



PUC-SP

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

ANA CLAUDIA ROCHA PRADO

**LIMITES DA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL: IMPOSSIBILIDADE DE
CUMULAR MULTA COMPENSATÓRIA COM PERDAS E DANOS
DECORRENTES DO INADIMPLENTO CONTRATUAL.**

SÃO PAULO

2023

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

ANA CLAUDIA ROCHA PRADO

**LIMITES DA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL: IMPOSSIBILIDADE DE
CUMULAR MULTA COMPENSATÓRIA COM PERDAS E DANOS
DECORRENTES DO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor Francisco José Cahali.

SÃO PAULO
2023

DEDICATÓRIA

À minha mãe Roselena, ao meu pai Affonso e à minha irmã Ana Letícia, os quais, com muito carinho e apoio, nunca mediram esforços para que eu chegasse até aqui.

RESUMO

A cláusula penal é uma cláusula contratual, previamente estabelecida entre as partes, que visa garantir o risco de inadimplemento ou mora dos contratantes. Desta forma, tornou-se uma ferramenta muito utilizada na atualidade e que vem gerando expressiva controversa, motivo pelo qual o Superior Tribunal de Justiça tem buscado regradar e limitar a sua aplicação através da sua jurisprudência.

Assim, a presente tese possui como objetivo analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em relação a impