e à ‘consumação das verdades nas diversas práticas de enunciação e de escrituração do Direito, designando o conjunto das representações, crenças e ficções que influenciam, despercebidamente, os operadores do Direito. Traduz-se em uma “para-linguagem”, situada depois dos significantes e dos sistemas de significação dominantes, que ele serve de forma sutil, para estabelecer a ‘realidade’ jurídica dominante. É o local dos ‘segredos’.” (STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 51).

<sup>275</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. Dirigismo contratual. In: **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos.** vol. III. TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson Fachin (coords.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 388. Quanto ao repertório do Superior Tribunal de Justiça pautado na ideologia do *dirigismo contratual*, veja-se: REsp 1197638 / MG, julgado em 08/09/2015; AgRg no AREsp 649895 / MS, julgado em 05/05/2015; AgRg no AREsp 433536 / RS, julgado em 28/04/2015; AgRg no RMS 30820 / RS, julgado em 15/05/2012; AgRg no Ag 1394166 / SC, julgado em 08/05/2012; AgRg no Ag 1383974 / SC, julgado em 13/12/2011; AgRg no REsp 838127 / DF, julgado em 17/02/2009.

<sup>276</sup> BRANCO, Luiz Carlos. **Cláusula penal: o valor da cominação e a redução equitativa da pena.** 2010. 156 folhas. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; KELETI, Daniel de Leão. **Cláusula penal no código civil.** 2007. 213 folhas. Dissertação de mestrado. Pontifícia

penal e sua relação com o novo Código Civil, direcionou-se sua leitura à tutela da impossibilidade do enriquecimento sem causa, referendando-se a redução equitativa da multa com base no artigo 413 deste diploma. Não encontramos no conjunto das pesquisas alguma discussão a respeito da validade desse controle ou o desenvolvimento da necessidade deste dispositivo coadunar-se aos postulados da teoria geral do negócio jurídico. Em nossa opinião, isso se deve à consagração do entendimento - *pré-entendimento* – da cláusula penal como uma cláusula inerente à responsabilidade.<sup>277</sup> Esse fenômeno, de formação de uma linha de consenso, é abordado por António Menezes Cordeiro:

No domínio hermenêutico, sobressaem os fenómenos do pré-entendimento e do círculo ou espiral de pensamento. No campo funcional, sobressaem as unidades previsão-estatução e interpretação-aplicação, enquanto as concepções teleológicas das normas, elas próprias, já, uma superação do conceitualismo tradicional, devem ser complementadas pelas estruturas de um discurso sinéptico, dirigido ao ponderar das consequências da decisão, numa linha de consenso. Destes temas, inesgotáveis, propõe-se o uso que segue. A ideia de pré-entendimento põe a nú a realidade hermenêutica. Perante um texto, o sujeito cognoscente aprende-o por conhecer, de antemão, a matéria nele tratada e a linguagem que a carrega. O sentido final do texto surge como produto do encontro das prefigurações do intérprete com o material percebido, reintegrado ao espírito. [...] Tudo joga: o caso e a norma, o pré-entendimento de ambos, a vontade constituinte e a solução.<sup>278</sup>

Alardeia-se que passamos por uma nova crise dos contratos, demandando a maior presença do Estado para a orientação do ambiente do Direito Privado, intervenção realizada, inclusive, mediante o emprego de cláusulas gerais,<sup>279</sup> intensificação do processo legislativo e de medidas administrativas de

---

Universidade Católica de São Paulo; SILVA, Leonardo Di Cola N. **Cláusula penal e o código civil de 2002**. 2008. 146 folhas. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; BOULOS, Daniel Martins. **O novo regime jurídico da cláusula penal: ensaio acerca da interpretação do artigo 413 do código civil**. 2013. 149 folhas. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; TRUBILHANO, Fábio Souza. **A cláusula penal e sua limitação no ordenamento jurídico brasileiro e no direito estrangeiro**. 2010. 209 folhas. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; CASSETARI, Christiano. **Cláusula penal: uma releitura de acordo com o novo direito civil que se constrói**. 2007. 188 folhas. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

<sup>277</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro**. 2006. 418 folhas. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 293.

<sup>278</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 36.

<sup>279</sup> Nelson Nery Júnior aborda a função instrumentalizadora da cláusula geral, como o fenômeno no qual “o juiz deve servir-se de sua enunciação abstrata para dizer, na situação concreta que se lhe

orientação da ordem econômica, a exemplo das hipóteses normativas previstas no art. 36 e seguintes da Lei nº. 12.529/2011 (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência).<sup>280</sup>

Cláudia Lima Marques, ao enfrentar as críticas de Christophe Jamin e Denis Mazeaud<sup>281</sup> - quando utilizam a expressão “nova crise do contrato” para expressar a insegurança que atribuem à falta de paradigmas na teoria contratual, situação que associam com a hipertrofia da cláusula geral de boa-fé, identificada em decisões judiciais lacônicas e questionáveis -, consignou não passarem de alaridos e que a crise que enfrentamos é externa à dogmática, trata-se da crise da confiança, exigindo a definição de novos paradigmas para a orientação deste fenômeno, dentre os quais a o desenvolvimento de uma nova dogmática que imponha “uma diferenciação em graus de aplicação das cláusulas gerais (decisiva para evitar a hipertrofia reclamada pelos meus colegas europeus), justamente ao aceitar que as mesmas cláusulas gerais de função social dos contratos, boa-fé e bons costumes podem ter graus de intensidade diferentes no direito privado tripartite: direito puramente civil, direito empresarial ou puramente comercial e direito do consumidor ou misto, entre um civil e um comerciante.”<sup>282</sup>

---

apresenta, o que seria dar função social àquele determinado contrato que está sob sua análise. Por função instrumentalizadora deve entender-se a atividade do juiz de dar concretude à enunciação abstrata do CC 421. Não é regra de interpretação, tampouco princípio geral de direito. Na prática, a cláusula geral de função social do contrato permite que o juiz faça a lei entre as partes, isto é, o juiz vivifica, no caso concreto, a norma abstrata e estática posta na lei.” (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 10 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 633). A diferença técnica entre cláusulas abertas e os conceitos indeterminados é abordada por Milton Flávio de Almeida Camargo Lautenschläger, do seguinte modo: “Enquanto os conceitos formados por termos indeterminados sempre integram a descrição do ‘fato’ em exame [...] as cláusulas gerais funcionam como um instrumental à aplicação do direito propriamente dito, impondo ao magistrado a pesquisa adequada de soluções dentro do próprio sistema” (LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Contornos teóricos do ativismo judicial em matéria contratual**. 2014. 449 folhas. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 291).

<sup>280</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na economia. **Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador. nº. 1, fevereiro/março/abril de 2005. Disponível em: « <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-EGON-BOCKMANN.pdf>». Acesso em: 10 de agosto de 2015.

<sup>281</sup> JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis (org). **La nouvelle crise du contrat**. Paris: Dalloz, 2003.

<sup>282</sup> MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato. In: **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. Cláudia Lima Marques (coordenação). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 21-22.

Os argumentos da autora nos servem, pois, ratificam o prejuízo que advém da interferência do Estado em vínculos negociais qualificados pela presença de contratantes que exerçam suas faculdades com igual poder.

É a *ratio decidendi*<sup>283</sup> que encontramos no REsp nº. 936.741 / GO, julgado em 03/11/2011, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

1. Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças. 2. Direito Civil e Direito Empresarial, ainda que ramos do Direito Privado submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais.

O problema é que vivemos em uma sociedade composta de grupos justapostos e concorrentes, marcada pela busca da objetividade e o conhecimento que temos do Direito - passado de geração em geração - acaba transmitindo a leitura dos problemas e soluções já aplicadas. Foi ao contemplar essa situação que Antônio Junqueira de Azevedo ponderou, como fenômeno típico dos movimentos pós-guerras, a alteração do paradigma da *legalidade* para o da *centralidade do caso*.

[...] o jurista deixa de examinar as questões pelo ângulo da lei e passa a tomar, nos seus modelos de solução, como centro, a figura do *juiz* (um representante do Estado). Introduziram-se, assim, nos textos normativos, os conceitos jurídicos indeterminados, a serem concretizados pelo julgador, e as cláusulas gerais, como a de boa fé (falou-se até mesmo em fuga para as cláusulas gerais, ou seja, fuga da lei para o juiz). Noções vagas, como ordem pública, interesse público, função social, tornaram-se moeda corrente no mundo jurídico, servindo a torto e a direito para as autoridades de plantão. Multiplicaram-se, na doutrina, os trabalhos sobre o papel do juiz, sua função, sua independência, sobre o modo como deve interpretar, etc. Diante do novo paradigma, é claro que alguns permaneceram aferrados ao paradigma antigo, tal e qual, hoje, outros tantos, por seu turno, continuam presos a este paradigma que ora estamos descrevendo e que podemos chamar de paradigma da modernidade (por oposição ao atual, da pós-modernidade). [...] A lei e o juiz ficarão para os casos extremos. O paradigma jurídico, portanto, que passara

---

<sup>283</sup> Luiz Guilherme Marinoni esclarece que o conceito de *ratio decidendi* “não se confunde com o dispositivo e com a fundamentação, mas constitui algo externo a ambos, algo que é formulado a partir do relatório, da fundamentação e do dispositivo (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 222).

da lei ao juiz, mudou, agora, do juiz ao caso. A *centralidade do caso* é este o eixo em torno do qual gira o paradigma jurídico pós-moderno.<sup>284</sup>

Em sua abordagem, o autor identifica a natureza do Direito como sistema social de segunda ordem, pois não é em si autônomo, num argumento sensível à necessidade de profundo conhecimento do plano dos fatos. Prossegue comentando que a construção da decisão<sup>285</sup> não dependerá necessariamente do Poder Judiciário, pois a existência pluralista de organismos poderia decidir com base em seus próprios códigos deontológicos.

Como metodologia destinada à compreensão do caso concreto e da melhor solução possível, Antônio Junqueira de Azevedo critica as decisões pautadas em ditames de ordem pública, interesse público e função social, senão quando destinadas à tutela da dignidade da pessoa humana, atribuindo às categorias normativas vagas a qualidade de sindicadas numa concepção axiológica formal. São suas as palavras:

As noções vagas de ordem pública, interesse público e função social – muletas para o juiz e as autoridades, no paradigma anterior – já não satisfazem. Continuam a ser, não resta dúvida, muito numerosas as leis ditas de ordem pública, especialmente, as relativas à ordem pública de proteção, por oposição às da ordem pública de direção; todavia, deixando de lado as leis cogentes, isto é, tomando-se a ordem pública exclusivamente como *princípio*, para fundamentar a nulidade de determinado ato ou para justificar a validade de outro, ela somente tem cabimento, nos novos tempos, em uma única hipótese: como proteção à *dignidade humana*; fora disso, não tem mais aplicação. Ocorre algo parecido com a noção de interesse público; basta lembrar, para verificação de quanto o novo paradigma repele as noções vagas, as alegações de ex-ministros, feitas pela imprensa nos dias que correm, de que providências a favor, ou contra, determinados concorrentes em leilão de telefonia, visavam o interesse público; qualquer um percebe o inconveniente da falta de conteúdo dessa expressão. O novo paradigma exige, pois, vetores materiais, ideias ordenadoras, diretrizes, e não

---

<sup>284</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno. **Revista USP**. São Paulo, n. 42, p. 96-101, junho/agosto 1999, p. 99-100.

<sup>285</sup> Milton Flávio de Almeida Camargo Lautenschläger trata dos limites substanciais da atuação do Poder Judiciário e comenta a importância de se reconhecer a supremacia de uma ordem objetiva de valores, pois “não há melhor resultado para a sociedade senão aquele decorrente da aplicação da norma com vistas nas particulares circunstâncias que envolvem um caso concreto.” (LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Contornos teóricos do ativismo judicial em matéria contratual**. 2014. 449 folhas. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 64).

fórmulas vazias, próprias de uma axiologia formal, cujo “recheio” é posto arbitrariamente pela autoridade (juiz ou membro do Poder Executivo).<sup>286</sup>

Não é sem razão que Enzo Roppo<sup>287</sup> afirma que a tendência de se reduzir o conceito de contrato à dimensão exclusivamente jurídica<sup>288</sup> resulta na limitação do alcance do instituto, posto que a leitura de sua finalidade e estrutura e está, direta ou indiretamente, imediata ou mediadamente, vinculada e é dependente das situações que constituem a essência de qualquer contrato.

E quais seriam os vetores materiais questionados por Antônio Junqueira de Azevedo? Pensamos que, no ambiente do Direito Privado e da livre concorrência, sobretudo com a globalização da economia,<sup>289</sup> as exigências de competitividade imponham aos agentes participantes dos mercados que ofereçam, com responsabilidade, soluções flexíveis, quanto à forma, mas rígidas, quanto à segurança jurídica, construídas com base nos valores da liberdade e autodeterminação do sujeito.

A propósito, Humberto Ávila<sup>290</sup> enaltece a liberdade como premissa

---

<sup>286</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno. **Revista USP**. São Paulo, n. 42, p. 96-101, junho/agosto 1999, p. 100.

<sup>287</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 7.

<sup>288</sup> Robert Gordon é bastante crítico quanto ao trabalho doutrinário estritamente acadêmico e chega a responsabilizá-los por uma *déformation professionnelle* acadêmica: “O direito contratual tem sido preenchido com propósitos ideológicos. O modo pelo qual ele suprime, ou relega ao segundo plano, as determinações do elemento social não é apenas uma consequência incidental do paroquialismo profissional, mas um mecanismo importante para a vindicação de tais propósitos. Se essa ideia for aceita, se o direito contratual deixar de ser pensado como uma tentativa pateticamente inadequada, levada por parte dos acadêmicos do direito, de estruturar os negócios do mundo comercial, mas, ao contrário, como uma plataforma (relativamente modesta) para a expressão de ideologia, então suas doutrinas se tornam novamente interessantes por revelarem os valores aceitos por aquela sociedade. [...] Esse tem sido o foco da obra fascinante de alguns dos acadêmicos associados à *Conference on Critical Legal Studies*, que buscaram mostrar, trabalhando somente com materiais doutrinários, de que modo a doutrina de contratos tenta suprimir, negar ou mediar suas próprias contradições internas”. (GORDON, Robert W. Macaulay, Macneil e a descoberta da solidariedade e do poder no direito contratual. **Revista de Direito FGV**. São Paulo, v. 3, n. 1, p. 187-202, jan-jun / 2007).

<sup>289</sup> FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 158.

<sup>290</sup> “A segurança jurídica adquire, pois, caráter instrumental relativamente à liberdade: quanto maior a segurança, maior o grau de liberdade, isto é maior a capacidade de o indivíduo planejar o seu futuro conforme os seus ideais. [...] A segurança jurídica é, igualmente, um meio de garantir a dignidade da pessoa humana. O respeito à dignidade abrange o tratamento do homem como pessoa capaz de planejar o seu futuro. O homem é um ser orientado para a ação futura, que procura, no seu agir, estabilizar o futuro. A garantia da dignidade engloba, pois, o respeito da autonomia individual do homem. A insegurança jurídica prejudica, enfim, a vida dos cidadãos. Ela atua negativamente sobre as instituições e sobre os investimentos internos e externos, já que prejudica as decisões de longo prazo em virtude da absoluta impossibilidade de apreensão das normas futuras e das decisões passadas. A mudança frequente da legislação afasta o investimento e impede ações de médio e de

de toda sociedade organizada e defende que a falta de segurança depositada nos vínculos negociais desestimula que se constituam relações integradas e a cooperação é reprimida. Pondera o autor que a defesa da segurança jurídica numa sociedade exige que o exercício da liberdade e a projeção da autodeterminação do sujeito de direitos definam seu futuro.

Parece-nos que a evolução da compreensão da qualificação de consumidor, com base no art. 4º. da Lei nº 8.078/90, para os fins de sua tutela isonômica e assistida pelo reconhecimento de sua vulnerabilidade (técnica), orientação denominada de teoria finalista mitigada, atenuando-se os rigores da teoria finalista (avessa à possibilidade de tipificação do agente econômico como consumidor), exemplifica com propriedade o paradigma da busca pela centralidade do caso. O conteúdo do Informativo de Jurisprudência nº 548/2014 é esclarecedor e aborda a decisão proferida no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.321.083 – PR, julgado em 09/09/2014, relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor. [...] 5. Apesar da identificação *in abstracto* dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora.

---

longo prazo necessárias a uma economia de mercado.” (ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 63-64). Ainda, no que se refere ao papel simbólico da Constituição Federal e a formação dos conceitos de dignidade e liberdade, sugerimos: SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e do direito constitucional**. Ingo Wolfgang Sarlet organizador. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 19.

## 7.2. Da funcionalização de Direitos

Diante das crises que assolaram o século passado e de seus consecutórios, que dispensam registros – *miséria e desemprego* –, surge a necessidade de remodelação<sup>291</sup> da concepção de liberdade,<sup>292</sup> para suprir as deficiências econômicas e, principalmente, conciliar a liberdade de iniciativa segundo os ditames da justiça social.<sup>293</sup>

Como salienta Michele Giorgianni,<sup>294</sup> “as modificações ocorridas na esfera econômica, provocadas pelo desenvolvimento da industrialização e do capitalismo, seja em virtude da presença cada vez mais atuante dos poderes públicos na vida econômica dos povos”, promoveram reações de consternação de alguns juristas, diante de movimentos de “publicização” ou “socialização” do denominado *Direito Privado*.<sup>295</sup>

Esse movimento é avaliado por Orlando Gomes, que concebe a transição de regimes liberais clássicos para o neoliberalismo como resultado da “incisiva ressonância no próprio sistema de valores que pretendem justificar a mudança na organização política, caracterizada particularmente pela nova atitude do Estado e o ingresso dos povos mais avançados na sociedade de consumo”.<sup>296</sup>

O rigor exegético que de que se revestiu originalmente a leitura do

---

<sup>291</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito econômico brasileiro**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 96.

<sup>292</sup> Gustavo Tepedino preleciona (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 4): “Esta era de estabilidade e segurança, retratada pelo Código Civil Brasileiro de 1916, entra em declínio da Europa já na segunda metade do século XIX, com reflexos na política legislativa brasileira a partir dos anos 20. Os movimentos sociais e o processo de industrialização crescentes do século XIX, aliados às vicissitudes do fornecimento de mercadorias e à agitação popular, intensificadas pela eclosão da Primeira Grande Guerra, atingiram profundamente o direito civil europeu, e também, na sua esteira, o ordenamento brasileiro, quando se tornou inevitável a necessidade de intervenção estatal cada vez mais acentuada na econômica.”

<sup>293</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 823: 67-86 (2004).

<sup>294</sup> GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas fronteiras. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 747:35-55 (1998).

<sup>295</sup> Giselda Hironaka esclarece que o conceito de função social é difícil de ser enunciado com precisão, dada sua intencional abstração, preservada a natureza condicionadora e repressiva ao exercício das faculdades em desatenção aos ditames de ordem social e mitigar a outrora intangibilidade do princípio da autonomia privada (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. v. 45:141-152. ano 45. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990).

<sup>296</sup> GOMES, Orlando. **Escritos menores: sinais novos da crise do direito**, São Paulo: Saraiva, 1981, p. 22.

Código Civil de 1916 demandou a criação de mecanismos alternativos para suplantar a cultura jurídica apegada aos textos normativos como modelo inspirador de segurança jurídica.<sup>297</sup> O Estado passou a desenvolver políticas compensatórias, visando mitigar a expressão da autonomia da vontade, quando da circulação de riquezas para favorecer mecanismos que atestassem a presença de preceitos éticos na regulação da vida em sociedade. Com isso, houve o distanciamento dos antigos modelos de pensamento fincados em diretrizes criadas pela *Escola da Exegese*.<sup>298</sup> Assim, em virtude de alterações de paradigmas em distintas áreas relevantes à sociedade e ao Direito, tornou-se prática a edição especial de material normativo, doutrinário e jurisprudencial, num esforço para atender às exigências de coordenação e integração de novas categorias de fenômenos relevantes, instaurando a discussão acerca da insuficiência do Código Civil.

Daí o declínio da lógica *in claris cessat interpretatio*<sup>299</sup>, porquanto a letra fria das normas e suas prescrições devem atender aos fins sociais a que se destinam e às exigências do bem comum, promovendo a consonância dos interesses individuais aos coletivos.

A insuficiência normativa apontada, em vista do surgimento de outras categorias de fenômenos e novos fatos provocou a desenfreada criação de diplomas especiais, retirando do Código Civil sua finalidade original de servir ao povo como unidade hegemônica na leitura e regência de fenômenos. O conjunto desses novos diplomas em sinergia com o antigo Código Civil, a exemplo do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) e da Lei Geral de Registros Públicos (Lei 6.015/73), colocou em foco o texto constitucional para sistematizá-los.

O novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002) veio definir um inédito panorama da liberdade, consagrando a importância da dignidade da pessoa humana como valor fonte.

---

<sup>297</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. 3. ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1946, p. 39.

<sup>298</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 515.

<sup>299</sup> SILVEIRA, Alípio. **Hermenêutica no direito brasileiro**. 1. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 40.

O Código adotou em diversas passagens a técnica de utilizar normas jurídicas de grande amplitude semântica e delegou, ao Estado-Juiz, a tarefa de preencher casuisticamente o significado dessas cláusulas abertas, delimitando sua eficácia e alcance – as cláusulas gerais.<sup>300</sup> Isso, porque a técnica de utilização de normas dotadas de grande amplitude significativa prolonga a aplicabilidade dos institutos jurídicos, orientados pela regência dos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição da República,<sup>301</sup> dentre os quais ressaltamos a proteção à dignidade da pessoa humana e ao postulado da solidariedade (artigo 1º, inciso III e artigo 3º, inciso I), conforme destaca Gustavo Tepedino:

Na experiência brasileira, a passagem do modelo clássico para o modelo contemporâneo da teoria contratual, com o conseqüente surgimento de novos princípios contratuais, tem por referência normativa fundamental a CF de 1988, que consagrou valores da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF), da solidariedade social (artigo 3º, I) e da isonomia substancial (artigo 3º, III).<sup>302</sup>

Esta técnica normativa também é notada por Karl Larenz,<sup>303</sup> que o

---

<sup>300</sup> José Tadeu Neves Xavier elabora seus comentários para tratar dos princípios gerais da função social e da boa-fé (XAVIER, José Tadeu Neves. **A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade**. 2006. 339 folhas. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, p. 167): “Os postulados da função dos contratos e da boa-fé devem atuar como amálgamas sistematizadores da principiologia das relações negociais, garantindo a unidade na diferença e evitando que a tópica inseparável da realidade negocial venha a se tornar elemento de difusão e desacerto dos postulados que dão sustento à teoria dos contratos.”

<sup>301</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo código civil**. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 111. Colacionamos também o escólio de Miguel Reale (REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 27): “Hoje em dia, por múltiplas razões, entre as quais ressaltam as relativas à crescente compreensão da sociedade em termos de comunicação e informação, tendemos cada vez mais a admitir que o progresso do Direito se desenvolve no sentido do predomínio das normas programáticas sobre as desde logo pré-determinadas, com a condenação do totalitarismo normativo. [...] O certo é que a teoria das fontes não pode ser fixada a partir de uma visão retrospectiva baseada em valores de antemão definitivamente assentes – o que leva a privilegiar modelos jurídicos cerrados -, devendo-se, ao contrário, procurar compor uma unidade dialética e sincrônica os imperativos de ordem, de liberdade, da certeza e da segurança, como valores-meio na realização do valor-fim por excelência que é o da Justiça.”

<sup>302</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 7.

<sup>303</sup> “Chamam-se «abstractos» porque são formados de notas distintivas que são desligadas, abstraídas dos objectos em que aparecem e, na sua generalização, são isoladas, separadas, tanto umas das outras como em relação aos objectos a que sempre estão ligadas de um modo determinado. Isto quer dizer: o pensamento abstractor apreende um objecto da experiência sensorial – por exemplo, uma determinada planta, um determinado animal, um determinado edifício – não na plenitude «concreta» de todas as suas partes e das suas particularidades, como todo único, mas só na medida em que nele sobressaem propriedades particulares ou «notas», que considera como gerais, desligadas da sua união com outras e assim, «isoladas». Das notas presentes, isoladas deste modo, formam-se de imediato conceitos que tornam possível subsumir a elas todos aqueles objectos que apresentem todas as notas recolhidas na definição do conceito – qualquer que seja a sua vinculação concreta. Mediante a eliminação de notas

compreendeu como uma forma de administrar as peculiaridades do caso com maior flexibilidade no ato de interpretação da norma jurídica, exigindo grande responsabilidade de quem os aplica, observações que registramos, também, com base nos escritos de Luiz Fernando de Camargo Prudente do Amaral.<sup>304</sup>

No mesmo viés, temos o entendimento de Judith Martins Costa,<sup>305</sup> defendendo que a atribuição de uma função social à propriedade insere-se no movimento de funcionalização dos direitos subjetivos como força motriz da reconstrução de institutos centrais do Direito moderno, propugnando pela imposição de limites e conduzindo ao nascimento de deveres jurídicos positivos.

Mais uma vez, colacionando as ponderações de Judith Martins-Costa, notamos a tendência ao emprego das *multifacetárias* e *multifuncionais* cláusulas gerais, normas que se apegam à técnica da funcionalização de direitos, as quais, inseridas no ordenamento, permite a configuração básica de três modelos lógicos:

a) disposições do tipo restritivo, configurando cláusulas gerais que delimitam ou restringem, em certas situações, o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de regra ou princípio jurídico. É o caso, paradigmático, da restrição operada pela cláusula geral da função social do contrato às regras, contratuais ou legais, que têm sua fonte no princípio da liberdade contratual; b) de tipo regulativo, configurando cláusulas que servem para regular, com base em um princípio, hipótese de fato não casuisticamente prevista na lei, como ocorre com a responsabilidade civil por culpa; c) e, por fim, de tipo extensivo, caso em que servem para ampliar uma determinada regulação jurídica mediante a expressa possibilidade de serem introduzidos, na regulação em causa, princípios e regras próprios de outros textos normativos.<sup>306</sup>

---

particulares podem ser formados conceitos de mais elevado grau de abstracção aos quais se podem subsumir todos aqueles que lhe estão subordinados.” (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 622).

<sup>304</sup> AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente. **Adimplemento substancial: uma forma de segurança jurídica contratual**. 2015. 278 folhas. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 74-79.

<sup>305</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo código civil**. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 145. Ainda: MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. v. 59:19-38. ano 16. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992; MARTINS-COSTA, Judith. **O direito privado como “um sistema em construção” - as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro**. Revista dos Tribunais, 753: 24-48 (1998).

<sup>306</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como “um sistema em construção” – As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. In: **Obrigações e contratos: estrutura e dogmática**. Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin (coordenadores). Revista dos Tribunais. São Paulo: 2011, vol.

A ideia de funcionalização de direitos, na perspectiva de Gustavo Tepedino,<sup>307</sup> vincularia o exercício da liberdade individual aos valores sociais estabelecidos pelo ordenamento, numa relação de implicação dialética e sincrônica referendada, é importante que se diga, por princípios constitucionais.<sup>308</sup>

A consequência da crescente funcionalização de direitos, como observa Luís Cabral de Moncada, consequência da “publicização de toda a vida económica e social, anteriormente só acessível ao direito privado, ficou a dever-se à profundidade e à amplitude da intervenção estadual nos nossos dias.” A consequência deste fenómeno, ainda comentada em suas notas, quanto à orientação da autonomia privada, é que “O modelo jurídico do Estado intervencionista atribui-lhe o papel de árbitro dos interesses privados em presença no terreno económico e social.”<sup>309</sup>

Assumindo como características da pós-modernidade a fragmentação e o pluralismo,<sup>310</sup> a recomendada definição de princípios sistematizadores do Direito Privado é bastante aplaudida. Neste contexto, foi o que aconteceu com as constituições brasileiras de 1934 e 1946, cartas políticas fundamentais, as quais atribuíram destaque as contingências sociais, apoiadas em ideais já referendados pela Constituição Alemã de 1919 - dita de *Weimar* -, instituindo-se “o efetivo condicionamento da utilização da propriedade ao bem-estar coletivo.”<sup>311</sup> Modelo mantido pela Constituição Federal de 1988, a teor de inúmeros dispositivos, dentre os quais o artigo 5º., incisos XXII e XXIII, bem como o artigo 170,

---

I, p. 204. Igual digressão é elaborada por António Menezes Cordeiro (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1185).

<sup>307</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 9.

<sup>308</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectiva estrutural e funcional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. v. 46:7-26. ano 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 20.

<sup>309</sup> Ambas as citações são extraídas da mesma página: MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito económico**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 33.

<sup>310</sup> XAVIER, José Tadeu Neves. **A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade**. 2006. 339 folhas. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, p. 167.

<sup>311</sup> FACHIN, Luiz Edson. Conceituação do direito de propriedade. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. v. 42:48-76. ano 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 59; SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 62-76; CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 323.

destinado ao tratamento da iniciativa econômica.

Funcionalização de direitos repercute nos planos da eficiência e da racionalidade associados ao exercício das faculdades inerentes à propriedade, mas numa perspectiva negativa, portanto, destinada à sua restrição,<sup>312</sup> tanto que se fala em *publicização* ou *socialização* do Direito Privado, como nota Michele Giorgianni.<sup>313</sup>

Nancy Andrichi, do Superior Tribunal de Justiça, enfatiza a importância da busca pela realização material da boa-fé como vetor do ordenamento jurídico, assim se manifestando por ocasião do julgamento do REsp 1124506 (DJe 14/11/2012): “O princípio da boa-fé objetiva não pode atuar contrariamente a quem colaborou para o melhor encaminhamento da relação jurídica de direito material”. Partindo da concepção de que todo o sistema jurídico é fundamentado no cânone da boa-fé como valor fonte, ela, ao proferir seu voto no REsp 1299580 (DJe 25/10/2012), defende que “Não há, em nosso sistema jurídico, norma que possa ser interpretada de modo apartado aos cânones da boa-fé.”

---

<sup>312</sup> Os escritos de Clóvis do Couto e Silva abordam com profundidade o fenômeno do regramento da autonomia da vontade, consoante a eleição de princípios de sistematização do Direito Privado (SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 23-43). Essa tendência constatada dos diplomas constitucionais pós-guerras de sistematização da atividade econômica não escapou da análise de Gustavo Tepedino (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 7): “A partir do longo processo de industrialização que tem curso na primeira metade do século XX, das doutrinas reivindicacionistas e dos movimentos sociais instigados pelas dificuldades econômicas, que realimentavam a intervenção do legislador, verifica-se a introdução, nas Cartas políticas e nas grandes Constituições do pós-guerra, de princípios e normas que estabelecem deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica privada. Assumem as Constituições compromissos a serem levados a cabo pelo legislador ordinário, demarcando os limites da autonomia privada, da propriedade e do controle de bens. A Constituição brasileira de 1946 é um bom exemplo desta tendência.” No mesmo sentido: ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 92-94; BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1997, p. 514; LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Dirigismo contratual**. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. v. 52:64-78. ano 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 67; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito das obrigações e direitos fundamentais: sobre a projeção do princípio da proporcionalidade no direito privado**. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: DelRey. n 1. Janeiro/junho de 2003, p. 524. Já, contrariamente, firmando críticas à funcionalização de direitos, com ênfase na liberdade econômica, são os comentários encontrados nas seguintes obras: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à constituição de 1946**. 3. ed. Tomo V. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960, p. 439; DÓRIA, A. de Sampaio. **Direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 1960, p. 706.

<sup>313</sup> GIORGIANNI, Michele. **O Direito Privado e as suas fronteiras**. In: **Obrigações e contratos: estrutura e dogmática**. Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin (coordenadores.). Revista dos Tribunais. São Paulo: 2011, vol. I, p. 275-303; IRTI, Natalino. **L'età dela decodificazione**. In: **Obrigações e contratos: estrutura e dogmática**. Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin (coordenadores.). Revista dos Tribunais. São Paulo: 2011, vol. I, p. 414.

As impressões de Edson Fachin,<sup>314</sup> atento às mudanças na ordem do Direito privado, tendo em vista a funcionalização de direitos, também nos convocam à reflexão acerca do fenômeno da funcionalização de direitos.

Ao final deste processo, o que temos, é a consolidação de novos postulados de regência das relações contratuais, da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e a da equivalência material, os quais incentivaram a utilização de modelos normativos abertos e flexíveis, denominados cláusulas gerais, notados com muito entusiasmo por Judith Martins Costa,<sup>315</sup> considerados pela autora instrumentos revolucionários ao definirem arquétipos de comportamento mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, o que permite a leitura casuística, dita técnica de regulamentação por *fattispecie*.

Podemos afirmar – em que pese não tenhamos reproduzido amiúde em nosso trabalho os autores que foram consultados e que exploram o tema, porquanto estamos mais preocupados com a leitura da crise do contrato, fruto dos problemas de desconfiança como fenômeno externo à dogmática jurídica, conforme a observação de Cláudia Lima Marques<sup>316</sup> -, as denominadas cláusulas gerais servem aos fins de integração do ordenamento jurídico à sociedade e ao mundo circundante. Trata-se de operação lógica e teleológica defendida referendada por Miguel Reale:

O caráter necessariamente *teleológico* da interpretação jurídica é, pois, um 'consecutivum' da consistência essencialmente teleológica da norma de direito, podendo-se dizer, que, por motivos *inilimináveis de certeza*, a conversão semântica de uma valoração sob forma

---

<sup>314</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 320.

<sup>315</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como "um sistema em construção" - as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, 753: 24-48 (1998). p. 28. Ainda: ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 232 e 237; REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1992. p.253; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Os princípios do atual direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual (Parecer). In: **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 137-147.

<sup>316</sup> MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato. In: **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. Cláudia Lima Marques (coordenação). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 20.

*teleológica circunscreve ou delimita o espectrum axiológico, adequando-o às circunstâncias históricas: a norma jurídica não consagra, por exemplo, o valor da liberdade 'in abstracto', mas nos limites das possibilidades pertinente a cada tipo de conduta, em função de elementos variáveis de lugar e de tempo, segundo critérios prudentes de oportunidade, conveniência, etc. Poder-se-ia afirmar que a exigência de certeza, postulada pela vida do direito restringe a abertura, por assim dizer, do 'diafragma normativo', de conformidade com a intensidade e a natureza dos fachos axiológicos em uma dada situação histórico-social, na medida e em função da ação útil e adequada possível. [...] O 'ordenamento jurídico' é, em suma, a experiência jurídica toda *sub specie normativitatis*, isto é, integrada concretamente em uma unidade orgânica de conexões de sentido e de suas correspondentes formas de comportamento, não sendo o sistema legal senão uma expressão dessa totalidade de sentido.*<sup>317</sup>

Não obstante, no que interessa à leitura da cláusula penal puramente punitiva, reputamos que os esforços direcionados exclusivamente à leitura e compreensão conceitual da funcionalização dos direitos, como fenômeno abstrato, não trará a força necessária à validação de nossa tese. A esperança que depositamos no fenômeno da funcionalização de direitos é que nos remeta, cada vez mais, às especificidades do caso; do contrário, não fugiremos do dogmatismo, agora dependente do Poder Judiciário.<sup>318</sup> O fato do Direito Privado constituir-se de um modelo tripartite, como observa Cláudia Lima Marques,<sup>319</sup> por envolver a orientação das relações firmadas por consumidores, contratantes civis e empresários, é circunstância que não deve escapar à leitura e integração do Direito para a sua regência. Em outras palavras, a diferença entre essas categorias de sujeitos e suas correspondentes qualidades, em nossa opinião, é um forte indício da necessidade de oferecimento de tratamento isonômico aos sujeitos de direitos, somada ao uso gradual dessa tecnologia. A consequência será - também como assinala Cláudia Lima Marques<sup>320</sup> -, que a depender da categoria ocupada pelo contratante, o emprego de cláusulas gerais observará graus diferenciados de

---

<sup>317</sup> REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1992. p. 119.

<sup>318</sup> Veja-se na leitura de Lênio Luiz Streck a preocupação com a deturpação da essência do Direito em razão dos processos hermenêuticos e sua sugestão à rediscussão da teoria das fontes (STRECK, Lênio Luiz. Questionando o ativismo judicial ou "de como necessitamos de uma teoria da decisão". **Revista Jurídica Direito & Paz**. São Paulo: Unisal, ano XVI, n 30, 2014, p. 11-47).

<sup>319</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002**. Aracajú: ESMESE/TJ, n. 7, 2004, p. 34

<sup>320</sup> MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato. In: **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. Cláudia Lima Marques (coordenação). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.21-22.

aplicação, notadamente para conferir aos agentes econômicos, portanto, não vulneráveis, as consequências próprias associadas às suas posturas.<sup>321</sup>

### 7.3. Da procedimentalização de soluções

Willis Santiago Guerra Filho, no que se refere à pós-modernidade,<sup>322</sup> estabelece comentários sobre uma exigência do senso comum relativa à procedimentalização do Direito, pontuando que a tentativa de regulamentação jurídica futura apoiada em legislação criada com base na experiência assinalaria um esforço disfuncional, pois encerraria a percepção das soluções a casos decididos com base em experiências e circunstâncias superadas.<sup>323</sup>

---

<sup>321</sup> BELLANTUONO, Giuseppe. **I contratti incompleti nel diritto e nell'economia**. Padova: Cedam, 2000, p. 9-10.

<sup>322</sup> A expressão pós-modernidade compõe a análise elaborada por ocasião do julgamento do REsp nº 105.130-6 / MG, realizada em 16/10/2008, exercida a relatoria pelo Ministro Herman Benjamin.

<sup>323</sup> Vale a reprodução de seus comentários (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 21): "Um aspecto do direito na pós-modernidade que necessariamente haverá de ser analisado é o de sua crescente procedimentalização. Isso significa que a natureza dos problemas que se colocam para serem resolvidos pela regulamentação jurídica seria de um ineditismo e complexidade tal que o modo principal de resolver problemas jurídicos na modernidade, através da legislação, com suas normas gerais e abstratas, feitas a partir de espécies de fatos ocorridos no passado e para regular toda uma série indeterminada de fatos semelhantes a ocorrerem no futuro, mostra-se disfuncional. Daí a necessidade crescente de se desenvolver a dimensão processual do Direito, em que há normas para permitir, em toda e qualquer hipótese, a aplicação de outras normas para a solução dos problemas jurídicos, ainda que se tenha de lançar mão de normas sem uma referência direta a espécies de fatos, mas sim a valores [...]". Ainda, são os ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz Junior quanto à compreensão dos problemas advindos da pós-modernidade (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008, 326): "O homem hodierno interpela a natureza pela técnica, isto é, provoca-a. Assim, enquanto a técnica na Antiguidade prostrava-se com humildade perante a natureza, a técnica contemporânea força a natureza, ocultando-a, ao manipulá-la. Ora, esse crescimento distorcido da técnica, apartada da virtude enquanto realização da verdade na ação, é que traz para o saber jurídico atual um sério e peculiar problema de fundamentação. Concebendo o direito de forma instrumental, um meio para a realização de um fim (um instrumento de decisão de conflitos), a ciência dogmática do direito acaba por se relacionar a uma finalidade posto no futuro. Contudo, o direito instrumentalizado exige justificação, pois, quanto mais os fins objetivados se distanciam no futuro (os conflitos tornam-se cada vez mais difíceis de ser decididos), tanto mais a justificação perde plausibilidade. Que significa isso? Ao enfrentar as questões de decidibilidade dos conflitos com um mínimo de perturbação social, a dogmática fornece esquemas teóricos (sistemas, interpretações, argumentos) que acabam por atuar como instrumentos de controle social. Ora, tornando-se a própria dogmática jurídica um saber instrumental, sua racionalidade será reconhecida apenas e à medida que for eficaz no atingimento do fim que se propõe alcançar. Quanto mais distante esse fim e mais difuso seu atingimento, tanto maior a exigência de justificação. Quanto maior esta exigência, menos plausíveis parecem os fundamentos. A erosão de tradições culturais em

Conforme se pode depreender, o processo histórico tem provocado alterações no plano do conhecimento com extrema velocidade, gerando, enquanto desdobramento, uma acentuada mudança no plano da consciência jurídica (paradigma da legalidade e paradigma da centralidade do caso) e o questionamento a respeito da capacidade da razão como instrumento destinado à investigação “da essência das coisas.”<sup>324</sup> A tendência à busca de soluções padronizadas denota a presença de segurança jurídica; o problema é que homogeneizar soluções, paradoxalmente, cria insegurança jurídica ao se propor a orientação de relações de naturezas distintas alicerçadas nas mesmas bases.

Pietro Perlingieri ao abordar as inquietudes do civilista contemporâneo, provocadas por diversos fatores - crise da distinção tradicional entre o direito público e o direito privado, entre a técnica e a ideologia, entre o Direito e a política, a rapidez com que se alteram os estilos de vida, a pluralidade de fontes jurídicas e sua complexidade, conclui que:

A aproximação com a ciência jurídica, portanto, não pode deixar de comunicar uma pluralidade de inquietudes e interrogações: se no campo do direito existem conceitos e categorias indiscutíveis; se é desejável uma microanálise separada da inserção de cada instituto em um discurso exaustivo e global, na inteira realidade jurídica e social; se existe um monolitismo metodológico, isto é, um método verdadeiro contraposto àquele falso; se é ainda possível discorrer sobre a ciência sem que esta disponha de uma verificação também na prática; se é útil discorrer sobre o direito sem levar em conta a crise e a lentidão do processo e, portanto, as dificuldades de realização do direito substancial; se é possível, enfim, dissertar sobre o direito civil sem inserir sua problemática no âmbito da organização do Estado e dos serviços sociais.<sup>325</sup>

O que propomos não é a exclusiva valoração econômica do fenômeno obrigacional. Essa hipótese é tratada com reserva por Pietro Perlingieri, sob o argumento de que faltaria credibilidade metodológica dos resultados, pela sua unilateralidade e pela substancial função individualista, materialista e conservadora.

---

nome da prioridade da eficiência técnica gera, assim, uma necessidade crônica de legitimação do direito e do saber jurídico em termos de ordem justa.”

<sup>324</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno. **Revista USP**. São Paulo, n. 42, p. 96-101, junho/agosto 1999, p. 99.

<sup>325</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 03; MONCADA, Luís Cabral de. **Direito econômico**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 19.

Propomos a compreensão de que a análise custo-benefício constituída concretamente pelos contratantes não encontra berço exclusivamente no processo hermenêutico.<sup>326</sup>

Defendemos que, com a cláusula penal, consolidou-se sua compreensão como instituto destinado ao tratamento da responsabilidade civil - como reparação do dano -, numa procedimentalização de seu uso. Mas será possível empregá-la com outros objetivos alheios à finalidade reparatória? A defesa desta possibilidade, em nossa tese, não se restringe à constatação de fundamentos encontrados no ordenamento jurídico, considerado estaticamente. O propósito da tese é simples e se resume à investigação e discussão sobre elementos jurídico-naturais que permitam nosso enfoque no caráter puramente punitivo da cláusula penal, o que parece sejam as noções de troca e sua mensurabilidade ajustadas à noção de eficiência.

No que se refere à eficiência, sua definição como um princípio dirigente de comportamentos no ambiente do Direito Privado é problemática, pois: a) é noção nova e não foi desenvolvida categoricamente na tradição do direito liberal; b) seu tratamento não foi ampliado com a atuação do Estado intervencionista.<sup>327</sup> Em que pese a Lei nº 12.529/2011 (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), em seu artigo 36, §1º e artigo 88, §6º, inciso I, alínea “C”, tenha incorporado a tutela da eficiência como exceção à tipificação de abuso derivados de atos de concentração e ao domínio de mercado, quando o crescimento da empresa se der em resultado de

---

<sup>326</sup> Pondera o autor em tela: “A *economic analysis*, como teoria global do direito conforme a uma racionalidade de mercado, postula que todas as avaliações devam se esgotar no perfil econômico. Não é assim: as soluções jurídicas são adotadas sobretudo com base no consenso político, de forma que os *paneconomismo* é desorientador porque desprovido de parâmetros valorativos próprios do ordenamento jurídico. Não se nega que o emprego de esquemas e critérios microeconômicos seja útil, antes de tudo na elaboração das leis. Todavia, é necessária a consciência de que, a análise custo-benefício contribui para realizar a eficiência, esta sozinha não é capaz de representar a especificidade e a complexidade da ciência jurídica. Portanto, nenhuma postura de exclusão preconceituosa diante da *new law-and-economics literature*, mas nem mesmo uma sua recepção incondicionada e apressada.” (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 106-107).

<sup>327</sup> NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 244.

seus méritos e estratégias de expansão, num processo interno, ao invés de concentrações.<sup>328</sup>

Sopesada como princípio, a eficiência já compõe o repertório dos postulados destinados à compreensão da natureza de comportamentos em mercado. Ainda que não esteja previsto na Constituição Federal, Ana Maria de Oliveira Nusdeo defende que, dada sua vinculação direta ao objetivo constitucional do desenvolvimento nacional, “não será possível resolver a controvérsia através da declaração, pura e simples, da inferioridade da eficiência perante os demais princípios, sendo necessário ao intérprete a verificação de qual o mais adequado àquela situação e aos fins gerais do sistema jurídico.”<sup>329</sup> Já numa perspectiva prática, Ana Maria de Oliveira Nusdeo compreende a importância da eficiência como consequência do crescimento da competição em escala mundial e nacional, fenômeno que evidencia a importância da competitividade em mercados extremamente dinâmicos e que demandam investimentos em produtividade e inovação.

Assim, a pretexto de ajustar a economia às pautas sociais, o que intuimos decorra de esforços pós-modernos tipicamente dirigidos à procedimentalização de soluções, tem-se atribuído, ao Poder Judiciário, o papel de interpretar certas normas propositadamente concebidas como elásticas, gerando alocações de incentivos não dimensionados pelos contratantes.<sup>330</sup> Como

---

<sup>328</sup> “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante. § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo. [...] Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: [...] § 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: [...] I - cumulada ou alternativamente: [...] c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;”

<sup>329</sup> NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 245.

<sup>330</sup> Uinie Caminha e Juliana Cardoso Lima tratam da intervenção estatal como um modelo de alocação de incentivos (CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e Economia para contratos de longo termo. **Revista Direito GV**. São Paulo, v, 19, p. 155-200, jan-jun/2014, p. 160): “O Judiciário, portanto, atua como instrumento de alocação de incentivos e, por isso, influi na economia. Razão pela qual deve estimular comportamentos cooperativos, visando, conseqüentemente, reduzir os custos da transação.”

problematizamos, a incompletude contratual pode ser uma forma eficiente de administração de um mundo imperfeito e inacabado, por permitir aos contratantes “a resposta pragmática a um contexto económico e jurídico eivado de imperfeições e incertezas [...] Em termos de eficiência, dir-se-á que o inacabamento se encara como uma deliberação assente numa ponderação de custos, os custos do contrato completo”.<sup>331</sup>

---

<sup>331</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 151.

## Parte IV – Contribuições da teoria econômica do contrato

### 8. Do contrato como operação econômica

Seguindo os critérios indicados por Rubens Limongi França,<sup>332</sup> bem como empenhados com a comprovação da viabilidade da tese e cientes da grande resistência quanto ao uso de instrumentos repressivos no ordenamento jurídico brasileiro - sobretudo sua associação à cláusula penal, por se tratar de instituto de longa tradição, cujo senso comum o restringe ao panorama das *cláusulas inerentes à responsabilidade*<sup>333</sup> -, destinamos o presente capítulo à investigação de fundamentos positivos (princípios dogmáticos que emanam do sistema) e naturais (poder atribuído aos contratantes) que amparem seu pretendido emprego com escopo puramente repressivo.

Não somos incautos em acreditar que encontremos no ambiente puro da dogmática jurídica e da hermenêutica<sup>334</sup> justificativas que referendem a nossa proposta. Ainda que as novas ordens de mercado exijam de seus atores medidas criativas, dinâmicas e eficientes, será grande a resistência - por não dizer inviável a possibilidade - de nos pautarmos no ditame da autonomia da vontade<sup>335</sup> como supedâneo exclusivo da nossa empreitada, tampouco encontraremos defesas aceitáveis quanto ao uso da cláusula penal puramente punitiva, na impraticável hipótese de reformulação teórica dos postulados da função social do contrato e da

---

<sup>332</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 206.

<sup>333</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro**. 2006. 418 folhas. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 293.

<sup>334</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 440.

<sup>335</sup> Francisco Amaral desenvolve o conceito de autonomia da vontade e autonomia privada, estabelecendo seus traços distintivos (AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 383): “A esfera da liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia de direito de reger-se por suas próprias leis. Autonomia da vontade é, assim, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver, salvo disposição cogente em contrário. E quando nos referimos especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada.”

boa-fé objetiva ou mesmo num esforço discursivo para comprovar que a hipótese defendida se coaduna aos princípios gerais da teoria contratual.

Veja-se, por exemplo, no conjunto de entendimentos colacionados a seguir, que a noção de autonomia da vontade não carrega *per se* a força necessária para embasar a tese de uso da cláusula penal puramente punitiva.

Emílio Betti<sup>336</sup> registrou que a necessidade de constante renovação das posições econômicas e valores sociais existentes é uma regra. Daí a importância de se viabilizar também seu pleno exercício, além de se reconhecer certos direitos como premissas do modelo de composição orgânica, a exemplo do direito de propriedade, com o qual se conecta o de contratar. Ao dissertar acerca da autonomia privada, Betti<sup>337</sup> ressalta que o ordenamento jurídico, antes de protegê-lo com a força da sanção, avalia o exercício do negócio jurídico para extrair a função prática que caracteriza seu tipo, tratando-o de acordo com essa avaliação.

Na opinião de Pietro Perlingieri,<sup>338</sup> definir autonomia privada não é uma operação simples, pois a ideia de ordenamento jurídico é complexa e associada à experiência histórica. O autor, de modo geral, considera-a como o reconhecimento - concedido pelo ordenamento a um indivíduo ou a um grupo - de determinar “vicissitudes jurídicas” como consequência de comportamentos espontaneamente assumidos.

Esse instituto foi tratado idealmente como um dos pilares do valor da liberdade individual e exerceu importante influência no passado. O problema é que hoje não pode ser considerado um valor *per se*, revelando-se indispensável à leitura e contextualização de cada ato jurídico singularmente praticado. São os ensinamentos de Roberto de Ruggiero, que:

E como essa valorização é mutável no tempo e no espaço, mutável e vária é a série das utilidades que em cada ordenamento jurídico são consideradas dignas de tutela e elevadas, assim, a pretensões. De modo geral pode dizer-se que a tutela apenas se aplica àqueles fins

---

<sup>336</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo I, Coimbra: Coimbra Ed., 1969, p. 94.

<sup>337</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo I, Coimbra: Coimbra Ed., 1969, p. 106.

<sup>338</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17.

que satisfazem exigências humanas sérias, a necessidades verdadeiras e reais, como tais reconhecidas pela sociedade juridicamente organizada, e não a qualquer interesse que o indivíduo forje arbitrariamente como fim particular.<sup>339</sup>

Francisco dos Santos Amaral Neto<sup>340</sup> esclarece que a autonomia privada é tema que gravita entre a vontade e a norma e, por tal motivo, formam-se opiniões doutrinárias diversas. Ele registra:

Na consideração de todos esses aspectos, todavia, levantado a fio de continuidade histórica da experiência jurídica focalizada, que viu nascer o conceito de autonomia como expressão do poder jurígeno dos particulares, cristalizado nas estruturas coerentes, unitárias e hierarquizadas da dogmática positivista, deve utilizar-se uma perspectiva funcional própria, na qual o Direito seja produto da experiência jurídica geral (e não de uma classe), livre, inovadora, realística e, acima de tudo, pluralística, na eleição e na concretização normativa de seus valores. Ora, num sistema aberto têm cada vez mais importância as fontes extra legislativas, contrariando-se assim um dos mais caros dogmas do positivismo, a lei como única fonte ou principal do Direito.

Além da grande abertura interpretativa, fruto da valoração do próprio conceito de utilidade, é necessário que sejam consideradas as noções de fontes de direito, para identificação e tratamento do ambiente reservado à autonomia da vontade. Miguel Reale<sup>341</sup> faz considerações a respeito das fontes de Direito, dividindo seus conteúdos em imutáveis (categorias alheias aos efeitos do tempo e não suscetíveis de mudança, por consagrarem valores superiores) ou mutáveis, por dizerem respeito a exigências axiológicas, perenes e factuais tomadas no plano da experiência jurídica concreta. O autor alerta, também, que os imperativos da certeza e segurança demandam um *numerus clausus* de fontes do Direito, aspecto que gera tensão, dada a oposição dialética à ideia da liberdade e expressa a necessidade de uma ordenação jurídica aberta e flexível.

O fundamento da autonomia privada reside imediatamente no princípio da liberdade e mediamente na vontade individual, legitimada pelo

---

<sup>339</sup> RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. vol. I. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1971, p. 183.

<sup>340</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectiva estrutural e funcional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. v. 46:7-26. ano 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 8.

<sup>341</sup> REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 253.

ordenamento jurídico. A liberdade empresta, ao exercício da vontade, a qualificação necessária à recepção e ao tratamento orientado pelo ordenamento jurídico, para constituição e produção dos efeitos relacionados.<sup>342</sup>

A solução proposta não está na discussão do instituto da autonomia da vontade à luz da dogmática jurídica, em nossa opinião, está acomodada em outras perspectivas. A primeira é identificarmos a natureza do grande problema enfrentado pela dogmática contratual contemporânea. Cláudia Lima Marques assevera que é a crise advinda da desconfiança quanto à eficácia dos instrumentos atuais da teoria geral dos contratos, o que exige o desenvolvimento de uma nova dogmática, como esclarece a autora, elegendo-se, exatamente, o princípio da confiança como paradigma:

Essa crise de confiança nos instrumentos atuais da teoria geral dos contratos traz a necessidade de desenvolver uma dogmática nova [...] tese defendida em matéria de contratos, civis, comerciais e de consumo [...] Parece-me, pois que o direito privado do século XXI como um todo deve evoluir para redescobrir o princípio da confiança. [...] Efetivamente, parece-me que a fase atual da pós-modernidade está a necessitar uma resposta de valorização do paradigma da confiança, pois nossos tempos parecem fadados ao aumento dos litígios e da desconfiança entre agentes econômicos (classes e instituições), com reflexos no direito privado.<sup>343</sup>

A segunda perspectiva está associada a desconsideramos o ordenamento jurídico como um sistema apriorístico, cuja dialeticidade “suponha

---

<sup>342</sup> Mesmo abordando a perspectiva do patrimônio à luz do exercício constitucional do direito de propriedade, as decisões seguintes, além das que já foram colacionadas especificamente para a compreensão do caráter preponderantemente reparatório associado à cláusula penal, demonstram com clareza que a liberdade e a autonomia da vontade são institutos com funções construídas mediante um processo simbólico e político: “O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria CR. O acesso a terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade.” (ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 04/04/2002; no mesmo sentido o MS 25.284, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 17/06/2010). Ainda: “O direito de propriedade não se revela absoluto. Está relativizado pela Carta da República – arts. 5º, XXII, XXIII e XXIV, e 184.” (MS 25.284, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 17/06/2010).

<sup>343</sup> MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato. In: **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. Cláudia Lima Marques (coordenação). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 17-86.

viável uma arrogante pretensão de jaez fixista ou de imutabilidade avessa às variáveis naturais industriadas pela evolução.”<sup>344</sup>

Conforme adiantamos, no capítulo destinado à problematização de nossa pesquisa, a noção de riqueza não está radicada, em sociedades desenvolvidas, no exercício da propriedade e no domínio das coisas; nem por isso a importância desses institutos se vê diminuída. No contrato concebido como instrumento fundamental de gestão de recursos são estabelecidas precipuamente as formas de propulsão da economia. No encontro das duas disciplinas, Direito e Economia, teremos mais elementos para compreender este importante instituto, destinado ao encorajamento das trocas.<sup>345</sup> Mas antecipamos, é leitura que nos remeterá preponderantemente à percepção da importância do plano dos fatos como critério dirigente das relações jurídicas, numa avaliação metodologicamente inversa à comumente observada na dogmática jurídica dos contratos, adstritas a modelos lógico-dedutivos.<sup>346</sup>

São abordagens complementares<sup>347</sup> permitindo-nos acomodá-las epistemologicamente à sugestão de Rubens Limongi França, porque relacionam as

---

<sup>344</sup> FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53-54.

<sup>345</sup> ULEN, Thomas S. Um prêmio Nobel para a ciência jurídica: teoria, trabalho empírico e o método científico no estudo do direito. Antônio Maristrello Porto, Patrícia Sampaio, organizadores. **Direito e Economia em dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 29-93; COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 134-145; SOUZA, Washington Peluso Albino. **Lições de direito econômico**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 107-169.

<sup>346</sup> Notamos essa tendência em Pontes de Miranda, pois o autor pondera que quando há o aparecimento de novos tipos contratuais devem ser aferidos nos regimes normativos já existentes quais elementos teriam afinidade com os seus padrões. Tal assertiva gera o risco de constituição de modelos *tertium genus* desapegados do plano dos fatos. São seus os comentários: “Os negócios jurídicos entram em certas classes, mais ou menos rígidas, que são os tipos de negócios jurídicos. Se a prática – a vida, em sua explicitação de exigências econômicas, sociais ou jurídicas – cria tipos novos, esses tipos novos são criações do direito consuetudinário; de modo que à base deles estão regras jurídicas novas, que enriqueceram o seu objetivo. Se a prática – a vida, em suas combinações mais ou menos adequadas aos interesses de alguém, de algum momento, ou de algum comércio – apanha, aqui, o elemento de um tipo e, ali, o de outro, ou outros, criando espécies novas, nenhuma regra jurídica exsurge: o direito permanece tal qual ele é; apenas, em vez de se adotar um só tipo, se lança mão de dois ou mais, em uniões, ou em mistura.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. t. 3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 63).

<sup>347</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 187 e 253; DINIZ, Maria Helena. **Conceito de norma jurídica como problema de essência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 28; DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 157.

dimensões do conhecimento e do poder à luz da justiça e da eficiência. Fernando Araújo observa a importância da leitura interdisciplinar pretendida:

A análise económica do contrato pretende ser complementar da jurídica, fazendo ressaltar o escopo utilitário que preside, quase invariavelmente, à deliberação de contratar, e fazendo recair uma especial atenção nos efeitos geradores de riqueza que podem associar-se àquele acordo de coordenação de condutas, efeitos que o transformam em veículo de consumação e permuta de utilidades. São visões que não se excluem ou desmentem.<sup>348</sup>

Dada a delimitação objetiva da tese, recolhemos contribuições da escola da *Análise Económica do Direito – AED*. Isso, por termos em vista a ênfase da Economia na busca de soluções racionais e eficientes, próximas à ideia que fazemos dos critérios naturais que justificariam o emprego da cláusula penal puramente punitiva como desdobramento do exercício razoável e eficiente da liberdade. Ressaltamos que a adoção de postulados da Economia para a construção de ponderações de juridicidade - como pode ser aferido da rápida apresentação deste capítulo -, visa ao emprego e tutela da racionalidade e eficiência.<sup>349</sup>

A contribuição da análise económica do contrato, segundo relata Fernando Araújo, contempla a ponderação dos custos e dos benefícios advindos da transação com base na identificação da natureza do contrato como elemento facilitador da circulação de riquezas e dos modos de seu governo, minimizando a vulnerabilidade dos contratantes às contingências e riscos. São seus comentários:

Dito de outro modo, nada como a perspectiva económica para captar e evidenciar os elementos de solidariedade e coesão social que se jogam no contrato, mesmo quando pareçam sobrelevar nele puros elementos individuais como os que se jogam na expressão livre da vontade, da autonomia, na divisão do trabalho e na complementaridade, na criação de expectativas e na preservação do ambiente em que essas expectativas podem frutificar num resultado final – elementos de relevância social que procuram minimizar a vulnerabilidade que, para todo o universo de potenciais contratantes, advindos da duração do contrato e da exposição às contingências futuras elementos de gestão de risco e de consolidação do reconhecimento e do respeito mútuos que propiciam genericamente

---

<sup>348</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 11.

<sup>349</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito económico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 26; MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito económico**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 206.

o aumento de eficiência de todos os contratos, incrementando a probabilidade de produção do resultado óptimo na afectação coordenada de recursos: ou seja, o resultado pretendido desde o início por quaisquer duas partes contraentes.<sup>350</sup>

Celso Fernandes Campilongo, ao prefaciar obra destinada ao enfrentamento do tema, observa que é escasso o consenso e grande a dificuldade de aproximação do Direito com a Economia, por considerar a existência de ideologias tradicionais refratárias à adoção de ferramentas mais racionais e que associem a ideia de justiça à de eficiência.<sup>351</sup>

Ana Maria de Oliveira comenta que o deslocamento da teoria do Direito para a investigação de fatores discutidos pela Economia, à luz da eficiência, não escapa a intensas críticas, sendo a mais fundamental o problema de atribuir-se às escolhas eficientes os objetivos e valores definidos socialmente:

Nesse sentido, a análise econômica tende a provocar um deslocamento do centro da Teoria do Direito – então pautado pela busca da justiça – para a persecução de resultados economicamente eficientes. Alega-se ser o conceito de *justiça*, como o de *equidade*, extremamente subjetivo – vale dizer, existem tantos conceitos quanto intérpretes forem ouvidos –, enquanto o de eficiência é objetivo. A justificativa para essa opção é a de que questões relativas a valores e ao redistributivismo deveriam ficar restritas à esfera da política, não cabendo sua análise na aplicação do Direito. Como é evidente, essa abordagem é alvo de intensas críticas, as quais apontam desde a dificuldade de se realizarem efetivamente transações em grande parte das situações, exigindo a imposição de uma solução pelo Direito, até a impossibilidade de contabilização dos custos e benefícios de todos os indivíduos envolvidos numa determinada alocação. A crítica mais fundamental, no entanto, diz respeito à validade da eficiência como objetivo a ser perseguido pela sociedade.<sup>352</sup>

É exatamente isso que pensamos quanto ao uso da cláusula penal puramente punitiva em contratos relacionais. A necessidade de conferir a esse regime jurídico flexível um instrumento de rígido e reforço, associado ao paradigma do dever de confiança, é algo que permitirá aos contratantes administrarem os

---

<sup>350</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 19.

<sup>351</sup> As preleções estão contidas em prefácio prestado à seguinte obra: **Direito e Economia em dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica**. Antônio Maristrello Porto, Patrícia Sampaio, organizadores. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

<sup>352</sup> NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 175.

custos de suas transações. Lembremos que a cláusula penal puramente punitiva não está adstrita à fixação de desdobramentos pecuniários, podendo, também, ajustar-se a padrões de comportamento, a exemplo de obrigações de fazer ou não fazer. Um exemplo, só para reflexão, seria a obrigação de arcar com os custos de nova pesquisa ou perícia, na hipótese de omissão de informações fundamentais num determinado projeto.

A possibilidade de avaliarmos o contrato relacional é interessante, pois suas características, de adaptabilidade e de certa desmaterialização das trocas, demandam que o compreendamos como mecanismo procedimental dependente das rotinas constituídas pelos contratantes e destinadas à conservação do vínculo. É um exemplo jurídico, em nossa opinião, que assinala a presença de elemento natural associado à crise de confiança nos instrumentos judiciais de resolução de conflitos e que justifica o uso da cláusula penal puramente punitiva. Se desprovidos desta liberdade de criar disposições penais destinadas à tutela da confiança, no decurso do vínculo, será grande o risco de sua deterioração.

Neste sentido, lembremos que o conceito de contrato nos remete a uma moldura complexa. Trata-se de construção jurídica que designa um conjunto de princípios e regras ajustadas, de modo sintético, à orientação de relações, interesses e situações econômico-sociais, configurando uma *atividade comunicativa finalisticamente orientada e juridicamente vinculante*.<sup>353</sup>

Sua nota distintiva é a formalização de operações econômicas,<sup>354</sup> consideradas por Judith Martins Costa como "justa causa para circulação de riquezas entre patrimônios, configurando a estrutura jurídica *par excellence* para

---

<sup>353</sup> Nos ensinamentos de Judith Martins Costa (MARTINS-COSTA, Judith. Contratos. Conceito e evolução. In: **Teoria geral dos contratos**. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.). São Paulo: Atlas, 2011, p. 24) encontramos esclarecimentos a respeito do conceito de contrato como forma jurídica e veículo de funções ajustado aos diversos processos de produção, experiência e poder estruturantes das sociedades, observações que constituem os fundamentos de sua assertiva quanto à impossibilidade de atribuir-se ao conceito de contrato uma natureza imutável e ontologicamente apreensível.

<sup>354</sup> A percuciente pesquisa de Milton Flávio de Almeida Camargo Lautenschläger aborda a feição do contrato como instrumento da vida econômica (LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Contornos teóricos do ativismo judicial em matéria contratual**. 449 folhas. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: 2014, p. 234-238).

justificar atribuições patrimoniais.<sup>355</sup>

Na condução conceitual do instituto em apreço, tomamos o caminho sugerido por Enzo Roppo,<sup>356</sup> reconhecida a vocação que deposita neste instituto de servir à instrumentalização de operações econômicas.

Enaltecer a leitura da função econômica do contrato, o qual sempre depende do mundo circundante, numa relação de complementaridade, não significa retirar, de sua abordagem conceitual as propriedades que derivam do acervo técnico-jurídico que lhe dá amparo. Em outras palavras, considerá-lo como instrumento destinado ao tratamento de operações econômicas não quer dizer restringi-lo às implicações desprovidas de qualificação jurídica, porquanto não faria sentido concebermos a existência da ciência jurídica como disciplina adstrita à utilização de postulados próprios da Economia.<sup>357</sup>

Judith Martins Costa compreende que a função do contrato – a de servir à circulação de riqueza - propicia um espaço de encontro entre as disciplinas do Direito e Economia, em que pese não se possa considerar que toda operação econômica seja qualificada de contrato, tampouco que as operações de circulação de riqueza alcancem idênticos desdobramentos em qualquer ordenamento.<sup>358</sup>

O conceito de operação econômica que adotamos é, pois, o substrato real e indispensável do contrato, enquanto o contrato é a formalização

---

<sup>355</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Contratos. Conceito e evolução. In: **Teoria geral dos contratos**. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.). São Paulo: Atlas, 2011, p. 48; GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: 2008, p. 19.

<sup>356</sup> É neste sentido a preleção de Enzo Roppo (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 7): “«Contrato» é um *conceito jurídico*: uma construção da ciência jurídica elaborada (além do mais) com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina jurídica complexa. Mas como acontece com todos os conceitos jurídicos, também o conceito de contrato não pode ser entendido a fundo, na sua essência íntima, se nos limitarmos a considerá-lo numa dimensão exclusivamente jurídica – como se tal constituísse uma realidade autónoma, dotada de autónoma existência nos textos legais e nos livros de direito. Bem pelo contrário, os conceitos jurídicos – e entre estes, em primeiro lugar, o de contrato – reflectem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações económico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental.”

<sup>357</sup> A obra a seguir indicada trata do dever de coerência do fenómeno contratual à ordem solidária que ampara e estrutura o Estado: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 497.

<sup>358</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Contratos. Conceito e evolução. In: **Teoria geral dos contratos**. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.). São Paulo: Atlas, 2011, 51-52.

jurídica da relação fática relevante.<sup>359</sup>

É por isso que, valendo-nos da assertiva de Enzo Roppo, chegamos às seguintes conclusões:

a) que o contrato-conceito jurídico e o direito dos contratos são instrumentais da operação económica, constituem a sua veste formal, e não seriam pensáveis abstraindo dela; b) que, todavia, o contrato-conceito jurídico e o direito dos contratos não são exclusivamente redutíveis à operação económica, mas têm relação a esta uma certa autonomia, que se exprime de vários modos.<sup>360</sup>

Portanto, podemos afirmar que os propósitos instrumentais atribuídos ao contrato aproximam as disciplinas do Direito e da Economia, legitimando o esforço para a construção de uma análise econômica do contrato.<sup>361</sup>

Assim, estabelecidas algumas considerações preparatórias destinadas à definição da natureza do vínculo contratual passemos ao enfrentamento da definição dos *custos da transação*, conceito originariamente produzido pela literatura da disciplina da Economia, agora, em nossa opinião, indispensável também ao Direito.

---

<sup>359</sup> No que se refere ao caráter patrimonial no vínculo jurídico contratual a recomendada avaliação de Maria Helena Diniz ao tratar da tutela jurídica de sua função econômico-social: DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. vol. 3. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31-34.

<sup>360</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 11.

<sup>361</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Contratos. Conceito e evolução. In: **Teoria geral dos contratos**. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.). São Paulo: Atlas, 2011, p. 53. A opinião de Fernando Araújo acerca das convergências e divergências entre a análise econômica e a jurídica são importantes para nossa tese (ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 14-15): “A análise econômica do contrato pretende ser complementar da análise jurídica, fazendo ressaltar o escopo utilitário que preside, quase invariavelmente, à deliberação de contratar, fazendo recair uma especial atenção nos efeitos geradores de riqueza que podem associar-se àquele acordo de coordenação de condutas, efeitos que o transformam em veículo de consumação e permuta de utilidades. São visões que não se excluem nem desmentem [...]. A ausência de constrições dogmáticas explícitas permite adicionalmente à abordagem econômica do contrato divergir da visão jurídica, na medida em que admita nas suas ponderações mesmo aquelas ações e convicções que, não sendo sindicáveis por árbitros nem verificáveis judicialmente, nem por isso deixam de ter um peso efectivo na motivação e no desempenho das partes e no sucesso da relação, manifestando-se como elementos cruciais num mecanismo, num «jogo», que, articulando os interesses contrapostos de dois ou mais indivíduos, envolve uma ou mais situações em que os interesses de uma parte ficam expostos à diligência, ou falta de diligência, de uma contraparte (o paradigma das «relações de agência»), em termos que podem deliberadamente, *estrategicamente*, explorar as insuficiências da tutela jurídica – a qual, privilegiando a ideia de contrato como fonte de obrigações judicialmente exigíveis, uma fonte protegida pela reacção coerciva ao incumprimento dessas obrigações, pode apresentar-se às partes como um balizamento formalista não tanto restritivo como facilmente contornável, um ponto de apoio para as suas investidas estratégicas.”

Dada a certa incomensurabilidade das trocas próprias dos contratos relacionais, como dissemos, “as dificuldades de ajustamento instantâneo diante das mudanças descritivas leva os economistas a afirmarem que, dificilmente, contratos de longo prazo serão completos. As decisões são tomadas com base nas informações disponíveis e no que, razoavelmente, se pode prever em termos de mudanças futuras.”<sup>362</sup>

Basicamente, referimo-nos a dois importantes conceitos, julgados importantes na busca de critérios jurídico-naturais que amparem o emprego da cláusula penal puramente punitiva, conceitos esses que nos remetem ao plano dos fatos e ao encontro entre as disciplinas do Direito e da Economia: a) a incompletude contratual; b) os custos da transação.<sup>363</sup>

### 8.1. Da mobilização e da desmaterialização da riqueza

Como a cláusula penal é partícula acessória e componente das relações contratuais, seguiremos a sugestão proposta por Enzo Roppo de não nos limitar a considerá-la em si, isoladamente. Isso, porque, quanto ao contrato, se é “forçoso analisá-lo nas suas relações com outros institutos privatísticos fundamentais, com o fim de individualizar as suas conexões funcionais com estes e

---

<sup>362</sup> SZTAJN, Rachel. **Contratos incompletos e a atividade empresarial**. Anais do VI congresso internacional de direito da Universidade São Judas Tadeu, maio de 2009, p. 27. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67626>>. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

<sup>363</sup> BELLANTUONO, Giuseppe. **I contratti incompleti nel diritto e nell'economia**. Padova: Cedam, 2000, p. 8; MAIJA, Halonen-Akatwijuka; HART, Oliver. **Short-term, long-term, and continuing-contracts. More is less: why parties may deliberately write incomplete contracts**. April 2013. Disponível em: <[http://scholar.harvard.edu/files/hart/files/more\\_is\\_less\\_april\\_19\\_2013-2\\_copy.pdf?m=1366641264](http://scholar.harvard.edu/files/hart/files/more_is_less_april_19_2013-2_copy.pdf?m=1366641264)>. Acesso em: 10 de agosto de 2015; FEHR, Ernst; ZEHNDER, Christian; OLIVER, Hartigo **Contracts, reference points, and competition-behavioral effects of the fundamental transformation**. May 2009. Disponível em: <[http://scholar.harvard.edu/files/hart/files/contracts2creferencepointsandcompetition\\_2.pdf?m=1360039716](http://scholar.harvard.edu/files/hart/files/contracts2creferencepointsandcompetition_2.pdf?m=1360039716)>. Acesso em: 10 agosto, 2015; JONH, Moore; OLIVER, Hartigo **Incomplete contracts and ownership: some new thoughts**. May 2007. Disponível em: <<http://scholar.harvard.edu/files/hart/files/incompletecontactsandownershippaer.pdf?m=1360039994>>. Acesso em: 15 agosto, 2015; GROSSMAN, Sanford J.; OLIVER, Hartigo **The costs and benefits of ownership: a theory of vertical and lateral integration**. Journal of Political Economy, 1986, vol. 94, nº. 4. Disponível em: <[http://scholar.harvard.edu/files/hart/files/jpe\\_1986a\\_0.pdf?m=1433785329](http://scholar.harvard.edu/files/hart/files/jpe_1986a_0.pdf?m=1433785329)>. Acesso em: 15 de agosto de 2015.

a posição recíproca no sistema, tal como hoje efectivamente se configuram”,<sup>364</sup> com a cláusula penal não seria diferente.

É neste sentido que Enzo Roppo, ao tratar especificamente do *contrato*, propõe sondá-lo em comparação com a *propriedade*. Esclarece o autor que, com o surgimento dos primeiros sistemas codificados, típicos das sociedades de capitalismo nascente, a *propriedade* era considerada a categoria mais importante do Direito Privado, cabendo, ao *contrato*, o papel de instrumentalizar a sua circulação:

[...] a propriedade (entendida prevalentemente como senhorio e poder de uso e abuso sobre bens materiais) era considerada a categoria-chave de todo o processo económico, a verdadeira e única fonte de produção e fruição das utilidades económicas, enquanto ao contrato se assinalava o papel – complementar – de simples meio para a sua circulação, para a transferência daquele senhorio de um sujeito para outro: a única e verdadeira riqueza económica era representada pela propriedade; o contrato não criava riqueza, antes se limitava a transferi-la. Esta concepção das relações entre os dois institutos reflectia, porém, um estágio atrasado do desenvolvimento económico, caracterizado pela prevalência da agricultura sobre a indústria e pelo consequente primado do bem-terra, como o recurso económico de longe o mais importante.<sup>365</sup>

Vê-se que, historicamente, na formação das sociedades capitalistas, ao contrato foi outorgado o propósito delimitado de servir de aparelho destinado ao trânsito da propriedade e sua utilização, entendida como fonte primogênita de riqueza. Esta aceção do contrato no ambiente da cláusula penal auxiliou o processo de consolidação do entendimento da cláusula penal como instrumento voltado à prefixação de indenização orientada pelos conceitos de danos emergentes e lucros cessantes.<sup>366</sup>

A questão é que, com o avanço dos padrões de produção e circulação de bens, a ideia que se tem de riqueza não fica adstrita ao exercício da

---

<sup>364</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 63.

<sup>365</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 63-64.

<sup>366</sup> A avaliação da cláusula penal orientada pelos conceitos de danos emergentes e lucros cessantes prevalece em nossos tribunais: “A abusividade se configura porque só se indenizam prejuízos concretos, ou seja, devidamente demonstrados e quantificados, de maneira que a prefixação de prejuízos configura verdadeiro enriquecimento sem causa, pois é fictícia e potencial.” (TJSP, 12ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº. 1010243-92.2014.8.26.0196, julgada em 15/04/2015).

propriedade e ao domínio das *coisas*, em que pese o pujante papel que exerçam na Economia. Tem-se, agora, a riqueza consubstanciada também em bens imateriais e suas relações, muitas das vezes pautadas em promessas alheias e no correspondente comportamento de outrem. Falamos do contrato como riqueza e instrumento fundamental de gestão de recursos e de propulsão econômica.

É nesse sentido que Enzo Roppo, responsável pela construção das assertivas em apreço, conclui suas avaliações, denominando esse fenômeno de *mobilização e desmaterialização da riqueza*:

Com o progredir do modo de produção capitalista, com o multiplicar-se e complicar-se das relações económicas, abre-se um processo, que poderemos definir como de *mobilização e desmaterialização da riqueza*, a qual tende a subtrair ao direito de propriedade (como poder de gozar e dispor, numa perspectiva estática, das coisas materiais e especialmente dos bens imóveis) a sua supremacia entre os instrumentos de controle e gestão da riqueza. Num sistema capitalista desenvolvido, a riqueza de facto não se identifica apenas com as coisas materiais e com o direito de usá-las; ela consiste também, e sobretudo, em bens imateriais, em relações, em promessas alheias e no correspondente direito ao comportamento de outrem, ou seja, a pretender de outrem algo que não consiste necessariamente numa *res* a possuir em propriedade. [...] Aqui interessa sobretudo salientar que estas formas de riqueza imaterial, as relações e os direitos a que fizemos referência têm, as mais das vezes, a sua fonte num contrato (de licença, de opção, de trabalho, ou então de sociedade ou de transporte no que respeita às acções e ao conhecimento de carga). Raciocinando por analogia, e sob a tenaz sugestão das categorias tradicionais, poder-se-ia certamente dizer que estes «bens imateriais» são assimiláveis, num curto sentido, a «coisas» e que os direitos sobre eles são assimiláveis ao direito de «propriedade». Mas já nesta perspectiva deveria reconhecer-se que, permanecendo embora firmes a posição e o papel proeminentes da propriedade no sistema económico (para o que ocorreu uma profunda revisão do conceito de propriedade), a relação entre propriedade e contrato resulta, em qualquer caso, transformada em profundidade; porque agora o contrato não se limitaria a *transferir* a propriedade, mas até mesmo a *criaria*. [...] Neste sentido, dentro de um sistema capitalista avançado, parece ser *o contrato, e já não a propriedade, o instrumento fundamental de gestão dos recursos e de propulsão da economia.*<sup>367</sup>

O que nos chama a atenção nos escritos de Enzo Roppo é o

---

<sup>367</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 64-66. Ainda, Ian Roderick Macneil comenta esse processo de associação de riquezas à propriedade e às relações (MACNEIL, Ian Roderick. **O novo contrato social: uma análise das relações contratuais modernas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 19).

destaque que dá à tutela dos relacionamentos como riqueza. Parece-nos que a assertiva mencionada não destoa das considerações de Agostinho Alvim<sup>368</sup>, elaboradas ao tratar do conceito de dano em sentido estrito, pois o vincula à noção do patrimônio considerado como o conjunto das relações jurídicas de um sujeito, abordagem que também nos remete à percepção de que as relações são fonte de riqueza.

Nestas rápidas linhas, propomos a possibilidade do uso de cláusula penal puramente punitiva como instrumento para reforçar a obrigação de confiança em contratos relacionais,<sup>369</sup> como consequência do surgimento de novos modelos negociais e alteração das formas de produção e circulação de riquezas, tendo em vista o processo de *mobilização* e *desmaterialização*, que já comentamos.

Nossa pesquisa mostrou existirem categorias de negócios jurídicos cuja causa é a circulação de bens materiais e seu uso, o que os aproxima da ideia de riqueza associada à propriedade. Não poderia ser diferente, dado o papel que desempenham no sistema econômico. Aqui, o controle de proporcionalidade entre a obrigação inadimplida e a indenização prefixada será objetivamente conduzido e, a depender do ambiente de acolhimento do negócio, a participação integrativa do Poder Judiciário será indispensável, conforme expusemos ao tratar da *sociedade de massa*, de seu surgimento e dos contratos desprovidos do exercício da autonomia de vontade pelo aderente, nos termos da impactante classificação adotada por Paulo Luiz Neto Lôbo.<sup>370</sup>

Outras categorias de negócios jurídicos são destinadas à tutela dos

---

<sup>368</sup> ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária Ltda., 1965, p. 170-171.

<sup>369</sup> Lembremos das lições de Ronaldo Porto Macedo ao tratar do dever de confiança como a proibição de exploração das vulnerabilidades dos outros contratantes (MACEDO, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 180): “A confiança pode ser entendida como a expectativa mútua de que, numa troca, nenhuma parte irá explorar a vulnerabilidade da outra. [...] Num mundo de planos abertos de colaboração na produção de bens e serviços altamente especializados, qualquer parte pode impedir o sucesso da outra, sem que para isto possa haver uma proteção contratual segura dentro do paradigma contratual clássico. Para que isto ocorra, basta, por exemplo, que uma parte atraia um colaborador a um projeto comum e posteriormente deixe de dedicar recursos complementares necessários até que os termos do acordo sejam negociados em seu favor. Surge daí a necessidade e importância de se estudar as condições nas quais nasce a confiança [...]”

<sup>370</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. **O contrato: exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 17-23.

deveres de confiança como obrigações principais, consubstanciadas em relações e na promessa de comportamentos de outrem, o que torna o contrato um instrumento de gestão de recursos, uma riqueza considerada *per se*, transformando, em profundidade seus propósitos.<sup>371</sup>

A partir destas observações, direcionamos nossa abordagem ao tratamento de categoria de negócio jurídico marcada por certa incomensurabilidade na equivalência das trocas projetadas para o futuro, embasada mais na confiança e cooperação constituídas entre os contratantes, atributos que nos mostram significativo grau de *mobilização* e *desmaterialização de riqueza*. Assim, tendo em vista a necessidade de delimitar objetivamente nossa tese, trataremos dos denominados contratos relacionais para demonstrar a necessidade de pensarmos em novas formas de garantir a conservação do contrato e de tutelar os valores que o regulam.

Consequentemente, propomos uma releitura conceitual da cláusula penal além daquela de dispositivo sindicado nos limites do prejuízo. Passamos a pensá-la como instrumento focado na preservação do vínculo, sobejamente para reforçar o cumprimento dos deveres de confiança, não se confundindo sua função com o clássico papel atribuído à cláusula penal moratória, destinada à regência do atraso, tampouco à indenização, fruto da violação do conjunto de obrigações avençadas. Vislumbramos, com isso, a possibilidade de sua utilização para instrumentalizar sanções derivadas da inexecução própria dos deveres de confiança e cooperação, grandezas intangíveis e fundamentais à formação e execução de vínculos contratuais relacionais, cujo melhor controle, consideramos, é aquele exercício pelos contratantes, cientes dos riscos e oportunidades do negócio firmado.

---

<sup>371</sup> Pode-se afirmar que o postulado da confiança tem como principal desdobramento o dever de informação: Stinchcombe, Arthur L. **Information and Organizations**. Berkeley: University of California Press, 1990. Disponível em: <<http://ark.cdlib.org/ark:/13030/ft338nb1zq/>>. Acesso em: 15 de março de 2014; CANNON, Joseph P.; GUNDLACH, Gregory T.; ACHROL, Ravi S. Contracts, norms, and plural form governance. **Journal of the Academy of Marketing Science**. SPRING 2000, vol. 28, no. 2180-194. Disponível em: [https://www.unf.edu/~ggundlac/pdfs/pub\\_28.pdf](https://www.unf.edu/~ggundlac/pdfs/pub_28.pdf). Acesso em: 15 de maio de 2014; SABEL, Charles F. **Studied trust: building new forms of cooperation in a volatile economy**. Disponível em: <<http://hum.sagepub.com/content/46/9/1133.full.pdf+html>>. Acesso em: 05 de junho de 2014. DURIF, Fabien. Quatre essais sur l'importance de la théorie du contrat social de Manceil dans le champ du marketing relationnel. Thèse du doctorat. 2008. 309 f. Université du Québec à Montreal. Disponível em: <<http://www.archipel.uqam.ca/2341/1/D1762.pdf>>. Acesso em: 10 de junho de 2014.

O problema é que, apesar das singularidades próprias dessas distintas categorias de negócios jurídicos, no sistema brasileiro haverá a condução universal da cláusula penal consoante sua função consagrada de servir à prefixação de indenização, controlada, inclusive, pela orientação encontrada no artigo 413 do Código Civil. O controle de seu excesso alicerça-se, pois, na compreensão do núcleo da obrigação como algo economicamente tangível, determinado, portanto, quantificável, noção muito próxima à ideia que se tem da propriedade como o principal instituto do Direito Privado. Tal conceito é bastante questionado em sociedades desenvolvidas, em vista da ascensão do contrato como o principal instrumento destinado à propulsão da economia,<sup>372</sup> bem como em razão da compreensão de que “A troca pode ocorrer de inúmeras maneiras que não a troca recíproca mensurável [...]”<sup>373</sup>, conforme observa Ian Macneil.

Em outras palavras, consideramos que os preceitos normativos que compõem o ambiente do Direito Privado, não devam ser aplicados indistintamente na orientação de todas as categorias que compõem o extenso repertório dos negócios jurídicos. Neste sentido, valemo-nos da preocupação demonstrada por Cláudia Lima Marques,<sup>374</sup> de que não criemos um Direito Privado *sui generis*, indistinto às especificidades de cada área tutelada e que ofereça as mesmas respostas às categorias dos contratos puramente civis, aos contratos empresariais e aos contratos de consumo.

Essa forma de administrar as relações negociais representa um risco, pois uma vez configurada a operação contratual, sua orientação deva pautar-se por critérios de racionalidade e eficiência, vislumbrando, no acordo de coordenação de condutas, um mecanismo destinado à permuta de utilidades.

No mais, tendo em conta a unificação dos regimes obrigacionais civis e comerciais, com a substituição da teoria dos atos de comércio pela teoria da

---

<sup>372</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 64-66.

<sup>373</sup> MACNEIL, Ian Roderick. **O novo contrato social: uma análise das relações contratuais modernas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 3.

<sup>374</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002**. Aracajú: ESMESE/TJ, n. 7, 2004, p. 34. No mesmo sentido: TEPEDINO, Gustavo. Código de defesa do consumidor, código civil e complexidade do ordenamento. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. 14, n. 56, out./dez. 2005, p. 9.

empresa, somos de opinião que, naquilo que se refere ao emprego da cláusula penal,<sup>375</sup> a sistematização do Direito das obrigações exige debate. Isso, porque temos observado esforços - tanto doutrinários quanto jurisprudenciais - voltados à identificação de justificativas da participação do Estado-juiz na regência das relações contratuais e o uso indistinto do artigo 413 do Código Civil como norma inderrogável.

Ainda que essa participação seja julgada indispensável em certos segmentos - como o das relações de consumo e do trabalho, assistidas respectivamente pelo CDC e pela CLT -, o instituto da cláusula penal não permite sua aplicação indiscriminada, estranha à natureza da relação jurídica e à qualificação dos sujeitos que a compõem, razão pela qual nossa abordagem não contempla as relações consumeristas.<sup>376</sup> Não faria sentido justificar a validade de cláusulas penais puramente punitivas, haja vista o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e do empregado, exemplos de sujeitos de direito que esperam o recebimento de tratamento isonômico e protetivo.<sup>377</sup>

A releitura que propomos da cláusula penal puramente punitiva é construída com base na importância atribuída ao plano dos fatos, tendo em vista tratar-se de solução eficiente e racional eleita pelos contratantes, no exercício responsável de suas liberdades, por isso o respeito de seus predicados é tão importante, destacadamente o discernimento para a ponderação dos riscos e oportunidades inerentes ao negócio jurídico pretendido.

Buscamos alternativas que ofereçam aos contraentes a possibilidade de fortalecerem preventivamente seus vínculos, como exigência do princípio da conservação dos contratos, criando dispositivos que tutelem os bens

---

<sup>375</sup> ROSENVALD, Nelson. Noções gerais: conceito, estrutura, importância, função e elementos da relação obrigacional. In **Obrigações**. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.). São Paulo: Atlas, 2011.

<sup>376</sup> TEPEDINO, Gustavo. Código de defesa do consumidor, código civil e complexidade do ordenamento. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. 14, n. 56, out./dez. 2005, p. 11; COSTA, Judith Martins. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 3, setembro/dezembro 1992, p. 127-154; NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 3, setembro/dezembro 1992, p. 44-77.

<sup>377</sup> Por ocasião do julgamento do REsp 1.119.740 / RJ, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a cláusula penal, mesmo redigida em benefício apenas de um contratante, deve servir, de modo global, para a regência de todos os interessados relacionados ao contrato.

jurídicos componentes do regime jurídico constituído, com destaque àqueles que não admitam sua simples inclusão em categorias de bens e coisas possíveis de aferição econômica.<sup>378</sup> Queremos, com isso, afastar-nos do postulado sistêmico que identifica a responsabilidade civil como instituto destinado à reparação pecuniária do prejuízo, mediante a associação do conceito de ilícito ao de dano.

A questão é definir a metodologia que ampare a validade do emprego da cláusula puramente punitiva como instrumento destinado à composição justa e eficiente de interesses. Neste sentido, nossa abordagem nos remeterá ao cruzamento de preceitos de racionalidade encontrados na dogmática jurídica e na Economia, disciplinas que se alicerçam em plataformas e instrumentos de análise distintos, em um esforço para que se integrem.<sup>379</sup> Há um distanciamento teórico entre as disciplinas em apreço, mesmo considerando-se estarem pautadas em ângulos complementares de uma mesma realidade, que é a convivência humana. Enquanto economistas vinculam-se às escolhas eficientes e racionais, temos, no Direito, o jurista ordinariamente preocupado com a juridicização de sua decisão.

Com efeito, é na teoria das obrigações e institutos afins, como a cláusula penal punitiva, que encontramos o ramo do Direito que mais se coaduna às exigências da interdisciplinaridade.<sup>380</sup>

---

<sup>378</sup> Sugerimos: COMPARATO, Fábio Konder. Função social do jurista no Brasil contemporâneo. **Revista dos Tribunais**. v. 670, agosto/1991, p. 7.

<sup>379</sup> Para a compreensão dos conceitos de ciência, métodos e princípios de regência, sugerimos: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 10; SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2003, p. 40; KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998, p. 107; POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Editora Cultrix, 1972. A leitura interdisciplinar entre direito e Economia não é novidade e foi tratada nos seguintes trabalhos: POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. Boston: Little, Brown and Company, 1973. Disponível em: <[http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2680&context=law\\_lawreview](http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2680&context=law_lawreview)>. Acesso em: 10 de maio de 2015; HOVENKAMP, Herbert. *Law and economics in the United States: a brief historical survey*. **Cambridge Journal of Economics**, 1995, n. 19, p. 331-352. Disponível em: <http://academic.udayton.edu/Lawecon/Readings/Law%20and%20Economics%20in%20the%20US.pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2015.

<sup>380</sup> Recomendamos: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito e economia: introdução ao movimento law and economics*. **Revista Jurídica da Presidência, Brasília**, v. 7, n. 73, p.01-10, junho/julho, 2005; COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 139-145; SAVATIER, René. **La théorie des obligations. Vision juridique et économique**. 3. ed. Paris: Dalloz, 1974; POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003; ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 201.

Conforme a releitura que sugerimos da cláusula penal, uma elaboração pragmática do contrato levando em conta as disciplinas em análise – Direito e Economia - evitaria equívocos advindos da parametrização de soluções indistintas para os tipos contratuais, suas circunstâncias e singularidades dos contratantes.<sup>381</sup>

Portanto, teremos a desconfiança como um custo da transação, custo esse a ser administrado pelos contratantes nos contratos cujo núcleo permitam-nos incluí-los no conceito de *mobilidade e desmaterialização das riquezas*,<sup>382</sup> por dependerem, sobretudo, da performance dos contratantes e de sua vinculação à consecução de resultados associados à administração de variáveis futuras. Por isso, somos de opinião que, em contratos relacionais, o uso da cláusula penal puramente punitiva, como instrumento de orientação dos riscos do negócio, é importante dispositivo conferido aos contratantes para que, no exercício de suas prerrogativas de liberdade, possam administrar os custos de sua transação, com base na criação de tutelas fundamentadas nos deveres de confiança e cooperação.

## 8.2. Dos custos da transação

Como operação econômica, todo contrato está sujeito aos chamados *custos da transação*. Para Fernando Araújo,<sup>383</sup> esses custos representam os constrangimentos suportados pelos contratantes decorrentes das próprias circunstâncias. O Autor, inclusive, ao tratar da incompletude contratual estrategicamente deliberada - como recurso destinado a conferir à transação flexibilidade suficiente para permitir sua

---

<sup>381</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 27; KIRAT Thierry. *Economie et droit. De l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances ?*. In: **Revue économique**. Vol. 49, n. 4, 1998. p. 1057-1087. Disponível em: [http://www.persee.fr/doc/reco\\_0035-2764\\_1998\\_num\\_49\\_4\\_410031](http://www.persee.fr/doc/reco_0035-2764_1998_num_49_4_410031). Acesso em: 06 de maio de 2013; CHASSAGNON, Virgile. *The law and economics of the modern firm: a new governance structure of power relationships*. **Revue d'économie industrielle**. n. 134. 2011. p. 25-50. Disponível em: < <http://rei.revues.org/4983>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2015.

<sup>382</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 64-66; LORENZETTI, Ricardo Luis. *Esquema de una teoria sistémica del contrato*. In: **Obrigações e contratos: estrutura e dogmática**. Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin (coordenadores.). Revista dos Tribunais. São Paulo: 2011, vol. I, p. 496-497; FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 7. ed. São Paulo: Forense, 2014, p. 20.

<sup>383</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 207.

adaptação a variações -, comenta que a constituição de soluções alternativas pelos contraentes podem diminuir os custos da transação, mormente “os custos da litigância, as demoras do sistema, a margem do erro judiciário.”<sup>384</sup>

Para Thomas Ulen, os *custos da transação* são dimensionados em três perspectivas: a) a primeira, ajustada à procura de sujeitos com os quais se possa tratar; b) a segunda, aos esforços de negociação indispensáveis à eleição das variáveis, riscos e oportunidades associadas às pretensões dos contratantes; c) a terceira, aos instrumentos destinados a assegurar o cumprimento das obrigações avençadas. São suas as palavras:

Os custos de transação são os custos das trocas ou comércio. Uma transação comercial tem três passos. Primeiramente, é preciso localizar um parceiro comercial. [...] Em segundo lugar, uma negociação tem de ser fechada entre os parceiros comerciais. Uma negociação é alcançada por uma negociação bem-sucedida, que pode incluir a redação de um acordo. Em terceiro lugar, depois de se ter alcançado uma negociação, é preciso fazer com que ela seja cumprida. O cumprimento implica monitorar o desempenho das partes e punir violações do acordo. Podemos dar os seguintes nomes às três formas de custos de transação que correspondem a esses três passos de uma transação comercial: (1) custos da busca para a realização do negócio, (2) custos da negociação e (3) custos do cumprimento do que foi negociado.<sup>385</sup>

Deste modo, correlacionamos os custos da transação aos dispêndios havidos desde a escolha do contratante e as negociações perpetradas, até a adoção de medidas de exigência para o cumprimento do regime jurídico firmado, inclusive as submetidas ao Poder Judiciário ou à arbitragem. Em outras palavras: “a busca exige esforço; a negociação toma tempo; a redação requer conhecimento de causa; e fazer com que o contrato seja cumprido exige perseverança.”<sup>386</sup>

Esses elementos também compõem os custos da transação, no que se refere ao contrato relacional, na medida em que se amparam estruturalmente nos deveres de confiança e cooperação. Por conseguinte, a maior ou menor

---

<sup>384</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 350.

<sup>385</sup> ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bokman, 2010, p. 105-112.

<sup>386</sup> ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Direito e Economia**. Tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bokman, 2010, p. 231.

desconfiança terá reflexos no dimensionamento dos custos da transação, pensados em todos os seus instantes, exigindo a adoção de mecanismos destinados a mitigá-los, a exemplo da cláusula penal puramente punitiva.

Cabe mencionar, que a teoria dos custos da transação é contribuição de Ronald Coase e seus estudos publicados em 1937, destinado à investigação dos fatores de produção ajustados à terceirização. Com o seu texto publicado em 1960,<sup>387</sup> intitulado *The problem of social cost*, Coase revisita o tema e sustenta que os custos das transações diminuem na medida em que, gradualmente, os modos de desenlace sociais sejam eficientes. Em conclusão, na hipótese de ausência de custos, as soluções sociais seriam eficientes em qualquer circunstância, afastando-se a necessidade de interferências jurídicas.

Um dos responsáveis pelo desenvolvimento do conceito de custo da transação é Oliver Williamson.<sup>388</sup> Para o autor, os custos das transações estão na sua origem associados a fenômenos de ordens distintas: a limitação da racionalidade; a propensão ao comportamento oportunista.

Neste panorama, pensamos que a desconfiança aumente os custos da transação e exija, dos interessados, maior desvelo quanto à seleção dos contratantes, atenção quanto à construção do modelo obrigacional representativo do negócio e, por fim, maior dedicação no que se refere à definição de dispositivos de garantia sindicados na expectativa de cumprimento das obrigações avençadas. Ou, expresso de outra maneira: se o contrato é o veículo destinado a instrumentalizar as operações econômicas, a desconfiança é aspecto que aumenta seus custos, por conseguinte, exigindo maior atenção e tempo, dos contratantes, para eleição dos dispositivos que representem e cuidem de seus interesses.

---

<sup>387</sup> COASE, Ronald. **The problem of social cost**. *Journal of law and economics*. vol. III, october, 1960. Disponível em: <<http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2015.

<sup>388</sup> WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalismo**. Nova Iorque: A Division of Macmillan, Inc. 1985; TADELIS, Steven; WILLIAMSON, Oliver E. **Transaction cost economics**. University of California, Berkeley, november 2010. Disponível em <[http://faculty.haas.berkeley.edu/stadelis/tce\\_org\\_handbook\\_111410.pdf](http://faculty.haas.berkeley.edu/stadelis/tce_org_handbook_111410.pdf)>. Acesso em: 15 de agosto de 2015; WILLIAMSON, Oliver E. **Transaction cost economics: an introduction**. March 2007. Disponível em: <[http://www.economics-ejournal.org/economics/discussionpapers/2007-3/at\\_download/file](http://www.economics-ejournal.org/economics/discussionpapers/2007-3/at_download/file)>. Acesso em: 15 de agosto de 2015.

Daí nossa defesa do uso da cláusula penal puramente punitiva como instrumento de reforço dos deveres de confiança e cooperação, atenuando-se os esforços empregados para a formalização e execução do negócio jurídico, ainda, mitigando-se atribuídos à demora de julgamento e da margem de erro da decisão.<sup>389</sup>

É interessante mencionar que Joaquim de Paiva Muniz, ao abordar certos institutos de direito contratual e seus efeitos econômicos, em que pese não tenha focado na possibilidade do uso da cláusula penal puramente punitiva, sustenta que a utilização de cláusula penal e suas configurações compensatória e moratória como recurso vocacionado à diminuição de custos da transação:

Em ambas as concepções, a cláusula penal implica, como regra geral, em redução de custos da transação, o que, segundo a doutrina de *law & economics*, gera maior eficiência. A cláusula penal, como meio de pressão contra o devedor, incentiva o cumprimento da obrigação e evita o litígio. E, no caso de inadimplemento contratual, por estar o valor da indenização pré-fixado, diminui-se os custos de transação relativos à cobrança de perdas e danos.<sup>390</sup>

É certo que a compreensão dos custos da transação exige que adotemos o plano dos fatos como pressupostos metodológicos e dirigentes das coordenadas do negócio jurídico.<sup>391</sup> Exatamente aí é que está o maior desafio de nossos tempos, referendado por Cláudia Lima Marques: a crise da confiança.<sup>392</sup>

---

<sup>389</sup> Dois autores são sugeridos nesse plano: o primeiro, já colacionado em nossas construções, é o argentino Ricardo Luis Lorenzetti (LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de una teoría sistémica del contrato. In: **Obrigações e contratos: estrutura e dogmática**. v. I. FACHIN, Luiz Edson, TEPEDINO, Gustavo (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 475-507), que administra o conceito de troca de informações como um dos elementos que compõem o risco contratual, aspecto que demandaria a elaboração de um cálculo para o seu dimensionamento, pautado, notadamente, em critérios de racionalidade. Fala, ainda, da desmaterialização do objeto em contratos relacionais, mais dependentes, portanto, da sua orientação como vínculo processual e dependente da cooperação entre os contraentes. O segundo ao qual também nos reportamos é o português Fernando Araújo (ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 208), que trata do conceito de custos da transação e propõe, para sua administração, que os contratos sejam compreendidos como instrumentos rígidos, naquilo que se refere às garantias instituídas e, ao mesmo tempo, flexíveis, conferindo aos contratantes o necessário espaço para acomodação de suas análises e expectativas, resguardado o vínculo da predação oportunista, unilateral ou bilateral.

<sup>390</sup> MUNIZ, Joaquim de Paiva. Considerações sobre certos institutos de direito contratual e seus potenciais efeitos econômicos. In: **Obrigações e contratos: estrutura e dogmática**. vol. III. FACHIN, Luiz Edson, TEPEDINO, Gustavo (coords.). Revista dos Tribunais. São Paulo: 2011, p. 217-236.

<sup>391</sup> Ao prefaciar a obra de Ian R. Macneil, Ronaldo Porto Macedo observa: "Para Macneil, o elemento essencial da teoria contratual relacional (ou teoria contratual essencial, como ele veio a posteriormente denominar) reside na crença de que a análise dos contratos (*transactions*) deve

Fernando Araújo observa que, dentre o quadro complexo de custos numa transação, é a informação – ou sua falta – que criam o maior campo de ineficiências:

A nosso ver a principal fonte de ineficiências das transações é a assimetria de distribuição de informações entre as partes envolvidas nas trocas – uma assimetria de resto inteiramente explicável e justificável pela decisão económica inicial de que as trocas são a última consequência – a decisão de especializar a produção, de dividir o trabalho, e concomitantemente de dividir a informação. Quanto se chega ao momento das trocas é preciso, contudo, recobrar alguma informação, e isso implica custos: custos que se reportam à informação sobre preços e qualidade de produtos e factores de produção, sobre potenciais compradores e vendedores, sobre disposições de pagar e de aceitar preços; custos de negociação e de monitorização ex ante e ex post da contraparte; custos de cumprimento e de reacção ao incumprimento; custos de protecção da relatividade contratual face aos riscos de interferência lesiva da parte de terceiros.<sup>393</sup>

Considerados os fundamentos dos custos da transação, dentre os quais a racionalidade limitada dos contratantes, é fundamental para a preservação do vínculo contratual, especialmente em negócios caracterizados por certa incomensurabilidade em suas trocas, a adoção de mecanismos de salvaguarda rígidos e que representem, quanto ao dever de confiança, formas eficientes de gestão de comportamentos. Essa medida, do mesmo modo, evitará outros custos associados à orientação do vínculo contratual por terceiros, não raras vezes colocados em posição de *inobservabilidade*.<sup>394</sup>

---

sempre começar com a análise de seu contexto. Reconhecer que o contrato é indissociável de seu contexto, ou que 'no princípio era a sociedade', pode parecer uma banalidade. Contudo, conforme argumenta Macneil, uma banalidade frequentemente esquecida ou omitida pela nossa representação dominante no mundo jurídico, especialmente nas construções doutrinárias." (MACNEIL, Ian Roderick. **O novo contrato social: uma análise das relações contratuais modernas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. XXXI).

<sup>392</sup> Em seu texto, Cláudia Lima Marques defende a utilização das cláusulas gerais em graus de intensidade diferentes no direito privado tripartite, para assistir, com isonomia, os deveres de confiança e sua projeção nas categorias do direito puramente civil, do direito empresarial e direito do consumidor (MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato. In: **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. Cláudia Lima Marques (coordenação). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 17-86).

<sup>393</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 199.

<sup>394</sup> *Inobservabilidade*, conforme a abordagem de Fernando Araújo é a qualidade de desconhecimento quanto aos critérios que orientaram a leitura dos riscos e oportunidades da transação pelos contratantes. Vejamos: "o problema do acabamento contratual pode ser complicado pela circunstância de o julgador considerar incompleto um contrato que as partes tinham considerado

### 8.3. Da incompletude dos contratos relacionais

Relativamente à categoria de contrato relacional - dada certa incomensurabilidade de seus objetos e sua dependência do comportamento futuro dos contratantes, bem como sua dependência na condução de planejamentos flexíveis com caráter processual -, a incompletude representa uma forma vantajosa de administrá-lo.<sup>395</sup>

São recentes os estudos destinados à leitura da incompletude contratual como tema específico e, conforme destaca Giuseppe, persistem as dúvidas quanto à noção de incompletude:

La compatibilità tra dibattito giuridico ed economico deve essere verificata anche sul versante della nozione di incompletezza dei contratti. La letteratura economica propone approcci diversificati al problema e no sembra esservi accordo su cosa debba interdarsi per contratti incompleti o sulle conseguenze che la loro esistenza comporta per il funzionamento dei mercati. È necessario pertanto precisare quale nozione di incompletezza è accolta dall'analisi economica del diritto o, più chiaramente, quali delle cause di incompletezza individuate dalla teoria economica sono rilevanti per la scelta delle regole contrattuali.<sup>396</sup>

A respeito do conceito de incompletude contratual, vejamos o que nos apresenta Fernando Araújo:

---

completo [...] e essa é uma razão adicional para se procurar alguma fixação de critérios pela teoria – sejam os factores de ponderação dos custos da transação que recomendam a limitação das negociações e a eventual opção por alternativas de mercado [...] Impõe-se aqui uma advertência similar àquela que é habitualmente formulada acerca da apreciação judicial de decisões empresariais – e que é a de que nem todas as decisões num contrato são sindicáveis, porque muitas delas resultam de decisões económicas – de investimento, de oportunidade, e outras – que escapam totalmente à perspectiva jurídica [...]” (ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 169).

<sup>395</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de una teoría sistemica del contrato. In: **Obrigações e contratos: estrutura e dogmática**. vol. I. FACHIN, Luiz Edson, TEPEDINO, Gustavo (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 496-497; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos, teoria geral e contratos em espécie**. vol. 4. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 313-314; ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Direito e Economia**. Tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bokman, 2010, p. 237.

<sup>396</sup> Livre tradução: “A compatibilidade entre o debate jurídico e económico também deverá ser marcada no lado da noção de contratos incompletos. A literatura económica sugere diferentes abordagens para o problema e não parece haver acordo sobre o que deveria entender-se por contratos incompletos ou as consequências que a sua existência significa para o funcionamento dos mercados. É necessário ser explicitada qual noção de incompletude é recebida a partir da análise económica do direito ou, mais claramente, tal como as causas de incompletude identificadas pela teoria económica são relevantes para a escolha das regras contratuais.” (BELLANTUONO, Giuseppe. **I contratti incompleti nel diritto e nell'economia**. Padova: Cedam, 2000, p. 58).

[...] é frequente verificar-se que a negociação dos contratos nem sempre revela um adequado nível de previsão e de explicitação de todos os aspectos que uma estipulação mais completa poderia abarcar [...] Por contraste, um contrato mais completo, quiçá mesmo um contrato contextualmente completo (vamos ver se a expressão faz sentido), seria aquele que especificaria as obrigações para cada uma das partes em cada uma das contingências que podem afectar a onerosidade de um contrato. Mas na busca de um contrato mais completo, o esforço das partes pode <<esbarrar>> com a necessidade de uma peculiar ponderação custo-benefício: valerá a pena continuar a negociar e a estipular, se porventura para lá de certo limite se torna difícil estabelecer deveres suplementares de forma eficaz – ou seja, obrigações que ainda sejam supervisionáveis pela contraparte ou sindicáveis por um terceiro?<sup>397</sup>

Os custos da transação<sup>398</sup> podem ser aferidos em todos os estágios da relação negocial, desde a escolha de parceiros até a redação do contrato,<sup>399</sup> inclusive as diligências destinadas ao cumprimento das obrigações avençadas. Quanto mais exata for a elaboração dos contratos e seu clausulado - tencionando-se prever detalhadamente os riscos que pretende abranger -, maior será o seu custo e menor a flexibilidade, não raras vezes estratégica para que o regime obrigacional possa se ajustar às contingências, dentre estas, a necessidade de renegociação.<sup>400</sup>

No que diz respeito à sua natureza, o inacabamento contratual pode ser: a) *deliberado* ou *estratégico*, quando os contratantes instituem formas de administração de variáveis e contingências a serem exploradas; b) *estrutural*, em razão da relação contratual duradoura e da margem de incerteza que a acompanha

---

<sup>397</sup> BELLANTUONO, Giuseppe. **I contratti incompleti nel diritto e nell'economia**. Padova: Cedam, 2000, p. 148; SZTAJN, Rachel. **Sociedades e contratos incompletos**. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 101, p. 171-179, jan. 2006. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67703>>. Acesso em: 10 de outubro de 2015; SZTAJN, Rachel. **A incompletude do contrato de sociedade**. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 99, p. 283-302, jan. 2004. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67626>>. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

<sup>398</sup> WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism**. Nova Iorque: A Division of Macmillan, Inc. 1985; TADELIS, Steven; WILLIAMSON, Oliver E. **Transaction cost economics**. University of California, Berkeley, november 2010. Disponível em <[http://faculty.haas.berkeley.edu/stadelis/tce\\_org\\_handbook\\_111410.pdf](http://faculty.haas.berkeley.edu/stadelis/tce_org_handbook_111410.pdf)>. Acesso em: 15 de agosto de 2015; WILLIAMSON, Oliver E. **Transaction cost economics: an introduction**. March 2007. Disponível em: <[http://www.economics-ejournal.org/economics/discussionpapers/2007-3/at\\_download/file](http://www.economics-ejournal.org/economics/discussionpapers/2007-3/at_download/file)>. Acesso em: 15 de agosto de 2015; FARÈS, M'Hand, SAUSSIER, Stéphane. **Coûts de transaction et contrats incomplets**. *Revue française d'économie*. Année 2002, vol. 16, n. 3, p. 193-230.

<sup>399</sup> Giuseppe Bellantuono trata da assimetria informativa – condição diferenciada derivada de informações não partilhadas -, sobretudo na fase pré-contratual, como fator que aumenta os custos da transação BELLANTUONO, Giuseppe. **I contratti incompleti nel diritto e nell'economia**. Padova: Cedam, 2000, p. 65).

<sup>400</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 149.

“e que seria fisicamente impossível ou economicamente impraticável tentar resolver (aquilo que o próprio Direito acaba por reconhecer, ao admitir, para todos os contratos, independentemente do respectivo grau de acabamento, situações de alteração das circunstâncias e de impossibilidade superveniente”.<sup>401</sup>

Dada a hipótese do incabamento contratual como critério de eficiência e racionalidade, consideramos a possibilidade de que a preocupação e esforço exacerbado dos contratantes em traçar com precisão o núcleo da obrigação e definir todas as possíveis causas de oscilação suportadas pelo modelo negocial resultem em acréscimos aos *custos da transação*.<sup>402</sup>

Devemos fazer uma distinção entre o conceito de incompletude em apreço e aquele tratado pelos artigos 478 e 479 do Código Civil, os quais operaram, consoante os ensinamentos de Maria Helena Diniz, a revivescência da *rebus sic stantibus*. O escopo do instituto em comento é a orientação do lucro desarrazoado para a outra parte, situação advinda de fenômenos não administrados pelo interesse e desconhecidos dos contraentes. Reproduzimos excerto da obra da autora:

Assim, a onerosidade excessiva, oriunda de evento extraordinário e imprevisível, que dificulta extremamente o adimplemento da obrigação de uma das partes, é motivo de resolução contratual, por se considerar subentendida a cláusula *rebus sic stantibus*, que corresponde à fórmula de que, nos contratos de trato sucessivo ou a

---

<sup>401</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. p. 156.

<sup>402</sup> Para Uinie Caminha e Juliana Cardoso Lima “Os custos de transação condicionam as escolhas das partes. Por existirem, os contratos que se prolongam no tempo não podem ser completos, pois além de ser muito oneroso estipular todas as contingências futuras, existem fatores de elevação dos custos de difícil estipulação. Por isso, para compreender a teoria econômica do contrato incompleto, é necessário conhecer a teoria dos custos da transação e, conseqüentemente, adentra no exame dos fatores relativos à racionalidade limitada e à conduta oportunista das partes, bem como analisar os pontos relacionados com as incertezas dos contratos de longo termo, a duração e complexidade do negócio e, por fim, os investimentos em ativos específicos presentes em contratos do tipo.” (CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e Economia para contratos de longo termo. **Revista Direito GV**. São Paulo, v, 19, p. 155-200, jan-jun/2014, p. 161-162). Vale colacionarmos a abordagem de Fernando Araújo acerca dos custos da transação: “a «Teoria dos Custos de Transação» sustenta que o contrato é susceptível de, com algumas ajudas e emendas, se transformar num veículo de colaboração estável entre as partes, um «ordenamento privado», um misto de: - rigidez que sustenta a confiança e habilita as partes a procederem a «investimento de confiança» e a tornarem-se reféns da relação; - de flexibilidade que deixa às partes a amplitude para moldarem as reacções às circunstâncias supervenientes, eventualmente renegociando. Só como esta nota fica já claro, cremos, o quanto é importante, para a «Teoria dos Custos da Transação», resgatar o contrato da predação oportunista, unilateral ou bilateral, através do estabelecimento de salvaguardas fortes”. (ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 208).

termo, o vínculo obrigatório ficará subordinado, a todo tempo, ao estado de fato vigente à época de sua estipulação.<sup>403</sup>

Como pode ser observado, a incompletude contratual se dá para orientar o comportamento dos contratantes, eleitas certas condições para a compreensão de quais e exatas situações se integrariam a este quadro. Logo, a intenção não é manter as *coisas como estão*, a teor do regime jurídico obrigacional originalmente instituído.

Uma das vantagens enxergadas neste sistema é que os contratantes podem balizar os padrões de comportamentos para a resolução de contingências de acordo com critérios além dos jurídicos, os quais são definidos socialmente, em um fenômeno que Fernando Araújo denomina hetero-disciplina. Essa forma é particularmente interessante quando envolve, por parte do contratante, algum custo ajustado à sua reputação (o custo à reputação também se insere no conceito maior de custo da transação, sendo um desdobramento social associado à inexecução oportunista da obrigação avençada).<sup>404</sup>

A incompletude gera a necessidade de rediscussão das balizas que receberam esse tratamento, o que pode ser feito pelos contratantes ou por terceiros, seja ele um juiz ou árbitro. Existe um risco de que o terceiro julgador não tenha informações suficientes, tipificando uma assimetria informativa e implicando a

---

<sup>403</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 183-184. A respeito da onerosidade excessiva e seus pressupostos: REsp 1.479.420 / SP, julgado em 1º/09/2015; REsp 1.321.614 / SP, julgado em 16/12/2014; REsp 1.339.097 / SP, julgado em 3/2/2015; REsp 866.414 / GO, julgado em 20/6/2013; REsp 945.166 / GO, julgado em 28/2/2012; REsp 1.055.822-RJ, julgado em 24/5/2011.

<sup>404</sup> O padrão de controle promovido pela hetero-disciplina se dá quando as estipulações contratuais podem se alicerçar numa espontaneidade de acatamento de deveres, especialmente observada quando os contratantes associarem à inexecução do contrato perdas à sua reputação. No que se refere ao capital de reputação, vejamos: "Em termos gerais, dir-se-á que num puro contexto de autodisciplina o cumprimento é racionalmente assegurado sempre que o ganho imediato do não-cumprimento pontual das obrigações contratuais for inferior ao valor do <capital de reputação> (o valor – descontado – dos ganhos futuros que se perderão em consequência da reacção ao incumprimento) ou ao valor do acatamento espontâneo das normas sociais; assim, a autodisciplina será tanto mais vantajosa e alcançável (por comparação com o recurso à hetero-disciplina jurídica) quanto mais elevado for o <capital de reputação> que estiver em jogo, quanto mais credível for a ameaça de encerramento estratégico da relação contratual e quanto mais forte for a convicção de obrigatoriedade que as partes associam às normas sociais. [...] Na presença de elevados <capitais de reputação>, é assim concebível que o contrato incompleto seja o desejável <ponto inicial> de partes que se reservem para um momento posterior o pleno desenvolvimento dos incentivos da autodisciplina" (ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 152).

possibilidade de se desviar daqueles elementos originalmente ponderados pelos contratantes. Daí que, talvez aconteça de se confundir inverificabilidade com inobservabilidade (expressões usadas por Araújo). Enquanto a inverificabilidade diz respeito à orientação de comportamentos futuros condicionados à ocorrência de certos eventos definidos pelos contratantes, a inobservabilidade está mais ajustada à ineficiência do clausulado.<sup>405</sup> Por isso, de modo deliberado e estratégico, a incompletude contratual afastará o risco da assimetria informativa de terceiro:

[...] por mais completo e minucioso que seja o clausulado, o cumprimento das obrigações contratuais está sempre, em última instância, sujeito a uma avaliação subjetiva e falível de parte a parte, gerando-se um potencial de conflito de interpretação que, na melhor das hipóteses, será resolvido em tempo útil por uma instância adjudicadora também ela ferida de inerradicável subjetividade nas suas apreciações e critérios (por mais constrictoras que sejam as balizas normativas).<sup>406</sup>

Entretanto, certas ponderações resultantes de escolhas econômicas pelos contraentes, como, por exemplo, os custos da transação, não são sindicáveis a terceiros. Estes custos podem ser o tempo demandado para a elaboração de um clausulado próximo de um modelo completo, a margem de erro em eventual julgamento de terceiro ou, ainda, a perspectiva das oportunidades advindas da relação, como a inauguração de novas parcerias. Essa é, na opinião de Fernando Araújo, uma das maiores justificativas para a validade desse regime jurídico contratual:

[...] nem todas as decisões num contrato são sindicáveis, porque muitas delas resultam de decisões económicas – de investimento, de oportunidade, e outras – que escapam totalmente à perspectiva jurídica [...]<sup>407</sup>

Para os juristas, o contrato incompleto é aquele desprovido de orientação sobre certos aspectos da relação jurídica firmada. Já para os

---

<sup>405</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 152; FARÈS, M'Hand, SAUSSIÈRE, Stéphane. **Coûts de transaction et contrats incomplets**. Revue française d'économie. Année 2002, vol. 16, n. 3, p. 198.

<sup>406</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 173;

<sup>407</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 177-178.

economistas, a incompletude diz respeito ao não estabelecimento de ações e ganhos associados às possíveis situações enfrentadas pelos contratantes.<sup>408</sup>

Fernando Araújo nos dá a seguinte contribuição:

[...] o conceito de inacabamento contratual tem conotações bem distintas para o Direito e para a Economia. Em termos jurídicos trata-se geralmente de um *mal*, a insuficiente especificação das obrigações emergentes do contrato, com tendência a repercutir em níveis socialmente indesejáveis de litigiosidade e de litigância. O sentido econômico engloba naturalmente esse sentido jurídico, acrescentando-lhe ao menos dois outros: - o do inacabamento *deliberado* ou estratégico (aquele que honestamente visa alcançar um nível ótimo de completamento ou aquele que maliciosamente visa deixar interstícios no clausulado para serem explorados *ex post*) – também por vezes designado como inacabamento contratual <<endógeno>>; - o do inacabamento *estrutural*, ou seja, aquela margem inerradicável de incerteza que sempre acompanha as relações contratuais não-instantâneas, e que seria fisicamente impossível ou economicamente impraticável tentar resolver (aquilo que o próprio Direito acaba por reconhecer ao admitir para todos os contratos, independentemente do respectivo grau de acabamento, situação de alteração das circunstâncias e de impossibilidade superveniente).<sup>409</sup>

Segundo uma avaliação econômica dos contratos, uma incompletude os cerca, pois os contratantes, encerrados em seus modelos de racionalidades limitadas e dirigidos por posturas oportunistas, nem sempre possuirão os dados necessários à tomada de decisão que represente a melhor orientação às variáveis constatadas no caso. Em sentido diametralmente oposto, os

---

<sup>408</sup> CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e Economia para contratos de longo termo. **Revista Direito GV**. São Paulo, v, 19, p. 155-200, jan-jun/2014, p. 169; BELLANTUONO, Giuseppe. **I contratti incompleti nel diritto e nell'economia**. Padova: Cedam, 2000, p. 62; BATTIGALLI, Pierpaolo; MAGGI, Giovanni. **International agreements on product standards: an incomplete-contracting theory**. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w9533.pdf>>. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

<sup>409</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 156. A esse propósito há também os comentários de Rachel Sztajn, que observa, na incompletude econômica, uma preocupação com a incapacidade do contrato de lidar com a alteração das circunstâncias posteriores à formação dos negócios, subtraindo, dos contratantes, a possibilidade de administrarem os custos e oportunidades da transação; por outro lado, na jurídica o que se busca é a gestão de métodos supletivos de eventuais lacunas, como o emprego de princípios gerais de direito e analogia, ou normas abertas e cláusulas gerais. O problema é compreendermos, como pondera a autora, que muitas vezes a incompletude pode decorrer da expressa deliberação dos contratantes, destinada à manutenção de certa flexibilidade, incentivando negociações futuras e facilitando as oportunas decisões, em relação a cada evento, tornando mais eficientes as alocações de recursos (SZTAJN, Rachel. **Supply chain e incompletude contratual**. Disponível em: <<http://www.revistasystemas.com.br/index.php/systemas/article/viewArticle/10>>. Acesso em: 10 de outubro de 2015).

contratos denominados completos seriam aqueles nos quais os contratantes teriam a ampla administração dos riscos e variáveis responsáveis por causar interferências no regime constituído.<sup>410</sup> Quanto à redação das cláusulas, observa Giuseppe Bellantuono que só serão redigidas se o custo necessário à obtenção das informações para sua redação forem inferiores ao benefício que proporcionará:

Esiste una relazione diretta fra la complessità del contratto e la complessità delle informazioni rilevanti. Le parti aggiungeranno una clausola relativa ad una determinata circostanza solo se il costo della sua redazione è inferiore ai benefici attestati.<sup>411</sup>

Como o equilíbrio econômico entre as obrigações que compõem o regime jurídico obrigacional vincula-se a um complexo sistema de eventos, não é impossível verificar-se que, a se manter o regime inaugural, um ganho dimensionado originalmente poderá resultar em perda efetiva. Isso, porque, não raras vezes, as mudanças sentidas em mercado desequilibram as operações econômicas outrora tidas como justas. Esse quadro deve ser especialmente investigado quando a incompletude disser respeito à definição de renegociação, em certas circunstâncias. Em tal hipótese, o compartilhamento de informações será fundamental com o fim de evitar ganhos oportunistas decorrentes da exposição do outro à vulnerabilidade associada à assimetria informativa.

Vê-se que o direcionamento do vínculo negocial, quanto mais ajustado à ponderação dos riscos e oportunidades que pretende abarcar, tornará o contrato mais dispendioso e detalhado e o fará perder sua flexibilidade, ou seja, sua aptidão para acomodar oscilações advindas da economia e dos movimentos dos mercados explorados pelos contratantes.<sup>412</sup> Diante de tal situação, não é difícil

---

<sup>410</sup> Fernando Araújo chega a comentar que uma das contribuições mais originais e férteis da análise econômica para a teoria do contrato é a denominada *Incomplete-Contract Theory*, por discorrer “sobre as vantagens do <<contrato incompleto>> e a ponderação dos seus inúmeros corolários, entre eles a colocação do instrumento contratual numa posição intermediária entre, por um lado, o recurso ao mercado e ao seu mecanismo de puros incentivos, e por outro lado o recurso a soluções integradas, com os seus mecanismos de comando e de dissipação do risco [...]” (ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 149).

<sup>411</sup> Livre tradução: “Existe uma relação direta entre a complexidade do contrato e da complexidade da informação relevante. As partes irão adicionar uma cláusula relativa a uma determinada situação apenas se o custo de sua preparação for menor e comprove os benefícios atestados.” (BELLANTUONO, Giuseppe. **I contratti incompleti nel diritto e nell'economia**. Padova: Cedam, 2000, p. 69).

<sup>412</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 149.

imaginar que a escolha da cláusula penal indenizatória como instrumento de reforço, em contratos incompletos, poderia gerar uma oportunidade para que o contratante inadimplente preferisse não executar a obrigação, assumindo as consequências, isto é, as perdas e danos prefixados, em montante inferior ao prejuízo efetivo, mormente quando prevista contratualmente a possibilidade de cobrança de reparação ulterior, como prescreve o art. 416, parágrafo único do Código Civil.

Por esse motivo, pensamos que a cláusula penal puramente punitiva pode representar - em contratos incompletos -, a possibilidade de se conferir, ao regime jurídico, a flexibilidade desejada para a acomodação e tratamento de variáveis não identificadas e integradas ao regime jurídico negocial. Isso, sem o prejuízo da segurança jurídica inspirada pela obrigação de cumprimento do dever de confiança, fundamental à preservação do vínculo e à igualitária distribuição de informações, a fim de que os contratantes possam realocar os riscos e oportunidades.

Rachel Sztajn, por isso observa que, caso seja conferida a incompletude ao regime jurídico, existe a possibilidade de que o contrato seja tratado de modo flexível, como adoção estratégica e destinada à regência do porvir:

A opção pela incompletude ou pela flexibilidade é parte da adoção de estratégias de cooperação fundamentais para a execução de programas negociais desenhados nos contratos. Das observações acima conclui-se que não são eficientes a intervenção de terceiros relativamente ao cumprimento do contrato, a fixação de valor para a composição de danos causados pelo inadimplemento porque, para o terceiro, o estado da natureza relevante não é observável.<sup>413</sup>

Nos contratos relacionais, os modelos de ajuste e troca são sopesados no curso do desempenho ou cumprimento contratual, o que resulta na compreensão do lucro mais como resultado da cooperação, do que de uma barganha.<sup>414</sup> Por isso, fica sem sentido pensarmos na cláusula penal com o fim de

---

<sup>413</sup> SZTAJN, Rachel. **Contratos incompletos e a atividade empresarial**. Anais do VI congresso internacional de direito da Universidade São Judas Tadeu, maio de 2009, p. 27. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67626>>. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

<sup>414</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de una teoria sistémica del contrato. In: **Obrigações e contratos: estrutura e dogmática**. Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin (coordenadores.). Revista dos Tribunais. São Paulo: 2011, vol. I, p. 496-497; ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Direito e Economia**. Tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bokman,

usá-la exclusivamente para prefixação de danos. Não é raro, nesses modelos de negócios estudados, que os contratantes sequer tenham a projeção do retorno econômico propiciado por sua relação, quebrando-se, na hipótese, a força e segurança jurídica inspiradas pelos artigos 413 e 416, parágrafo único do Código Civil, para regência universal da matéria.

Vale mencionar, conforme preleção de Nelson Rosenvald,<sup>415</sup> o regime jurídico obrigacional presente nos contratos é dirigido à coordenação preponderante dos seguintes fatores: 1) a comunicação entre os contratantes; 2) a possível incomensurabilidade na equivalência das trocas projetadas para o futuro; 3) a ausência de termo final definido; 4) a flexibilidade em relação ao planejamento da administração das obrigações; 5) a acentuada cooperação entre os contratantes; 6) a diferença de poder entre os contratantes, o que demanda a instituição de mecanismos compensatórios; 7) a autodisciplina das formas de solução de conflitos. Por isso, não é possível aproveitarmos critérios de racionalidade próprios de outros modelos obrigacionais, compostos a partir da noção clássica de proporcionalidade material entre as trocas. Nos modelos obrigacionais relacionais não é raro, a depender do estágio do vínculo, que os contratantes sequer tenham critérios definidos de retorno; suas especulações são mais pautadas nos deveres de cooperação do que em qualquer outro.

Porém, não se diga que a cláusula penal teria, aqui, o papel de prefixação da indenização. Pelo contrário, consideramos válida a hipótese de violação em alguma dimensão desse dever de cooperar, o que terá, como consequência, a aplicação de sanção punitiva, persistindo todo o regime jurídico obrigacional e sendo permitida, também, a cumulação com perdas e danos.

Complementando, Ronaldo Porto Macedo comenta que, ao contrário dos contratos descontínuos, os contratos de longa duração contemplam: a) em primeiro

---

2010, p. 237; ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 61; MACNEIL, Ian Roderick. **O novo contrato social: uma análise das relações contratuais modernas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p 10; BELLANTUONO, Giuseppe. **I Contratti incompleti nel diritto e nell'economia**. Padova: CEDAM, 2000, p. 66.

<sup>415</sup> A classificação é adotada no seguinte trabalho: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie*. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 315.

lugar, a impossibilidade de especificação exata em termos de preço, quantidade, qualidade e entrega, dada sua mutabilidade constante; b) em segundo lugar, as contínuas mudanças no mercado tornam impossível prever todos os ajustes para orientação futura das contingências; c) em terceiro lugar, a eleição de mecanismos de cooperação interorganizacional e o incentivo à troca de informações. Diante desse quadro, a divisão de lucros passa a ser menos o produto da barganha entre os contratantes e mais o produto da cooperação mútua.<sup>416</sup>

Macedo, trabalhando a teoria de Ian Macneil, entende que cooperar é “associar-se com outro para benefício mútuo”; o que significa dizer - acrescentando-se à definição sua dimensão negativa -, que cooperar é “associar-se com outro para benefício mútuo ou para divisão mútua dos ónus”, aferindo, portanto, o elemento da mutualidade.<sup>417</sup>

Essa mutualidade é levada ao plano substancial do negócio jurídico para integrar a composição equilibrada das trocas. Neste aspecto, vislumbramos que a cláusula penal puramente punitiva trará proteção ao regime de mutualidade encontrado no negócio jurídico eleito pelas partes destacadamente nos contratos relacionais; sem prejuízo, portanto, dos contratantes de também concordarem quanto às consequências da inexecução da obrigação, no plano da fixação de indenização incidente nessa hipótese.

Com efeito, defendemos que a cláusula penal puramente punitiva em contratos relacionais atenderia especialmente ao bem jurídico mutualidade e confiança. Constituiria, pois, um critério repressivo para o contratante que deixasse de cumprir as estipulações contratuais, ao mesmo tempo em que poderia instituir não só alguma fixação de sanção de caráter pecuniário, como também a modulação

---

<sup>416</sup> MACEDO, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 130; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 832, fev/2005, p. 122-123.

<sup>417</sup> MACEDO, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 172. Neste sentido, por exemplo, no vazamento de informações sigilosas, consideramos que a cláusula penal poderia dispor a respeito da obrigação do contratante responsável de arcar com os custos para mitigar os danos derivados, como implicação direta da inexecução de sua obrigação.

de obrigação de fazer ou não fazer.

Deste modo, pode ser estratégico tratar o contrato como incompleto, submetendo os contratantes a dispositivos que reforcem as obrigações, especialmente o dever de confiança, cujo maior desdobramento é a obrigação de informar, fundamental para o enfrentamento de contingências e a eleição de melhores posturas. Fernando Araújo define, então, a necessidade de salvaguardas fortes e que evitem posturas e ganhos oportunistas, “tanto mais fortes quanto mais as apontadas fragilidades cognitivas das partes e de terceiros abram oportunidades para aquela predação.”<sup>418</sup>

#### 8.4. Da assimetria informativa como custo da transação

La presenza di informazione privata, inaccessibile ad uno o ad entrambi i contraenti, consente di ricorrere al comportamento strategico e rappresenta un ostacolo all realizzazione di scambi efficienti.

Giussepe Bellantuono<sup>419</sup>

A formalização de negócio jurídico é precedida de fase destinada à avaliação dos riscos e oportunidades associados. Para que o negócio se aproxime da melhor escolha possível, todas as informações demandadas para essas ponderações devem ser trocadas. Nem sempre essa premissa é respeitada, quer em razão de comportamentos oportunistas, quer pela impossibilidade dos contratantes administrarem todos esses elementos. A dificuldade ou a impossibilidade de se obter informações necessárias à melhor compreensão do negócio pretendido e seus efeitos pode gerar, na linguagem econômica, uma assimetria.

---

<sup>418</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 208.

<sup>419</sup> Livre tradução: “A presença de informações privadas, acessíveis a uma ou ambas as partes, permite o recurso ao comportamento estratégico e é um obstáculo para a implementação eficiente do intercâmbio.” (BELLANTUONO, Giuseppe. **I contratti incompleti nel diritto e nell'economia**. Padova: Cedam, 2000, p. 49).

É exatamente para a administração da assimetria informativa, que pensamos na cláusula penal puramente punitiva, cujo papel ganhará destaque nos contratos relacionais, ou de longa duração, dada a incompletude que lhe é inerente, por dizer respeito a situações futuras. Como mencionado, a perspectiva que propomos é o uso de convenção inibitória, com consequência repressiva, destinada à orientação dos deveres de confiança, melhor representados pela obrigação de informar, mesmo em caráter supletivo. Do mesmo modo, reiteramos que a pena não será necessariamente pecuniária, pois é admissível pensarmos em outras formas de sanção ajustadas às obrigações de fazer, orientadas, também, pelo dever de mitigação de prejuízos associados à violação do dever de confiança, cujo núcleo se compõe das obrigações de troca de informações e da não-exposição das vulnerabilidades. O dever de confiança é instrumental para a consecução dos objetivos engendrados,<sup>420</sup> mas, pelas especificidades do negócio constituído, seu valor pode aumentar, tornando-se indispensável à própria celebração do vínculo jurídico.<sup>421</sup>

---

<sup>420</sup> O dever de confiança também é tratado nas seguintes obras: LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 421-422; NERY JUNIOR, Nelson. **Reserva mental (na teoria do negócio jurídico)**. 1982. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 18 e 22; PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Coimbra: Edições Almedina AS, 2005, p. 142.

<sup>421</sup> Ronaldo Porto Macedo ensina que (MACEDO, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 179.): “Diversos estudos desenvolvidos pela literatura denominada neo-institucionalista ou econômico-sociológica têm enfatizado a importância das relações de confiança na formação das novas estruturas e redes de produção econômica. Tais estruturas baseadas em “networks”, clãs e complexos econômicos interligados são cada vez mais dependentes de relações de confiança entre os seus agentes. A confiança, neste sentido, vai se tornando um elemento produtivo mais importante, em especial dentro de uma estrutura pós-fordista de produção, ou de especialização flexível. Cabe precisar o sentido que se atribui ao conceito de confiança. O conceito de solidariedade envolve a ideia de confiança (“trust”), mas com ela não se confunde. A confiança pode ser entendida como a expectativa mútua de que, numa troca, nenhuma parte irá explorar a vulnerabilidade da outra. Neste sentido, a confiança envolve a ideia de não-exploração, não implicando, contudo, a ideia de corresponsabilidade pelos ônus e vantagens, essencial para a definição de solidariedade. A confiança constitui, pois, um dos elementos do conceito de solidariedade. Num mundo de planos abertos de colaboração na produção de bens e serviços altamente especializados, qualquer parte pode impedir o sucesso da outra, sem que para isto possa haver uma proteção contratual segura dentro do paradigma contratual clássico. Para que isso ocorra, basta, por exemplo, que uma parte atraia um colaborador a um projeto comum e posteriormente deixe de dedicar os recursos complementares necessários até que os termos do acordo sejam negociados em seu favor. Surge daí a necessidade e importância de se estudar as condições nas quais nasce a confiança (“trust”) e as alternativas ao pensamento microeconômico neoclássico subjacente ao pensamento contratual neoclássico.”

A teoria de Joseph E. Stiglitz<sup>422</sup> a respeito da assimetria informativa pondera que as informações recebidas pelos agentes de mercado não têm precisão quanto ao delineamento da efetiva realidade dos fenômenos econômicos e suas grandezas. Por consequência, a compreensão desta limitação espraia-se em toda a cadeia de produção e circulação de riquezas, gerando ações tendentes a mitigar os efeitos da desinformação.

Para Fernando Araújo, a necessidade de interrupção da procura de informações também pode derivar dos custos associados a esse processo. O autor ainda observa que a assimetria informativa pode ser administrada contratualmente, podendo-se fixar obrigação que determine o oferecimento de informação suplementar associada à renegociação. O autor ainda defende que a assimetria informativa é um custo de transação que diminui a eficácia dos incentivos que comporiam os interesses e condutas dos contratantes.<sup>423</sup> Cabe mencionar que os custos de transação poderão sofrer variações, dependendo das características do mercado explorado pelos contratantes. Sob essa ótica, vejamos o conceito de mercado segundo Ana Maria Nusdeo:

A definição de mercado relevante liga-se intrinsecamente à análise da configuração do poder de mercado, na medida em que o elemento chave na delimitação do mercado seja a reação de concorrentes e consumidores ao aumento ou redução dos preços de um dos agentes. O poder de mercado, por sua vez, é definido a partir da capacidade de aumentar substancialmente os preços de seus produtos de modo a maximizar seus lucros, por um certo período de tempo. [...]<sup>424</sup>

Afirma a autora que a noção de poder<sup>425</sup> é que qualifica os mercados, os quais ela assim classifica: a) *mercados perfeitamente competitivos*, tendo por principal característica “a existência de um grande número de produtores e de compradores, todos eles pequenos com relação ao todo e, assim, incapazes de afetar,

---

<sup>422</sup> STIGLITZ, Joseph E. The contributions of the economics of information to twentieth century. **The Quarterly Journal of Economics**, vol. 115, n. 4, nov./2000, p. 1441-1478. Ainda: ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 281-285.

<sup>423</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 283.

<sup>424</sup> NUSDEO, Ana Maria. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle de concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 28.

<sup>425</sup> Ronaldo Porto Macedo analisa a questão dos poderes das partes em contratos relacionais e comenta que envolvem necessariamente mudanças no equilíbrio de poder, aspecto que raramente é previsto em contratos descontínuos (MACEDO, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 197).

a partir de suas decisões individuais, o preço do bem ou serviço e a conduta dos outros concorrentes”;<sup>426</sup> b) *mercados imperfeitos competitivos*, “nos quais os produtores conseguem diferenciar seu produto daqueles oferecidos pelos seus concorrentes, de modo a cativar consumidores. [...] A diferenciação de produtos e a criação de uma rede de clientes e consumidores cativos atribuem ao produtor um poder de mercado superior àquele que desfrutaria se seus produtos competissem mais efetivamente com seus concorrentes”;<sup>427</sup> c) *mercados oligopolizados*, “caracterizado pelo número reduzido de participantes [...] coexistindo com concorrentes bem menores, sem condições de allear as condições de mercado”;<sup>428</sup> d) *mercados monopolizados*, caracterizado “pela existência de uma única empresa apta a satisfazer a demanda do mercado por determinado produto, sem a ameaça de entrada no mercado de qualquer outro agente para concorrer com o monopolista.”<sup>429</sup>

Todo esse quadro é muito interessante, porque nos impõe a reflexão quanto à eficácia de cláusula penal puramente punitiva para tutelar o dever de confiança, portanto, demandando que os contratantes compartilhem todas as informações estratégicas e não se aproveitem das vulnerabilidades do outro. São questões que transcendem a noção enraizada da responsabilidade civil atrelada ao ilícito e a medida do dano. O controle de ilicitude, aqui preventivo, dada a natureza da cláusula penal puramente punitiva, permitirá a salvaguarda forte da confiança, inspirando segurança quanto às outras disposições flexíveis, próprias das relações duradouras e associadas a incompletudes deliberadas ou estruturais.<sup>430</sup>

Para concluir a leitura da assimetria informativa como custo da transação, deve ser considerado que a grandeza dela variará de acordo com o mercado explorado e, em nossa opinião, os contratantes são os que têm condições de sopesá-la, constituindo rígidas disposições contratuais para tutelá-la.

---

<sup>426</sup> NUSDEO, Ana Maria. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle de concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 32.

<sup>427</sup> NUSDEO, Ana Maria. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle de concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34.

<sup>428</sup> NUSDEO, Ana Maria. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle de concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 35.

<sup>429</sup> NUSDEO, Ana Maria. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle de concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 38.

<sup>430</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 156.

## 9. Do dano e da punição

Instituído o vínculo jurídico negocial, compete aos contratantes cumprir as obrigações avençadas. Tal circunstância é tratada como um dos modos de extinção das obrigações, lembrando que, conforme a opinião de João de Matos Antunes Varela:

Antes, porém, de ser uma causa de extinção do vínculo obrigacional, o cumprimento é a actuação do meio juridicamente predisposto para a satisfação do interesse do credor. [...] Ao mesmo tempo que realiza o cumprimento devido (acção ou omissão a que o devedor se encontra adstrito; prestação debitória), sendo nesse sentido um meio de liberação do devedor, o cumprimento assegura, em princípio, a satisfação do interesse do credor. Assim sucede, mesmo quanto à obrigação de meios, quando a prestação não permita alcançar o resultado final almejado pelo titular do crédito. Nas obrigações de resultado, o cumprimento envolve já a produção do efeito a que tende a prestação ou do seu sucedâneo, havendo assim perfeito coincidência entre a realização da prestação debitória e a plena satisfação do interesse do credor.<sup>431</sup>

A satisfação do interesse do credor é que orienta o comportamento do devedor. Logo, ao bipartimos a obrigação em seus distintos capítulos, débito e responsabilidade,<sup>432</sup> sua inexecução sujeitará o inadimplente à responsabilidade patrimonial, dimensionada de acordo com a extensão dos danos provocados ao bem jurídico atingido.<sup>433</sup>

---

<sup>431</sup> VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. vol. II. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 9-10; COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 1037-1055; ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 375.

<sup>432</sup> ROSENVALD, Nelson. Noções gerais: conceito, estrutura, importância, função e elementos da relação obrigacional. In **Obrigações**. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.). São Paulo: Atlas, 2011, p. 34. No mesmo sentido, as contribuições de Sérgio Cavalieri Filho (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 2-3): “Devemos a Alois Brinz essa importante distinção entre obrigação e responsabilidade, o primeiro a visualizar dois momentos distintos na relação obrigacional: o do débito (*Schuld*), consistente na obrigação de realizar prestação e dependente de ação ou omissão do devedor; e o da responsabilidade (*Haftung*), na qual se faculta ao credor atacar e executar o patrimônio do devedor a fim de obter a correspondente indenização pelos prejuízos causados em virtude do descumprimento originária.”

<sup>433</sup> Quanto às várias espécies de danos: AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 560.

Ordinariamente, conforme observa Nelson Rosenvald,<sup>434</sup> “a responsabilidade patrimonial não atua apenas na função de garantia contra o eventual inadimplemento do dever obrigacional, detendo ainda um caráter coercitivo, pois constrange o devedor a satisfazer voluntariamente a prestação.”

Contudo, isso não quer dizer que a indenização fixada excederá os limites do prejuízo provocado, pois, como adverte Giovanni Ettore Nanni, “a satisfação do dano sofrido não se circunscreve a uma indenização, mas envolve, se possível, a reposição natural, como se a lesão não tivesse ocorrido, ou a indenização, mediante pagamento em dinheiro de uma soma como forma compensatória do prejuízo.”<sup>435</sup>

Essa é, inclusive, a orientação encontrada nos artigos 944 e 947 do Código Civil,<sup>436</sup> os quais, ainda que não se insiram no capítulo destinado ao tratamento da cláusula penal, não podem ser descartados para a compreensão do tratamento sistêmico conferido à indenização e ao dano.<sup>437</sup>

Quanto à definição dos danos, Giovanni Ettore Nanni faz a seguinte contribuição:

Logo, o dano deve ser observado em toda a sua extensão, com o fito de obter-se a cabal satisfação da lesão experimentada em virtude da

---

<sup>434</sup> ROSENVALD, Nelson. Noções gerais – conceitos, estrutura, importância, função e elementos da relação obrigacional. In **Obrigações**. Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni, coordenadores. São Paulo: Atlas, 2011, p. 35.

<sup>435</sup> NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 359.

<sup>436</sup> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. “; “ Art. 947. Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente.”

<sup>437</sup> A seguinte decisão agrega o fundamento da restituição integral para o controle da cláusula penal, reforçando que a noção de dano implica limitação quanto ao exercício contratual de prefixar a indenização: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. REDUÇÃO DE CLÁUSULA PENAL. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS DE ADVOGADO. A responsabilização tem por finalidade precípua o estabelecimento do equilíbrio violado pelo dado. O princípio que sustenta a responsabilidade civil contemporânea é o da *restitutio in integrum*, isto é, da reposição do prejudicado ao *status quo ante*. Nesse sentido, a responsabilidade civil possui dupla função na esfera jurídica do prejudicado, a saber: manutenção da segurança jurídica e sanção civil de natureza compensatória. Para caracterização da responsabilidade civil subjetiva, devem coexistir os elementos da conduta, dano, culpa e nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Inexistindo quaisquer desses elementos, não há falar em dever de reparação.” (TJDF; Apelação Cível n. 20050110847946 DF, Relatora: Ana Maria Duarte Amarante Brito; data de julgamento: 13/02/2008, 6ª Turma Cível).

conduta contrária ao direito praticada pelo ofensor, reintegrando-se todos os prejuízos que o lesado sofreu em função da ação danosa, sejam os danos concreta e diretamente experimentados e aqueles projetados para o futuro, os quais, sem o ato ilícito, não se consumariam.<sup>438</sup>

Cabe também comentar que, em geral, as imputações próprias da responsabilidade civil são desprovidas de acréscimos atrelados ao grau de culpabilidade e reprovação da conduta do agente. Fosse possível, tal acréscimo revelaria caráter punitivo. A questão é que essa hipótese não é permitida em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista o princípio geral que veda o enriquecimento sem causa, agora expressamente tratado no artigo 884 do Código Civil.<sup>439</sup>

Nas lições de José de Aguiar Dias já se lia que:

O interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil. Seu fundamento deveria, pois, ser investigado em função daquele interesse, que sugere, antes de tudo, o princípio da prevenção, sem excluir, naturalmente, outros princípios que o completam.<sup>440</sup>

É tamanha a importância da noção de dano para a sistematização do Direito, que Paulo Mota Pinto<sup>441</sup> sustenta ser impossível que se compreenda a

---

<sup>438</sup> NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 361.

<sup>439</sup> Neste sentido as decisões do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no Ag 850273 / BA, julgado em 03/08/2010; REsp 401.358 / PB, julgado em 05/03/2009; REsp 210.101 / PR, julgado em 20/11/2008; REsp 913.131 / BA.

<sup>440</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. vol. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 51.

<sup>441</sup> É o seu escólio (PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. vol. I. Coimbra: Almedina, 2008, p. 540): “O problema do conceito geral de dano – por exemplo, como prejuízo ou desvantagem relevante para o Direito – está, porém, na sua manifesta insuficiência operativa (podendo, embora servir para fins expositivos), sendo que tal operatividade prática exigiria a possibilidade de determinação do que é tal desvantagem e de qual o critério da relevância jurídica. A lei, por sua vez, não fornece verdadeiramente uma definição de dano ou de prejuízo, e talvez nem o devesse fazer. Não é missão do legislador resolver controvérsias definitórias, apenas se compreendendo uma definição de um conceito na medida em que, pela sua função, estivesse destinada a integrar outras disposições da lei, daí resultando, pois, indirectamente um valor normativo, enquanto elemento delimitador de partes da norma (seja de hipótese, seja de estatuição). Quando muito, poderia defender-se que, a propósito das obrigações de indemnização, o legislador civil, nas normas dos arts. 562.º e 566.º, n.º 2, que delimitam o objetivo da indemnização e a medida da indemnização em dinheiro, pressuporia (ou remeteria indirectamente para) uma noção, não apenas do dano ressarcível (objecto da obrigação de indemnização), mas também do próprio dano em si mesmo. Não parece, pois, que possa retirar-se destas disposições – designadamente, do art. 566.º, n.º 2 – uma verdadeira noção de dano.”

função da responsabilidade civil sem que haja uma unificação de entendimento desse conceito. Sua análise, elaborada a partir do Código Civil português,<sup>442</sup> não permitiu que se aferisse, com precisão, o papel dos objetivos da indenização, bem como as medidas da indenização e, finalmente, o que seria o dano ressarcível e o objeto da obrigação de indenização. Ao desenvolver seu raciocínio, o autor chega a questionar se a noção e causa do dano implicaria mais uma realidade fática ou natural, impondo-se à consideração jurídica, por força da natureza das coisas ou se, pelo contrário, viria como desdobramento das estruturas lógicas do Direito, a elas se conformando.<sup>443</sup> A escolha de Paulo Mota Pinto é pela segunda concepção:

Seja como for quanto à exacta resposta que deva ser dada a este problema, a nossa preferência vai, no domínio do dano, claramente para a segunda concepção referida: o prejuízo, mesmo que possa ser afirmado como realidade natural, anterior (ou exterior) ao Direito, e que arranque em regra sua verificação, só interessa enquanto juridicamente relevante, e é a ordem jurídica que conforma e molda decisivamente o dano relevante, se não seu “núcleo essencial”, pelo menos quanto aos seus limites (assim se compreendendo, por exemplo, que o Direito possa ficcionar a realização de certas despesas ou gastos pelo lesado, por exemplo, como reparação da coisa a que, por opção, acabou por não proceder).<sup>444</sup>

Dirigindo nossa leitura para a cláusula penal e sua natureza, o senso comum a considera dispositivo único e bifuncional, com função ambivalente, que orienta tanto ao reforço da obrigação quanto à prefixação da indenização. Esse modelo nos remete aos limites ditados pela extensão do prejuízo.<sup>445</sup>

---

<sup>442</sup> São reproduzidos a seguir aos artigos do Código Civil português mencionados pelo autor: “Artigo 562. Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.”; “Artigo 566, nº. 2: Sem prejuízo do preceituado noutras disposições, a indemnização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos.”

<sup>443</sup> PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. vol. I. Coimbra: Almedina, 2008, p. 544.

<sup>444</sup> PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. vol. I. Coimbra: Almedina, 2008, p. 545.

<sup>445</sup> Colaciona-se a decisão: “APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS DE DEVEDOR - CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE FERTILIZANTES - DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL - CLÁUSULA PENAL - VALOR EXCESSIVO - REDUÇÃO DA MULTA PELO JUIZ - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 413 DO CC - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - REPARTIÇÃO PROPORCIONAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 21 DO CPC. Inexistindo provas do real prejuízo alegado pela apelante, bem como a incidência de juros de mora e correção monetária sobre o valor

Tem-se, ademais, que a força diretiva e cogente do art. 413 do Código Civil,<sup>446</sup> concebida sua natureza de preceito de ordem pública,<sup>447</sup> não permitirá aos contratantes que afastem a possibilidade de eventual e necessária redução equitativa. A relevância da matéria justifica a reprodução de alguns enunciados das Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal:

- a) Enunciado nº. 355 (aprovado na IV Jornada de Direito Civil): “Art. 413: 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.”;
- b) Enunciado nº. 356 (aprovado na IV Jornada de Direito Civil): “Art. 413: Nas hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício”;
- c) Enunciado nº. 358 (aprovado na IV Jornada de Direito Civil): “Art. 413: O caráter manifestamente excessivo do valor da cláusula penal não se confunde com a alteração das circunstâncias, a excessiva onerosidade e a frustração do fim do negócio jurídico, que podem incidir autonomamente e possibilitar sua revisão para mais ou para menos”;
- d) Enunciado nº. 359 (aprovado na IV Jornada de Direito Civil): “Art. 413: A redação do art. 413 do Código Civil não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido”.

Paulo Mota Pinto<sup>448</sup> comenta que a finalidade primária vinculada à

---

da dívida, impõe-se reconhecer a excessividade do *quantum* fixado na cláusula penal, devendo ser este reduzido, com fulcro no art. 413 do CC. Os ônus sucumbenciais devem ser repartidos proporcionalmente entre ambas as partes, posto que foram vencedoras e vencidas.” (TJMG; AC n. 10569090173778002, Relator: Arnaldo Maciel, Data de Julgamento: 17/12/2013, 18ª Câmara Cível; data de publicação: 19/12/2013).

<sup>446</sup> “Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.”

<sup>447</sup> Maria Helena Diniz analisa a natureza da norma contida no art. 413 do Código Civil (DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 410): “Apesar de prevalecer em nosso direito o princípio da imutabilidade da cláusula penal, por importar em pré-avaliação das perdas e danos, esta poderá ser alterada, equitativamente, pelo magistrado (*RT*, 420:220 e 489:60) quando: a) o valor de sua cominação exceder o do contrato principal (CC, art. 412) ou for manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio; e b) houver cumprimento parcial da obrigação, hipótese em que se terá redução equitativa da pena estipulada para o caso de mora ou de inadimplemento.”

<sup>448</sup> PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. vol. I.

noção de responsabilidade civil é a *função compensatória*, “pela identificação do *princípio da compensação* (ressarcimento ou reparação) como o fundamento da qual arranca a responsabilidade – denunciado logo pela indispensabilidade da existência de um *dano* para ter lugar.”<sup>449</sup> Encontramos essa função na leitura<sup>450</sup> do artigo 413 do Código Civil. O autor em apreço demonstra sua perplexidade ante a generalização do *princípio da compensação* como meio técnico largamente dominante na doutrina e jurisprudência e comenta:

Com isto, não pretendemos negar a necessidade, ou conveniência, de mecanismos diversos (e possivelmente paralelos) da indemnização, também no direito privado. Deixaremos de lado o aspecto puramente *sancionatório* de uma eventual *pena privada*, e, adotando para esses mecanismos uma visão *instrumentalista*, que privilegia finalidades não “absolutas”, e antes destinadas a influenciar a conduta dos agentes, diremos, até, pelo contrário, que a experiência reclama a introdução de mecanismos com suficiente eficácia *preventiva* para *dissuadir* a prática de certos ilícitos civis sem relevância penal ou contra-ordenacional, como certas violações de direitos absolutos como direitos da personalidade, ou mesmo violações contratuais.<sup>451</sup>

Porém, a visão instrumentalista defendida Paulo Mota Pinto, a clamar por novas formas eficientes e providas de eficácia preventiva visando dissuadir ilícitos civis, é um dos fundamentos da nossa defesa. Para tanto, como também notou o autor, deve-se oferecer, aos contratantes, a possibilidade de elegerem instrumentos eficientes que se coadunem com suas expectativas e com o regime jurídico obrigacional constituído.<sup>452</sup> Associamos esta nota particular à

---

Coimbra: Almedina, 2008, p. 819.

<sup>449</sup> Notamos a presença do princípio compensatório no conteúdo dos artigos 389, 402, 412, 413 e 416 do Código Civil brasileiro.

<sup>450</sup> SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **As consequências do descumprimento das obrigações à luz do princípio da restituição integral: uma interpretação sistemática e teleológica**. 2006. 650 folhas. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 114.

<sup>451</sup> PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. vol. I. Coimbra: Almedina, 2008, p. 826-827.

<sup>452</sup> Pensar em instrumentalidade é ponderar a sistematização de princípios e regras para que os rigorismos sejam temperados, evitando-se, com isso, a desvalia de atos os quais, antes, revelariam a presença de soluções eficientes. Esta ideia, aliás, tem ganhado tanta importância no Direito Processual Civil, que o novo código de regência da matéria confere aos litigantes contratantes, a possibilidade de definirem, antes ou durante o processo, alterações no procedimento, para ajustá-lo às especificidades da causa, portanto, vinculando o magistrado às suas orientações, desde que os direitos admitam autocomposição. Estamos diante de um instituto que sinaliza a necessidade de reformularmos alguns valores a respeito do exercício responsável das liberdades. É o artigo 190 da Lei nº. 13.105/2015, a seguir colacionado: “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam

participação de contratantes nos mais variados mercados, exigindo-se a constituição de medidas rígidas e seguras para a salvaguarda do dever de confiança e seu consectário - o dever geral de informação.

O que a imprecisão conceitual de dano nos revela é que a sistematização da responsabilidade civil e seus propósitos é tema que ainda demanda grandes e extensos debates.<sup>453</sup>

Pedro Ricardo e Serpa, em sua pesquisa a respeito da indenização punitiva, afirma que o desenvolvimento pelo qual esta passou nos últimos dois séculos “resultou na construção de um sistema de responsabilidade civil que se lança quase que cegamente ao objetivo de reparar pronta e integralmente todos os prejuízos suportados pelas vítimas lesadas.” Ele prossegue, comentando que, “a despeito de todos os inegáveis benefícios trazidos pelos desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil, a conjugação de tais modificações com a manutenção do paradigma ressarcitório [...] trouxe consequências negativas no que toca à prevenção de novos prejuízos e à moralização de condutas ilícitas.”<sup>454</sup>

A insegurança jurídica é ainda pior, em nossa opinião, nos negócios jurídicos incompletos, por impossibilitarem que os contratantes definam e administrem as variáveis que enfrentarão no decurso de seu vínculo obrigacional. Como vimos enfatizando, faz-se necessário permitir que os contratantes elejam mecanismos preventivos, destinados à tutela eficiente e racional de seus interesses.

---

autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”. São obras sugeridas quanto à visão instrumental do processo, que aproveitamos em nossa tese por denotarem e conotarem a necessidade de busca de modelos mais flexíveis de gestão dos interesses sociais: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>453</sup> REALE, Miguel. **Variações sobre o capitalismo**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/varcap.htm> . Acesso em: 10 de novembro de 2015.

<sup>454</sup> SERPA, Pedro Ricardo. **Indenização punitiva**. Dissertação de mestrado. 387 folhas. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p. 10.

Em que pese a abordagem de Sérgio Cavalieri Filho, construída com base na situação das obrigações de conteúdo indefinido não tratar conceitualmente de contratos incompletos, nela percebemos a preocupação do autor quanto à necessidade de os sujeitos integrarem a norma para escolha dos propósitos dirigentes de sua relação, associados às formas de administração e à eleição de modelos de comportamentos que representem esses valores escolhidos:

Em síntese, nas obrigações de conteúdo determinado a identificação do dever originário faz-se com facilidade, em face da própria lei ou negócio jurídico, que são sua fonte. Nas obrigações de conteúdo indefinido, entretanto, em que apenas se aponta para um fim (guardar, administrar, não causar dano etc.), sem indicação das condutas adequadas para atingir, teremos que descobrir em cada caso os atos que o obrigado deverá realizar para poder cumprir a obrigação originária. Vale dizer: o sujeito tem de integrar a norma, porque esta lhe confia a determinação dos atos que há de constituir a conduta devida.<sup>455</sup>

Buscando, ainda, a problematização de alguns pontos, falemos da prescrição normativa encontrada no artigo 416, parágrafo único do Código Civil,<sup>456</sup> disposição também orientada pelo princípio da compensação, porquanto adstrita à noção de dano e sua extensão. Em seu *caput*, está registrada a exigibilidade *pleno iure* da pena convencional, dispensando-se a necessidade de alegação e comprovação de prejuízo, por parte do credor. Assim preleciona Maria Helena Diniz sobre a dupla vantagem desta cláusula:

[...] por aumentar a possibilidade de cumprimento contratual e facilitar o pagamento das perdas e danos, poupando o trabalho de provar judicialmente o prejuízo. E, além disso, o devedor não poderá eximir-se de cumpri-la, a pretexto de ser excessiva, uma vez que ela advém de avença prévia fixada pelas próprias partes para reparar dano eventual.<sup>457</sup>

A vocação da norma em destaque está na tutela do contratante exposto ao vínculo firmado por adesão, situação abordada, especificamente, no

---

<sup>455</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 5.

<sup>456</sup> “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 convencionalmente. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.”

<sup>457</sup> DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 412.

artigo 416, parágrafo único, do Código Civil, conforme revela enunciado firmado na V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal:

- a) Enunciado nº. 430: “Art. 416, parágrafo único: No contrato de adesão, o prejuízo comprovado do aderente que exceder ao previsto na cláusula penal compensatória poderá ser exigido pelo credor independentemente de convenção.”

Cria-se a vantagem de se dispensar a comprovação dos danos, bastando que seja evidenciada a inexecução da obrigação avençada; todavia, não é afastado o controle instituído pelo art. 413 do Código Civil, já aludido, na hipótese de excesso da pena convencionada.<sup>458</sup>

O que constatamos da leitura combinada das normas aferidas nos artigos 413, 416 e seu parágrafo único do Código Civil, é a vocação sistêmica ao tratamento da cláusula penal como instituto sindicado na noção do dano e sua extensão, admitindo-se, portanto, o exercício de formas de controle interno da cláusula penal, como abordado por Otávio Luiz Rodrigues Júnior,<sup>459</sup> derivado de um expressivo acompanhamento judicial de seu limite. Em conclusão, busca-se o exercício de tutelas compensatórias - concebidas como mecanismos de recomposição de prejuízos derivados da inexecução das obrigações avençadas -, limitadas pela extensão dos danos provocados.

A cláusula penal se pensada como tutela compensatória, portanto, instrumento destinado ao tratamento do dano de acordo com critérios eleitos pelos contratantes, submeter-se-á a padrões de controle cogentes, porque essa é a vocação aferida sistemicamente pelo ordenamento brasileiro, avesso ao

---

<sup>458</sup> A decisão seguinte demonstra o controle equitativo exercido pelo art. 413 ao art. 416 do Código Civil: “Fica a cláusula penal limitada, nos termos do art. 416, parágrafo único do Código Civil, podendo o credor, de acordo com estipulação contratual, exigir valor suplementar sob inequívoca prova de prejuízo excedente à cláusula penal com multa pré-fixada. 2. No caso em apreço houve pactuação expressa em duas cláusulas quanto às consequências pelo inadimplemento, a viabilizar a previsão do parágrafo único do art. 416, do Código Civil, entretanto, de ser ponderado, na espécie, o contido no art. 413, mesmo Códice, para reduzir a penalidade pré-fixada, de 50% para 20% do valor pago quando firmado o contrato.” (TJPR; AC n. 1130952-1; 12ª. Câmara Cível; Relatora Ivanise Maria Tratz Martins; data de julgamento: 21.10.2015).

<sup>459</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro**. 2016. 418 folhas. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 7.

enriquecimento sem causa. Vejamos a preleção de Giovanni Ettore Nanni:

A cláusula penal é um instituto que permite a atuação do princípio que veda o enriquecimento sem causa, especialmente no que concerne aos seus limites e possibilidade de redução pelo aplicador da lei. [...]

O princípio do locupletamento injusto emerge dos contornos da cláusula penal, ou, mais propriamente, do seu limite máximo e das possibilidades de sua redução. [...]

Tendo em vista que a cláusula penal é inserida nas relações jurídicas no âmbito da autonomia privada das partes contratantes, ocorre uma restrição a essa autonomia, porque não podem estipular previamente as perdas e danos em valor superior ao da obrigação principal.

Referido limite máximo é instituído para impedir que se configure o enriquecimento sem causa das partes, que seria ocasionado pela inexecução de uma obrigação a qual tivesse uma cláusula penal exorbitante ou muito acima do valor da obrigação principal, pelo que a parte obteria uma vantagem excessiva.<sup>460</sup>

Descartada a finalidade compensatória e substitutiva da cláusula penal, entendemos que a cláusula penal puramente punitiva deva ser um recurso admitido em contratos definidos pela igualdade de condições dos contratantes quanto à participação na definição do regime jurídico representativo de seus interesses. Logo, rechaçamos a validade do modelo puramente punitivo em contratos firmados por adesão.

Por conseguinte, acreditando na necessidade de se conferir maior espaço aos contratantes para a eleição e administração de seus negócios e amparados pelas críticas que Paulo Mota Pinto faz quanto à responsabilidade civil limitada pelo conceito de dano, buscamos, com a cláusula penal puramente punitiva, oferecer um exemplo de mecanismo cujo objetivo seja dissuadir, preventivamente, a prática de comportamentos contrários aos interesses dos contratantes, à ordem jurídica e aos valores que o integram (cooperação e confiança).

A cláusula penal puramente punitiva, em nossa opinião, nesse caso é uma convenção inibitória.<sup>461</sup> Como disposição contratual inibitória, o objetivo dessa

---

<sup>460</sup> NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 409 e 411.

<sup>461</sup> O trabalho de Luiz Guilherme Marinoni é fundamental para o desenvolvimento de nossa reflexão. Ainda que dirigido ao enfrentamento de questões processuais, o postulado da instrumentalidade, combinado ao da eficiência, envolve cada vez mais os interessados na busca de soluções concretas,

não é o resultado econômico derivado da inexecução da obrigação e sim o reforço da obrigação originalmente avençada e a repreensão. Preferimos denominá-la tutela inibitória contratual, por considerarmos que os contratantes podem criar normas concretas para orientar suas expectativas e interesses. Porém, o uso da palavra tutela geraria alguma confusão, posto ser comumente atribuído à disciplina do Direito Processual Civil e distante de consenso, de acordo com José Roberto dos Santos Bedaque: “O emprego do termo tutela jurisdicional, todavia, não tem sido feito de maneira uniforme pela doutrina.”<sup>462</sup> Não obstante considerarmos de pouca relevância a terminologia relativa à cláusula penal puramente punitiva - se convenção ou tutela – o fato é que aproveitamos sua característica de coerção e pedimos vênias para colacionar, pela importância, o escólio de Luiz Guilherme Marinoni:

[...] Como já se pode perceber, a configuração de uma tutela genuinamente preventiva implica a quebra do dogma – de origem romana – de que a única e verdadeira tutela contra o ilícito é a reparação do dano, ou a tutela ressarcitória, ainda que na forma específica. A confusão entre ilícito e dano é reflexo de um árduo processo de evolução histórica que culminou por fazer pensar – através da suposição de que o bem juridicamente protegido é a mercadoria, isto é, a *res* dotada de valor de troca – que a tutela privada do bem é o ressarcimento do equivalente ao valor econômico da lesão. A identificação de ilícito e dano não deixa luz para a doutrina enxergar outras formas de tutela contra o ilícito; não é por outra razão, aliás, que o grande exemplo de tutela inibitória no direito brasileiro está no interdito proibitório, a refletir valores liberais clássicos e privatísticos. A unificação da categoria da ilicitude com o da responsabilidade civil, fruto da ideia – que é resultado de uma visão “mercificante” dos direitos – de que a única tutela contra o ilícito consiste na reparação do dano, ainda está presente na doutrina do direito civil brasileiro.<sup>463</sup>

Cumpre-nos mencionar que o autor, na sequência de sua exposição, e questionando o tratamento teórico que comumente contempla no ambiente do Direito Civil, critica a assertiva de que a atividade ilícita de interesse à disciplina em

---

inteligentes e eficazes às suas demandas (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória individual e coletiva**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003).

<sup>462</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 43.

<sup>463</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória individual e coletiva**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 36-37.

tela somente seria aquela marcada pelo prejuízo resultante.<sup>464</sup>

Uma das vicissitudes da cláusula penal puramente punitiva considerada convenção inibitória, a exemplo do que ocorre com as tutelas inibitórias típicas do direito processual civil, é desvincular-se da concepção de ilícito, com instituto conjugado à comprovação do prejuízo, principalmente quando a natureza do bem jurídico assistido é intangível, afastando-o da ideia de *res*, dotada de valor de troca. Não fosse assim, a tutela da confiança e cooperação (efetivos custos da transação) estaria limitada ao comando do art. 944 do Código Civil, que justifica sua redução equitativa, a despeito da violação dos deveres abordados. Tratando-se de grandezas intangíveis, os deveres de cooperação e confiança, a falta de critérios normativos e universais para dimensioná-los possivelmente os remeteria ao dogmatismo dependente, agora, do Poder Judiciário como órgão administrador da Justiça, naquilo que Otávio Luiz Rodrigues Júnior chamou de *supervalorização do decisionismo*, e até mesmo de *jurisprudencialatria*,<sup>465</sup> afastando, dos contratantes, a possibilidade de dimensionarem os riscos e oportunidades de seu negócio.

A partir da constatação da insuficiência do critério reparatório como forma de administrar, de modo amplo, a tutela dos direitos, Pedro Ricardo Serpa

---

<sup>464</sup> É o trecho que mencionamos (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória individual e coletiva**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 37): “Anotese, apenas como exemplo, a seguinte passagem da obra de Orlando Gomes: ‘Não interessa ao Direito Civil a atividade ilícita de que não resulte prejuízo. Por isso, o dano integra-se na própria estrutura do ilícito civil. Não é de boa lógica, seguramente, introduzir a função no conceito. Talvez fosse preferível dizer que a produção do dano é, antes, um requisito da responsabilidade, do que do ato ilícito. Seria este simplesmente a conduta *contra jus*, numa palavra, a injúria, fosse qual fosse a consequência. Mas, em verdade, o Direito perderia seu sentido prático se tivesse de ater-se a conceitos puros. O ilícito civil só adquire substantividade se é fato danoso.’ Compreendendo-se que a tutela jurisdicional contra o ilícito não se destina, necessariamente, a reparar o dano, abre-se oportunidade à construção de uma tutela inibitória atípica, destinada a operar em face dos diversos casos conflituos concretos que dela careçam. A tutela inibitória é uma tutela específica, pois objetiva conservar a integridade do direito, assumindo importância não apenas porque alguns direitos não podem ser reparados e outros não podem ser adequadamente tutelados através da técnica ressarcitória, mas também porque é melhor prevenir do que ressarcir, o que equivale a dizer que no confronto entre a tutela preventiva e a tutela ressarcitória deve-se dar preferência à primeira”.

<sup>465</sup> Otávio Luiz Rodrigues Júnior, a respeito do problema da *dogmática judicializada*, na falta de expressão melhor, como esclarece, comenta que essa ideologia nos expõe ao risco de abandonarmos as raízes históricas do Direito Civil e Comercial, bem como a assistirmos ao esquecimento do espaço destinado à autonomia privada (RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Dogmática e crítica da jurisprudência ou da vocação da doutrina em nosso tempo**. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 891, p. 65-106, 2010).

chega a falar de um *campo vazio*, “no qual o jurídico não logra êxito em exercer a tutela mais eficiente possível dos bens e interesses, cuja reparabilidade havia sido reconhecida [...], nem a responsabilidade civil atua eficazmente no sentido de prevenir danos e punir os ofensores que se tenham conduzido de maneira particularmente reprovável, nem, tampouco, assim o fazem o Direito Penal ou o Direito Administrativo.”<sup>466</sup>

Essa particularidade tem outra consequência. Tratamos da cláusula penal puramente punitiva como convenção inibitória atípica, tendo em vista a ausência de previsão normativa categórica que a oriente; portanto, seu delineamento não está contido no capítulo encontrado no Código Civil, destinado ao tratamento da cláusula penal. Logo, seus mecanismos de controle dependerão da teoria geral do negócio jurídico, destacadamente dos capítulos que abordam a nulidade e anulabilidade do negócio jurídico.

Em contratos relacionais, figura negocial já adiantada, o vínculo é estruturalmente dependente do compromisso dos contratantes e de certa incomensurabilidade nas trocas, tornando a atenção aos indispensáveis ditames da confiança e cooperação, aspecto que nos permite imaginar a dificuldade para se definir valores ajustados a critérios de reparação de danos, na hipótese de utilização da cláusula penal compensatória, mesmo quando, não raras vezes, sequer é possível esperar um resultado certo da relação.

Quanto à proteção das relações contínuas - principalmente quando as trocas não estão pautadas apenas na ideia de riqueza associada à circulação de coisas -, a cláusula penal puramente punitiva, como tutela inibitória de comportamentos avessos aos deveres estruturais de confiança e cooperação, virá como um eficiente e razoável instrumento para mitigar os custos da desconfiança e incentivar as trocas, bem como para inibir a prática de comportamentos oportunistas.

---

<sup>466</sup> SERPA, Pedro Ricardo. **Indenização punitiva**. Dissertação de mestrado. 387 folhas. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p. 11.

## 10. Da confiança como elemento estrutural do negócio jurídico

A teoria dos negócios jurídicos, “conceito que a dogmática estabeleceu, ao distinguir graus diferentes de valorização da vontade pelo ordenamento jurídico”,<sup>467</sup> quando combinada para a regência de modelos contratuais,<sup>468</sup> nos remete à conclusão de que são instrumentos destinados à circulação de bens, e, em tal medida, cada contrato espelha uma transação vocacionada à tutela de interesses contrapostos e objetivos complementares, aproximando-se do paradigma do jogo, incumbindo aos seus participantes à leitura dos riscos e oportunidades intrínsecas.

No que concerne a figura do contrato como espécie componente do gênero negócio jurídico, as inovações tecnológicas e alteração nos padrões de produção e circulação de riquezas também geraram desdobramentos. Parece-nos que encontramos de algum modo essa reflexão nas preleções de Renan Lotufo, de que “As variações dos interesses e das situações econômicas ensejam questões muito importantes envolvendo a cláusula penal”.<sup>469</sup> Nos dizeres de Antônio Junqueira de Azevedo, tratá-los como paritários ou de adesão é critério insuficiente e deve ser deixado à memória do século XX.<sup>470</sup> Propõe, assim, a classificação dos negócios jurídicos em existenciais e empresariais.

Sustentamos, assim, que a regência normativa oferecida aos negócios jurídicos, destacadamente à utilização de cláusulas penais, é incipiente para contemplar as possibilidades negociais existentes e as correspondentes categoriais contratuais. Daí os comentários de Antônio Junqueira de Azevedo, para

---

<sup>467</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: FGV, 2009, p. 72.

<sup>468</sup> REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 21-28.

<sup>469</sup> Veja-se o comentário de Renan Lotufo (LOTUFO, Renan. Questões relativas à cláusula penal contratual. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 116, p. 161-167, julho/2012): “A autonomia privada pode afastar as limitações relativas à cláusula penal previstas nos arts. 410 e 416, parágrafo único do art. 416? Disposição contratual pode ser interpretada como inibidora das limitações legais, como as dos arts. 412, 413 e parágrafo único do art. 416? A existência da multa mais o valor integral do contrato, além de perdas e danos e lucros cessantes, encontra abrigo no CC, que coíbe enriquecimento sem causa?”

<sup>470</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 832, fev/2005, p. 123.

observar que tendo toda manifestação de vontade forma e conteúdo, ainda será indispensável que seja socialmente reconhecida como tal, em razão da presença de circunstâncias negociais, formadoras de um padrão cultural, “que entra a fazer parte do negócio e faz com que a declaração seja vista socialmente como dirigida à criação de efeitos jurídicos (isto é, como ato produtivo de relações jurídicas)”.<sup>471</sup>

São oportunas as ponderações de Fernando Araújo acerca da necessidade de olharmos o caso para extrairmos as suas vicissitudes, e, só então, partirmos para eventual correção de desvios objetivos e subjetivos, quando as suas circunstâncias legitimarem o Estado à intervenção na esfera das liberdades.<sup>472</sup>

Admitindo-se que a grande expressão dos negócios jurídicos firmados compõe o grupo denominado por Antônio Junqueira de Azevedo de contratos existenciais,<sup>473</sup> a exemplo dos contratos de consumo, os de trabalho, os de locação residencial, de compra e venda de casa própria, de transporte de passageiros, e, de um modo geral, os que assistem às necessidades de subsistência da pessoa humana, há tantos outros ajustados ao fomento da

---

<sup>471</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 122.

<sup>472</sup> São as ponderações de Fernando Araújo (ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 330): “A disciplina contratual vive numa tensão entre segurança e justiça, e muitas hesitações em torno da indagação de justiça substantiva no seio de cada relação contratual prendem-se com a insegurança que uma tal atitude induziria: pense-se, por exemplo, no que seria admitir-se a revisão dos termos contratuais a cada alteração das circunstâncias e a cada oscilação na onerosidade contratual, e no que isso representaria para a tutela das expectativas das partes. Esse interesse de segurança é também fundamentalmente o mesmo que determina a clivagem positivista entre direito e moral, que, embora clarificadora, passa com um traço grosso, salomónico, sobre as minuciosas e contextualizadas exigências de uma moral «do caso», impondo, com o esquematismo da generalidade e da abstração jurídica, soluções «*second best*» que pagam o seu tributo às exigências da intersubjetividade e às limitações da praticabilidade, mas ficam cronicamente aquém dos ditames da moral (e daí a noção popular do Direito como «mínimo ético»). Todavia, no domínio contratual sucede que os ditames da segurança, conquanto presentes, cedem perante o respeito pela liberdade negocial e pela relatividade das obrigações que emergem do contrato: por definição, a vida do contrato apresenta já o confinamento de âmbito «do caso» e não tem que pagar com a mesma intensidade o tributo aos valores que reclamam da solução jurídica a generalidade e a abstração.”

<sup>473</sup> “Essa nova dicotomia, que defendemos, ‘contrato existencial / contrato empresarial’, é a nosso ver, a verdadeira dicotomia contratual do século XXI. Por força da renovação dos princípios contratuais e da frequência de sua concretização, não se pode mais empregar a palavra ‘contrato’ sem a consciência dessa nova dicotomia; ela é operacional e está para o século XXI, como a do ‘contrato paritário / contrato de adesão’ esteve para o século XX.” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 832, fev/2005, p. 123).

economia, o que nos permite abordá-los com base em critérios próprios de racionalidade.

A leitura descontextualizada dessas categorias reduz as possibilidades atribuídas aos contratantes de livremente comporem o regime jurídico necessário para a tutela eficiente de seus interesses, sobretudo quando firmados para tornar tangíveis valores a serem protegidos em negociação, muitas vezes desprovidos de uma dimensão patrimonial em sentido estrito e que escapam, portanto, aos paradigmas ordinários de indenização (danos emergentes e lucros cessantes, timidamente tratados no CC, em seus artigos 389 e 404).

Enfatizamos que pouca ou nenhuma referência é feita por ocasião da utilização das disposições do Código Civil quanto à natureza da relação jurídica e seus correspondentes interesses tutelados, como se fosse possível reduzir as relações civis, consumeristas e empresárias ao mesmo tratamento normativo desprovido de um rigoroso distanciamento crítico, numa composição maculada e elástica das disposições encontradas no Código Civil regentes da cláusula penal, a exemplo dos artigos 409, 410, 411, 412 e 413.

A cláusula penal, como elemento componente da estrutura do negócio jurídico, a ela se submete. O problema é que não encontramos em julgados, e raramente em doutrina, o categórico cruzamento de seus traços próprios com o conjunto teórico e maior que a absorve. Falamos da teoria do negócio jurídico.

A leitura das definições teóricas do negócio jurídico, por si só, é um problema. Nossa primeira ressalva, conforme o alerta de Antônio Junqueira de Azevedo, é que “Boa parte das questões fundamentais sobre o negócio jurídico, como o papel da vontade na criação de efeitos jurídicos, as limitações à vontade, a influência da causa na validade ou na eficácia do negócio, depende, para sua solução, da ideia que dele se faça.”<sup>474</sup>

É importante esclarecer que não nos estenderemos nas conhecidas

---

<sup>474</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1.

discussões entre as concepções subjetiva ou objetiva,<sup>475</sup> pois, como adverte Antônio Junqueira de Azevedo, ambas deixam escapar justamente o que pretendiam revelar; a avaliação da estrutura do negócio jurídico. Ouçamos seus ensinamentos:

A doutrina atual, ao definir o negócio, adota geralmente uma posição que, ou se prende à sua gênese, ou à sua função; assim, ora o define como ato de vontade que visa produzir efeitos, com o que atende principalmente à formação do ato, à vontade que lhe dá origem (autonomia da vontade), ora o define como um preceito (dito até mesmo “norma jurídica concreta”) que tira a sua validade da norma abstrata imediatamente superior, dentre de uma concepção escalonada de normas jurídicas supra e infra-ordenadas, com o que atende, principalmente, o caráter juridicamente vinculante de seus efeitos (auto-regramento da vontade). As próprias expressões *autonomia da vontade* e *auto-regramento da vontade*, apesar de aparentemente sinônimas, dão o sentido de liberdade (“autonomia”) para praticar o ato, e a segunda, ao momento final, aos efeitos (“regras”) que do ato resultam. Ainda que as duas posições se apresentem como pretendendo revelar a estrutura do negócio, parece-nos que, pela acentuada preponderância, ou da gênese, ou da função, ambas acabam deixando escapar justamente o que pretendiam revelar, ou seja, a *estrutura*.<sup>476</sup>

Reputamos que a projeção de concepções voluntaristas, ou que enfatizam a gênese do negócio jurídico, no que concerne a leitura da cláusula penal compensatória, consolida a possibilidade de sua redução, com fundamento na ideia de que o consentimento prestado a uma pena excessiva certamente estaria maculado pela presença de erro, o que exigiria o exercício de um controle externo para avaliação e orientação da vontade e correção do regime jurídico desequilibrado.

---

<sup>475</sup> RÁO, Vicente. **Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 164; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 4-14; KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 284-290; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 171-176; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. vol. 1. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 464-477; LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos**. vol. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, p. 401-417; MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 29; AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Direito civil: introdução**. 7. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 409-414; NERO, João Alberto Schützer Del. **Conversão substancial do negócio jurídico**. São Paulo: Renovar, 2001, p. 53-97; ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 45-54; GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 237-248; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 207-212; LÔBO, Paulo Luiz Neto. **O contrato: exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 23.

<sup>476</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1-2.

De outro modo, a cláusula penal submetida à avaliação de sua perspectiva estritamente funcional, portanto, dependente do encontro de preceito que a valide, esbarra na compreensão doutrinária e jurisprudencial preponderantes, que preconizam regras de ajuste de proporcionalidade entre prestação, contraprestação e penalidade, impossibilitando a sua livre constituição e firmando o entendimento a respeito da inderrogabilidade das normas encontradas nos artigos 409, 412 e 413 do Código Civil, aplicadas com indiferença à natureza e categorias dos negócios jurídicos orientados.<sup>477</sup>

É importante consignarmos, desde já, a nossa opinião de que o uso da cláusula penal com o escopo puramente punitivo reclama uma causa justa e eficiente, bem como que os seus propósitos estejam ajustados à preservação e manutenção do vínculo relacional instituído. Por isso recomendamos, para a sua validação, o recurso das considerações preambulares, destacando a sua natureza e propósitos, na hipótese de nossa defesa, a tutela da confiança em contratos relacionais e sua projeção, como o dever de partilharem-se as informações e de proibição de exploração das vulnerabilidades.

Vale notarmos que é possível atenuar-se os custos da transação vinculados à desconfiança, erigindo-se a sua tutela mediante a constituição de cláusula penal punitiva, fixada para reforçar os deveres de transparência, concomitantemente à instituição de um ônus ao contratante infrator.<sup>478</sup>

---

<sup>477</sup> Tomamos como exemplo o precedente erigido pelo Superior Tribunal de Justiça. Trata-se do REsp nº. 11527 / SP, julgado em 1º/04/1992, exercida a relatoria pelo Ministro Sálvio de Figueiredo. No julgado em apreço, fixou-se a compreensão da necessidade de controle das relações negociais pelo Poder Judiciário. Nas bases de sua fundamentação, encontramos entendimentos refratários à possibilidade de livre definição dos contornos da cláusula penal, tendo em vista o “caráter social de proteção à parte presumidamente frágil”, já por ocasião da leitura do art. 924 do CC./1916, momento histórico no qual ainda se considerava como uma faculdade a intervenção do Poder Judiciário na hipótese em comento. No mesmo sentido, outra decisão elaborada pelo Superior Tribunal de Justiça se deu por ocasião do julgamento do REsp nº. 1212159 / SP, ocorrido em 19/06/2012, no qual fixou-se o entendimento da proibição de fixação de cláusula penal excessiva, sob pena de legitimar-se o enriquecimento sem causa.

<sup>478</sup> Dois autores são sugeridos nesse plano: o primeiro, já colacionado em nossas construções, é o argentino Ricardo Luis Lorenzetti (LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de una teoria sistémica del contrato. In: **Obrigações e contratos: estrutura e dogmática**. v. I. FACHIN, Luiz Edson, TEPEDINO, Gustavo (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 475-507), que administra o conceito de troca de informações como um dos elementos que compõem o risco contratual, aspecto que demandaria a elaboração de um cálculo para o seu dimensionamento, pautado, notadamente, em critérios de racionalidade. Fala, ainda, da desmaterialização do objeto em contratos relacionais,

E como relacionar a confiança como suporte fático ao plano dos negócios, conjugando-a com cláusula penal como elemento componente desse regime jurídico constituído a partir do exercício da autonomia privada? A teoria de Antônio Junqueira de Azevedo a respeito dos elementos constitutivos e estruturantes do negócio jurídico nos dá o caminho.

Antônio Junqueira de Azevedo<sup>479</sup> divide estruturalmente o negócio jurídico em três perspectivas: existência, validade e eficácia. O autor faz essa divisão para contornar a tendência metodológica e limitadora de grande expressão da doutrina, de legitimar a explicação do instituto, ora voltada à leitura da *gênese* (teoria da vontade), ora à apreciação de sua função, concebida a ordem jurídica como modelo composto de normas organizadas de modo escalonado e interdependente.<sup>480</sup>

Utilizando a teoria de Antônio Junqueira de Azevedo para a compreensão estrutural do negócio jurídico - ponderada em uma escala de abstração -, identificaremos os preceitos gerais e comuns a qualquer negócio, descendo àqueles presentes em classes intermediárias, até alcançarmos, gradualmente, a categoria de certo específico negócio jurídico e suas características particulares. Esse modelo lógico destinado à sistematização da disciplina tem por característica, em nossa opinião, demonstrar a importância pragmática do negócio jurídico, ao dispor como elemento componente de sua estrutura a circunstância negocial. Deste modo, não basta para Antônio Junqueira de Azevedo o interesse, o elemento que qualificará o negócio jurídico, dotando-o de validade, será a

---

mais dependentes, portanto, da sua orientação como vínculo processual e dependente da cooperação entre os contraentes; o segundo, a quem também nos reportamos, é o português Fernando Araújo (ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 208), que em sua obra trata do conceito de custos da transação e propõe para a sua administração que os contratos sejam compreendidos como instrumentos rígidos, naquilo que se refere às garantias instituídas, e flexíveis, conferindo aos contratantes o necessário espaço para acomodação de suas análises e expectativas, resguardando o vínculo da predação oportunista, unilateral ou bilateral. Naquilo nos interessa, projetamos essa assertiva para a tutela da confiança.

<sup>479</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15.

<sup>480</sup> Com o simples propósito de esquematizarmos as unidades que compõem sua teoria, segue: a) no plano da existência encontraremos elementos gerais, por serem comuns a todos os negócios, podendo ser intrínsecos (forma, objeto e circunstância negocial) ou extrínsecos (tempo, lugar e agente); b) categoriais, como os próprios de cada tipo, podendo ser derogáveis ou inderrogáveis pela vontade das partes; c) particulares aqueles considerados os existentes em um determinado negócio jurídico. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002)

identificação de elementos fáticos que qualifiquem a manifestação de vontade como apta aos resultados pretendidos. A perspectiva, portanto, é bastante diferente.

Há elementos que são tratados como essenciais e gerais, divididos, por seu turno, em intrínsecos e extrínsecos. No que se refere aos intrínsecos, são eles: a) a *forma*; b) o *objeto*; e c) a *circunstância negocial*, como “o que fica da declaração de vontade, despida de forma e do objeto, isto é, aquele *quid*, irredutível à expressão e ao conteúdo, que faz com que uma manifestação de vontade seja vista socialmente como destinado à produção de efeitos jurídicos.”<sup>481</sup> Quanto aos extrínsecos, temos: a) agente; b) lugar e tempo do negócio.

A justificativa de nossa preferência está na composição que o autor estabelece ao prescrever os *elementos essenciais* do negócio jurídico (sem os quais ele não existe), destacadamente quando insere neste campo, além do *objeto* e *forma*, a noção de circunstância negocial.

A ideia de circunstância negocial designa um conjunto de fatores vistos no plano social que legitimam a manifestação de vontade como um esquema, ou padrão cultural de atitude, a partir do qual são aferidos os dispositivos componentes do repertório categorial do negócio jurídico in concreto:

Pois bem, se tivermos em mente que toda manifestação de vontade tem forma e conteúdo e que, para se constituir em declaração, é indispensável que seja socialmente reconhecida como tal, torna-se fácil, agora, dizer em que consiste esse *quid novi*, que vimos chamando “circunstâncias negociais”. Ele consiste exatamente naquele conjunto de circunstâncias que formam uma espécie de esquema, ou padrão cultural, que entra a fazer parte do negócio e faz com que a declaração seja vista socialmente como dirigida à criação de efeitos jurídicos (isto é, como ato produtivo de relações jurídicas). As “circunstâncias negociais” são, pois, um *modelo cultural de atitude*, o qual, em dado momento, em determinada sociedade, faz com que certos atos sejam vistos como dirigidos à produção de efeitos jurídicos. [...] É, justamente, a pouca familiaridade de certas pessoas com os padrões culturais de uma sociedade, isto é, a

---

<sup>481</sup> É interessante notar que Antônio Junqueira de Azevedo não se fale do elemento vontade, ou sua manifestação, mas, sim, das circunstâncias negociais legitimadoras da manifestação da vontade. A propósito, sequer compreende que a vontade compõe o plano dos elementos gerais, enquanto considera a possibilidade de ser deturpada, e, por conta disso, permitir-se ou a decretação de nulidade do negócio jurídico, ou a sua anulação, total ou parcial (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 32).

deficiente assimilação dos modelos culturais de atitudes jurídicas por parte de certas pessoas, como os índios, que leva o ordenamento jurídico a considerar nulos os atos por eles realizados dentro dos padrões da sociedade que não é sua, mas válidos os atos por eles realizados dentro de seu próprio ambiente social, através de modelos culturais dos quais têm pleno conhecimento.<sup>482</sup>

Vê-se, portanto, que consoante preleção de Antônio Junqueira de Azevedo, a circunstância negocial é fator determinante para a composição do regime jurídico negocial, integrando a sua estrutura como elemento essencial e indissociável, parece-nos, a demandar o olhar atento às singularidades do caso, inclusive, com a subsequente definição dos elementos categoriais.

Quanto aos elementos gerais, consideradas as unidades que compõem a substância do negócio jurídico atuando em sua constituição, são três: a) forma; b) objeto; c) circunstância negocial (como adiantamos).<sup>483</sup>

No que se refere às circunstâncias negociais, encontramos a declaração de vontade despida de forma, que faz com que a manifestação de vontade seja vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos.<sup>484</sup>

---

<sup>482</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 122.

<sup>483</sup> LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Contornos teóricos do ativismo judicial em matéria contratual**. 2014. 449 folhas. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 183 e seguintes.

<sup>484</sup> É o escólio de Antônio Junqueira a respeito do conceito de circunstância negocial, denominada por ele como *quid novi*: “Pois bem, se tivermos em mente que toda manifestação de vontade tem forma e conteúdo e que, para se constituir uma declaração é indispensável que seja socialmente reconhecida como tal, torna-se fácil, agora, dizer em que consiste esse *quid novi*, que vimos chamando *circunstâncias negociais*. Ele consiste exatamente naquele conjunto de circunstâncias que formam uma espécie de esquema, ou padrão cultural, que entra a fazer parte do negócio e faz com que a declaração seja vista socialmente como dirigida à criação de efeitos jurídicos (isto é, como ato produtivo de relações jurídicas). As *circunstâncias negociais* são, pois, um modelo cultural de atitude, o qual, em dado momento, em determinada sociedade, faz com que certos atos sejam vistos como dirigidos à produção de efeitos jurídicos. Nas hipóteses normais, a esse modelo cultural corresponderá, sob o aspecto psicológico, uma vontade de declarar, como já revelada na análise pandectista, voltada para o aspecto *vontade*, e não para a declaração. Realmente, no seu próprio meio social, quem deseja realizar um negócio jurídico dificilmente deixará de saber, para realiza-lo, qual a atitude a tomar. Nem sempre saberá qual a exata atitude que deve tomar para que seu ato seja válido, nem sempre saberá quais são todas as consequências jurídicas de seu ato, mas é evidente que sempre terá uma noção de quais os atos que, na sociedade em que vive, são *jurídicos* (isto é, quais os atos que são vistos como dirigidos à produção de efeitos jurídicos, quais os atos que são negócios jurídicos). É justamente a pouca familiaridade de certas pessoas com os padrões culturais de uma sociedade, isto é, a deficiente assimilação dos modelos culturais de atitudes jurídicas por parte de certas pessoas, como os índios, que leva o ordenamento jurídico a considerar nulos os atos por eles realizados dentro dos padrões da sociedade que não é a sua, mas válidos os

O elemento da circunstância negocial oferece um postulado pragmático de racionalidade e sistematização importantíssimo à teoria do negócio jurídico: mobilidade. A análise da circunstância negocial, projetada para pensarmos nas especificidades da cláusula penal puramente punitiva, nos leva a compreender ser inviável sedimentarmos sua impossibilidade com base em postulados estritamente dogmáticos. Em nossa opinião, a circunstância negocial, como elemento estrutural do negócio jurídico, impõe sua compreensão como instrumento destinado a incontáveis propósitos, dentre os quais, se tratarmos do panorama dos contratos, o econômico. É elemento que nos remete à percepção do ordenamento como um sistema de modelos móveis e ajustados à participação criativa de seus componentes, pautados na busca de melhores condições de eficiência no uso de recursos finitos e inversamente proporcionais às necessidades.

Em uma sociedade complexa e móvel, a manifestação de vontade qualificada pelo ambiente nos leva a concluir que soluções reducionistas limitam os contratantes a modelos jurídicos pré-concebidos. No campo das rotinas empresariais, importaria em dizer que encerrariam as oportunidades e a competitividade.<sup>485</sup>

A situação revela piores contornos quando tratamos dos contratos incompletos, por dizerem respeito a circunstâncias que não foram verificadas. Como abordamos, trata-se de regime jurídico que permite que os contratantes administrem com bastante flexibilidade o regime obrigacional, como critério de eficiência e racionalidade. Fato é que, neste tipo contratual, um problema típico é o enfraquecimento do vínculo no seu decurso. Para que isso não ocorra, algumas posturas são estratégicas e, dentre essas, a mais importante é, sem dúvida, a manutenção da confiança, compreendida como o dever geral de informação e a não exploração das vulnerabilidades.

---

atos por eles realizados dentro de seu próprio ambiente social, através de modelos culturais dos quais têm pleno conhecimento.[...] Infelizmente, trata-se, a nosso ver, de decorrência inevitável do próprio caráter social do direito, que faz com que, em pontos extremos, a ciência do direito, para definir o que é jurídico, acabe por ter que se referir ao que está além do próprio direito". (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 122-124).

<sup>485</sup> FARIA, José Eduardo Faria. **O direito na economia globalizada**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 23.

Somos da opinião, por isso, que o dever de confiança neste tipo contratual compõe a sua natureza, logo, consoante a teoria de Azevedo, recebe a qualificação de elemento categorial inderrogável. Explicamos. Descendo a escala de abstração do negócio jurídico, encontraremos os elementos categoriais, responsáveis pela caracterização da natureza jurídica de cada tipo de negócio. Esclarece o autor que os elementos são revelados pela análise doutrinária da estrutura normativa de cada categoria de negócio.<sup>486</sup>

Os elementos categoriais são fruto de construção doutrinária e jurisprudencial responsável por evidenciar os seus traços característicos e a estrutura de cada tipo negocial. Não são eleitos pela construção criativa dos interesses dos contratantes, antes, são determinações da ordem jurídica, responsáveis pela definição das essências dos tipos negociais. São classificados em: a) *elementos categoriais essenciais* ou inderrogáveis; e b) *elementos categoriais naturais ou derogáveis*, “os que, embora defluindo da natureza do negócio, podem ser afastados pela vontade da parte, ou das partes, sem que, por isso, o negócio mude de tipo.”<sup>487</sup>

Quanto à cláusula penal puramente punitiva, não há tratamento normativo categórico que proíba seu uso. Defendemos a tese da inviabilidade lógica de se atribuir à convenção em apreço os elementos regentes das *cláusulas inerentes à reparação*,<sup>488</sup> sindicados na sistematização da responsabilidade civil a partir do conceito de ilícito como dano. Portanto, o controle desses critérios, com base em postulados hermenêuticos, a exemplo da boa-fé ou da função social do contrato, importará em risco e no possível aumento dos custos da transação.

Prossigamos pela teoria de Antônio Junqueira de Azevedo, descendo mais uma escala de abstração para a compreensão do negócio jurídico. Chegamos aos denominados elementos particulares, os quais são compreendidos

---

<sup>486</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35.

<sup>487</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35. Ademais, a leitura do REsp nº. 11527 / SP é bastante esclarecedora, no que se refere ao papel da doutrina para definição de elementos categoriais.

<sup>488</sup> A expressão é de autoria de Otávio Luiz Rodrigues Júnior (RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro**. 2006. 418 folhas. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 293).

como tendo sido criados pelas partes, no exercício de seu poder criativo e dirigente. Tais elementos são em número indeterminado, o que impossibilita seu estudo e identificação exaurientes, sendo três deles mais comuns: condição, termo e encargo.<sup>489</sup>

Deste modo, é possível considerarmos que determinado contratante, verificando a incompletude do contrato e compreendendo os riscos que corre em razão da assimetria informativa, teria elementos para exigir particularmente a constituição de salvaguarda rígida que o proteja no curso da relação, ainda, desprovida de caráter reparatório e destinada ao reforço do cumprimento da obrigação e à repressão de atos graves contrários aos ditames de transparência. Falamos nesta hipótese da cláusula penal puramente punitiva como elemento particular do negócio jurídico.

Por fim, descendo mais um degrau em relação ao particular, encontraremos, finalmente, os elementos que integram o negócio jurídico *in concreto*, e são fruto de inequívoca eleição realizada pelos contratantes. Não são, portanto, próprios de todos os negócios, sendo sempre voluntários, distinguindo-se, daí, dos elementos categoriais. A partir desse atributo, podemos inferir que as possibilidades de constituição de elementos particulares, como mais uma vez preleciona Antônio Junqueira de Azevedo, são em número indeterminado.<sup>490</sup>

Quanto à classificação, consideramos que a cláusula penal puramente punitiva encontra sua justificativa na perspectiva dos elementos particulares do negócio jurídico, tendo em vista que demanda o exercício conjuntivo das partes, para a constituição de regime próprio de proteção de valores, no caso singular.

Por isso, também sustentamos que, não raras vezes, a cláusula penal punitiva, como elemento particular ou acidental, ganha proporções tão especiais no caso concreto, que nos permite afirmar que, sem sua regência,

---

<sup>489</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 38-39.

<sup>490</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 38.

certamente não seria formalizada a relação jurídica. A hipótese não é absurda, basta imaginarmos o interesse na celebração de contrato relacional, cujas incompletudes dependam de informações a serem prestadas por agente econômico que domine um mercado imperfeitamente competitivo, com manifestas assimetrias informativas.

Nestas circunstâncias, a cláusula penal puramente punitiva pode passar a ter tamanha importância que, sem ela, há de se entender que a parte não teria querido o formar o vínculo jurídico, tornando-se um dos motivos relevantes do negócio. É possível, portanto, concluirmos que a nulidade da cláusula penal puramente punitiva resultará na desconstituição de todo o regime jurídico obrigacional, posto tal cláusula ter sido fundamental para a formação do respectivo regime, tornando-se, portanto, peça indissociável e permanente de respaldo ao interesse dos contratantes.

## Conclusão

Consideramos ser, a cláusula penal, instituto que pode assumir diversas configurações, a depender essencialmente de circunstâncias negociais. Esperamos ter demonstrado a possibilidade e vantagens do uso da cláusula penal puramente punitiva em contratos relacionais, como mecanismo visando a tutela do dever de confiança, o qual é considerado integrante do núcleo obrigacional.

A necessidade de delimitação objetiva da tese nos levou à leitura de algumas transformações que tiveram lugar no direito contratual contemporâneo e os desdobramentos dessas transformações, em relação ao entendimento sedimentado, atribuídas à cláusula penal como um dispositivo para reforçar o cumprimento da obrigação.

Em apoio à pesquisa que apresentamos, tomamos emprestados preceitos da teoria econômica dos contratos. Isso, porque consideramos ser, a cláusula penal puramente punitiva, uma partícula inserida no extenso campo teórico e empírico dos contratos e que exige uma leitura atenta à natureza e demandas dos mercados explorados e seus padrões de racionalidade. Nesse sentido, além de termos feito a discussão e o delineamento teórico da cláusula penal, exploramos conceitos dos custos da transação e da incompletude contratual.

Por se tratar, em nossa opinião, de um campo ainda pouco explorado, propusemos um novo e diferenciado olhar relativamente à cláusula penal e a possibilidade de ela servir para administrar o valor da confiança, em contratos cujo regime jurídico, até para sua preservação, exige alguma flexibilidade.

Do mesmo modo, esperamos ter comprovado nossa tese de que também pode ser atribuída, à cláusula penal, a função puramente punitiva, vinculada sua validade às especificidades do caso concreto. Sustentamos, ainda, que a cláusula penal puramente punitiva é figura não contemplada no Código Civil, portanto, estranha à orientação encontrada nos artigos 408 a 416, parágrafo único.

Como tivemos a oportunidade de expor, os negócios jurídicos e suas categorias transitam segundo as formas de composição dos fatores de produção e circulação de riquezas moldando-se às exigências próprias de seu tempo. Neste compasso entre o Direito e a Economia é que enxergamos a importância das circunstâncias negociais como liame teórico fundamental ao amparo de nossa tese, por considerarmos que as distintas categorias de contratantes civis, consumidores e empresários, assistidos pelo Direito Privado.

## Referências

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das obrigações**. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária Ltda., 1965.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectiva estrutural e funcional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. v. 46:7-26. ano 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Direito civil: introdução**. 7. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente. **Adimplemento substancial: uma forma de segurança jurídica contratual**. 2015. 278 folhas. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

ARAI, Rubens Hideo. Cláusula penal. In: **Obrigações**. (coords.) LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. São Paulo: Atlas, 2011.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno. **Revista USP**. São Paulo, n. 42, p. 96-101, junho/agosto 1999, p. 99-100.

\_\_\_\_\_. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 832, fev/2005

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito econômico brasileiro**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BELLANTUONO, Giuseppe. **I contratti incompleti nel diritto e nell'economia**. Padova: Cedam, 2000.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo I, Coimbra: Coimbra Ed., 1969.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. 3. ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1946.

BIANCA, Massimo. **Diritto civile: la responsabilità**. v. 5. Milano: Giuffrè. 1997.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário do política**. vol. 1. 11.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

BOULOS, Daniel Martins. **O novo regime jurídico da cláusula penal: ensaio acerca da interpretação do artigo 413 do código civil**. 2013. 149 folhas. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

BRANCO, Luiz Carlos. **Cláusula penal: o valor da cominação e a redução equitativa da pena**. 2010. 156 folhas. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

CAMINHA, Unie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e Economia para contratos de longo termo. **Revista Direito GV**. São Paulo, v, 19, p. 155-200, jan-jun/2014.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. **A onerosidade excessiva no direito civil brasileiro**. 2010. 202 folhas. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito do Largo São Francisco.

CARRILHO, Manuel Maria. **Epistemologia: posições e críticas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

CASSETARI, Christiano. **Cláusula penal: uma releitura de acordo com o novo direito civil que se constrói**. 2007. 188 folhas. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CICCO, Cláudio De. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

CLUZEL, Félix. **Essai sur les clauses d'irresponsabilité**. Paris: Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne Edouard Duchemin, 1913.

COELHO, Fábio Ulhoa, O direito à restituição de recursos fornecidos por bancos estrangeiros ao financiamento à exportação na falência do banco repassador nacional. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. vol. 36, dezembro / 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social do jurista no Brasil contemporâneo. **Revista dos Tribunais**. v. 670, agosto/1991.

\_\_\_\_\_. Estado, empresa e função social, **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 732, outubro / 1996.

\_\_\_\_\_. Os obstáculos históricos à vida democrática em Portugal e no Brasil. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. n. 1. Belo Horizonte: DelRey, janeiro/junho de 2003.

\_\_\_\_\_. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

DEMEYERE, Alexandre. **Etude comparative de la clause penale em droit civil français et em common law**. Ottawa: National Library of Canada, 1999.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. vol. II. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Conceito de norma jurídica como problema de essência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro**. vol. 2. 24 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. vol. 1. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. vol. 3. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Código civil anotado**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DÓRIA, A. de Sampaio. **Direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 1960.

FACHIN, Luiz Edson. Conceituação do direito de propriedade. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. v. 42:48-76. ano 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

\_\_\_\_\_. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. O futuro da codificação e o jurista do amanhã: ideias para um debate. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ**. v. 7, n. 26. - Rio de Janeiro: EMERJ, 2004.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos, teoria geral e contratos em espécie**. vol. 4. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

FEIJÓ, Ricardo. **Desenvolvimento econômico: modelos, evidências, opções políticas e o caso brasileiro**. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

FENET, P.A. **Recueil complet des travaux préparatoires du code civil: discussions, motifs, rapports et discours**. Tome Treizième. Paris: Videcoq, 1829.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

\_\_\_\_\_. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

\_\_\_\_\_. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Forense, 2002.

FLINIAUX, A. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du Moyen Âge. In: **Melanges Paul Fournier**. Paris, 1929.

FONSECA, Arnaldo Medeiros. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional do Rio de Janeiro, 1943.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Um estudo sobre a relação entre o estado e a propriedade privada através de John Locke. **Revista de Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ano 9. n. 37. outubro/dezembro/2001.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. A cláusula de não indenizar. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 565: 24 (1982);

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GIORGIANI, Michele. O Direito Privado e as suas fronteiras. In: **Obrigações e contratos: estrutura e dogmática**. vol. I. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords.). Revista dos Tribunais. São Paulo: 2011.

GIORGIANI, Michele. O direito privado e as suas fronteiras. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 747:35-55 (1998).

GIRARD, G. *De la stipulatio poenae em droit romain: de la clause pénale en droit français*. Paris: Imprimerie Moquet, 1877.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e economia: introdução ao movimento law and economics. **Revista Jurídica da Presidência, Brasília**, v. 7, n. 73, p.01-10, junho/julho, 2005.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

\_\_\_\_\_. **Escritos menores: sinais novos da crise do direito**, São Paulo: Saraiva, 1981.

\_\_\_\_\_. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: 2008.

GÓMEZ, J. Miguel Lobato. O código bicentenário. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ**. v. 7, n. 26. - Rio de Janeiro: EMERJ, 2004.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil português**. vol. III. Tomo 3. São Paulo: Max Limonad, 1951.

GORDON, Robert W. Macaulay, Macneil e a descoberta da solidariedade e do poder no direito contratual. **Revista de Direito FGV**. São Paulo, v. 3, n. 1, p 187-202, jan-jun / 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. Direito das obrigações e direitos fundamentais: sobre a projeção do princípio da proporcionalidade no direito privado. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: DelRey. n 1. Janeiro/junho de 2003.

HARNAY, Sophie and MARCIANO, Alain. Posner, economics and the law: from “law and economics” to an economic analysis of law. **Journal of the History of Economic Thought**. v. 31, issue 02, jun/2009, p. 215-232.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. v. 45:141-152. ano 45. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

IRTI, Natalino. L'età dela decodificazione. In: **Obrigações e contratos: estrutura e dogmática**. vol. I. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis (org). **La nouvelle crise du contrat**. Paris: Dalloz, 2003.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 759, jan/1999, p. 24-40.

KARAM, Munir. Teixeira de Freitas e o processo de codificação do direito civil brasileiro. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. v. 29:95-112. ano 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

KELETI, Daniel de Leão. **Cláusula penal no código civil**. 2007. 213 folhas. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 622).

LAURENT, F. **Principes de droit civil français**. t. 17, Paris: A. Durand & Pedone Lauriel, 1875.

LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Contornos teóricos do ativismo judicial em matéria contratual**. 2014. 449 folhas. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**. vol. II. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **O contrato: exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

\_\_\_\_\_. Dirigismo contratual. In: **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos**. vol. III. (coords) FACHIN, Luiz Edson, TEPEDINO, Gustavo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos**. vol. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de una teoria sistematica del contrato. In: **Obrigações e contratos: estrutura e dogmática**. v. I. FACHIN, Luiz Edson, TEPEDINO, Gustavo (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado: direito das obrigações**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Questões relativas à cláusula penal contratual. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 116, p. 161-167, julho/2012

LUZ, Christine da. Como o código civil francês se adaptou ao longo do tempo. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ**. v. 7, n. 26. - Rio de Janeiro: EMERJ, 2004.

MACEDO, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MACNEIL, Ian Roderick. **O novo contrato social: uma análise das relações contratuais modernas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória individual e coletiva**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 215.

MARQUES, Cláudia Lima. Cem anos de código civil alemão: o BGB de 1896 e o código civil brasileiro de 1916. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 741, julho/1997.

\_\_\_\_\_. **Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002**. Aracajú: ESMESE/TJ, n. 7, 2004.

\_\_\_\_\_. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato. In: **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. MARQUES, Cláudia Lima (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. v. 59:19-38. ano 16. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

\_\_\_\_\_. O direito privado como “um sistema em construção” - as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 753: 24-48 (1998).

\_\_\_\_\_. **Diretrizes teóricas do novo código civil**. São Paulo: Saraiva. 2002.

\_\_\_\_\_. Contratos. Conceito e evolução. In: **Teoria geral dos contratos**. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.). São Paulo: Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_. O direito privado como “um sistema em construção” – As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. In: **Obrigações e contratos: estrutura e dogmática**. vol. I. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson Fachin (coords.). Revista dos Tribunais. São Paulo: 2011.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro). **Revista do Conselho da Justiça Federal. Brasília**, nº. 28, p. 15-32, jan/mar. 2005.

MATTIA, Fábio Maria de. Cláusula penal pura e não pura. In: **Obrigações: função e eficácia**. v. II. (coords.) FACHIN, Luiz Edson, TEPEDINO, Gustavo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

MAZEAUD, Denis. **La notion de clause pénale**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

\_\_\_\_\_. **Comentários à constituição de 1946**. 3. ed. Tomo V. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**. Tomo XXVI, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

MONCADA, Luís Cabral de. **Direito económico**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MONTEIRO, Antônio Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 207-212;

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Considerações sobre certos institutos de direito contratual e seus potenciais efeitos econômicos. In: **Obrigações e contratos: estrutura e dogmática**. vol. III. FACHIN, Luiz Edson Fachin, TEPEDINO, Gustavo (coords.). Revista dos Tribunais. São Paulo: 2011.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NERO, João Alberto Schützer Del. **Conversão substancial do negócio jurídico**. São Paulo: Renovar, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 3, setembro/dezembro 1992.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 10 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle de concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fabio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Cláudia Vieira de. Cláusula de não-indenizar. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 58: 27-47 (1991).

PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Código Napoleão. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. vol. 51:7-15. ano 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Civil**. vol. 3. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito civil**. vol. 2. 20. ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO MONTEIRO, António Joaquim de Matos. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990.

PLANIOL, Marcel. **Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultes de droit**. Tome Deuxième. 9 ed. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1923.

POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Editora Cultrix, 1972.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

POTHIER, Robert Joseph. **Les traités du droit français**. Tome Premier. Paris: A Bruxelles, H. Tarlier, 1831.

\_\_\_\_\_. **Traité des obligations**. Tome Premier. Paris: Thomine et Fortic, 1821.

\_\_\_\_\_. **Traité des obligations**, Paris: Chez Thomine et Fortic, 1865.

PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Coimbra: Edições Almedina AS, 2005.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2014

RANIERI, Nina Beatriz. Do Estado Liberal ao Estado Contemporâneo: Notas sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ano 9. n 36. julho/setembro de 2001

RÁO, Vicente. **Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994,

\_\_\_\_\_. **Nova fase do direito moderno**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações**. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação**. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Cláusula penal: natureza e função no Direito Romano. In: **O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual**. vol. 1. Pinto, Eduardo Vera-Cruz (org.). 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. **Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro**. 2016. 418 folhas. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSAS, Roberto. Validade das cláusulas de não-responsabilidade ou limitativas de responsabilidade. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 479: 12 (1975).

ROSENVALD, Nelson. **A cláusula penal: a pena privada nas relações negociais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 28.

\_\_\_\_\_. Noções gerais: conceito, estrutura, importância, função e elementos da relação obrigacional. In **Obrigações**. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.). São Paulo: Atlas, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. vol. I. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1971.

SALDANHA, Néelson. **A revolução francesa e o pensamento jurídico-político contemporâneo**. Revista de Direito Imobiliário, Agrário e Empresarial. v. 53:134-140. ano 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 823: 67-86 (2004).

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. vol. XI, 13. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e do direito constitucional**. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SAVATIER, René. **Les metamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui**. 3. ed. Paris: Dalloz, 1964.

\_\_\_\_\_. **La théorie des obligations. Vision juridique et économique.** 3. ed. Paris: Dalloz, 1974.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **As consequências do descumprimento das obrigações à luz do princípio da restituição integral: uma interpretação sistemática e teleológica.** 2006. 650 folhas. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil.** vol. II. 4. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1964.

SERPA, Pedro Ricardo. **Indenização punitiva.** Dissertação de mestrado. 387 folhas. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

SILVA, Clóvis do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo. 628: 8 (1988), p 11.

\_\_\_\_\_. **A obrigação como processo.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional.** São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

SILVA, Leonardo Di Cola N. **Cláusula penal e o código civil de 2002.** 2008. 146 folhas. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

SILVEIRA, Alípio. **Hermenêutica no direito brasileiro.** 1. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Um discurso sobre as ciências.** São Paulo: Cortez, 2003.

SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.** v. 7, n. 26. - Rio de Janeiro: EMERJ, 2004.

SOUZA, Washington Peluso Albino. **Lições de direito econômico**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. **Danos morais no Brasil e *punitive damages* nos Estados Unidos e no Direito de Imprensa**. Tese de doutorado. 301 folhas. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013.

STIGLITZ, Joseph E. The contributions of the economics of information to twentieth century. **The Quarterly Journal of Economics**, vol. 115, n. 4, nov./2000, p. 1441-1478.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

\_\_\_\_\_. Questionando o ativismo judicial ou “de como necessitamos de uma teoria da decisão”. **Revista Jurídica Direito & Paz**. São Paulo: Unisal, ano XVI, n. 30, 2014, p. 11-47.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. Código de defesa do consumidor, código civil e complexidade do ordenamento. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. 14, n. 56, out./dez. 2005.

\_\_\_\_\_. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

THILAMY, Jean. Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit compare. **Revue international de droit compare**. Paris: Libraries Techniques, vol. 32, n. 1, janvier/mars/1980.

THILAMY, Jean. Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit compare. **Revue international de droit compare**. Paris: Libraries Techniques, janvier/mars/1980, vol. 32, n. 1.

TRÍPOLI, César. **História do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936.

TRUBILHANO, Fábio Souza. **A cláusula penal e sua limitação no ordenamento jurídico brasileiro e no direito estrangeiro**. 2010. 209 folhas. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Direito e Economia**. Tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bokman, 2010.

\_\_\_\_\_. Um prêmio Nobel para a ciência jurídica: teoria, trabalho empírico e o método científico no estudo do direito. Antônio Maristrello Porto, Patrícia Sampaio, organizadores. **Direito e Economia em dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. vol. II. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

\_\_\_\_\_. **Das obrigações em geral**. Coimbra: Almedina, 2011.

VELASCO, Ignácio M. Poveda. Ordenações do Reino de Portugal. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. v. 69:57-75. ano 18. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2015.

WALD, Arnold. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. **Revista dos Tribunais**, 845:81-94 (2006).

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004,

WOLKER, Antônio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

XAVIER, José Tadeu Neves. **A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade**. 2006. 339 folhas. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

ZIMMERMAN, Reinhard. **The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition**. Johannesburg: Juta & Co, Ltd, 1992.

### **Artigos eletrônicos**

CANNON, Joseph P.; GUNDLACH, Gregory T.; ACHROL, Ravi S. Contracts, norms, and plural form governance. **Journal of the Academy of Marketing Science**. SPRING 2000, vol. 28, no. 2180-194. Disponível em: <[https://www.unf.edu/~ggundlac/pdfs/pub\\_28.pdf](https://www.unf.edu/~ggundlac/pdfs/pub_28.pdf)>. Acesso em: 15 de maio de 2014.

CHASSAGNON, Virgile. The law and economics of the modern firm: a new governance structure of power relationships. **Revue d'économie industrielle**. n. 134. 2011. p. 25-50. Disponível em: <<http://rei.revues.org/4983>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2015.

COASE, Ronald. **The problem of social cost**. **Journal of law and economics**. Vol. III, october, 1960. Disponível em: <<http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2015.

DURIF, Fabien. **Quatre essais sur l'importance de la théorie du contrat social de Manceil dans le champ du marketing relationnel**. Thèse du doctorat. 2008. 309 f. Université du Québec à Montreal. Disponível em: <<http://www.archipel.uqam.ca/2341/1/D1762.pdf>>. Acesso em: 10 de junho de 2014.

FEHR, Ernst; ZEHNDER, Christian; OLIVER, Hartigo **Contracts, reference points, and competition-behavioral effects of the fundamental transformation**. May 2009. Disponível em: <[http://scholar.harvard.edu/files/hart/files/contracts2referencepointsandcompetition\\_2.pdf?m=1360039716](http://scholar.harvard.edu/files/hart/files/contracts2referencepointsandcompetition_2.pdf?m=1360039716)>. Acesso em: 10 de agosto de 2015.

FULLER, Lon; PERDUE JR, William R. **The reliance interest in contract damages**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fuller.html#vii>>. Acesso em: 05 de junho de 2014.

GROSSMAN, Sanford J.; OLIVER, Hartigo **The costs and benefits of ownership: a theory of vertical and lateral integration**. Journal of Political Economy, 1986, vol. 94, nº. 4. Disponível em: <[http://scholar.harvard.edu/files/hart/files/jpe\\_1986a\\_0.pdf?m=1433785329](http://scholar.harvard.edu/files/hart/files/jpe_1986a_0.pdf?m=1433785329)>. Acesso em: 15 de agosto de 2015.

HOVENKAMP, Herbert. Law and economics in the United States: a brief historical survey. **Cambridge Journal of Economics**, 1995, n. 19, p. 331-352. Disponível em: <<http://academic.udayton.edu/Lawecon/Readings/Law%20and%20Economics%20in%20the%20US.pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2015.

JONH, Moore; OLIVER, Hartigo. **Incomplete contracts and ownership: some new thoughts**. May 2007. Disponível em: <<http://scholar.harvard.edu/files/hart/files/incompletecontactsandownershippaer.pdf?m=1360039994>>. Acesso em: 15 de agosto de 2015.

KIRAT Thierry. Economie et droit. De l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances ?. In: **Revue économique**. Vol. 49, n. 4, 1998. p. 1057-1087. Disponível em: <[http://www.persee.fr/doc/reco\\_0035-2764\\_1998\\_num\\_49\\_4\\_410031](http://www.persee.fr/doc/reco_0035-2764_1998_num_49_4_410031)>. Acesso em: 06 de maio de 2013.

MACAULAY, Stewart. **An empirical view of contract**. Madison. University of Wisconsin Law School, 1984. Disponível em: <[https://media.law.wisc.edu/s/c\\_8/2fgfk/empirical\\_view\\_of\\_contract.pdf](https://media.law.wisc.edu/s/c_8/2fgfk/empirical_view_of_contract.pdf)>. Acesso em: 05 de agosto de 2015.

MAIJA, Halonen-Akatwijuka; HART, Oliver. **Short-term, long-term, and continuing contracts. More is less: why parties may deliberately write incomplete contracts**. April 2013. Disponível em: <[http://scholar.harvard.edu/files/hart/files/more\\_is\\_less\\_april\\_19\\_2013-2\\_copy.pdf?m=1366641264](http://scholar.harvard.edu/files/hart/files/more_is_less_april_19_2013-2_copy.pdf?m=1366641264)>. Acesso em: 10 de Agosto de 2015

MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na economia. **Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador. nº. 1, fevereiro/março/abril de 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-EGON-BOCKMANN.pdf>>. Acesso em: 10 de agosto de 2015.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Boston: Little, Brown and Company, 1973. Disponível em: <[http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2680&context=law\\_law\\_review](http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2680&context=law_law_review)>. Acesso em: 10 de maio de 2015.

SABEL, Charles F. **Studied trust: building new forms of cooperation in a volatile economy**. Disponível em: <<http://hum.sagepub.com/content/46/9/1133.full.pdf+html>>. Acesso em: 05 de junho de 2014.

STINCHCOMBE, Arthur L. **Information and Organizations**. Berkeley: University of California Press, 1990. Disponível em: <<http://ark.cdlib.org/ark:/13030/ft338nb1zq/>>. Acesso em: 15 de março de 2014.

SZTAJN, Rachel. **Contratos incompletos e a atividade empresarial**. Anais do VI congresso internacional de direito da Universidade São Judas Tadeu, maio de 2009, p. 27. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67626>>. Acesso em: 10 de outubro de 2015.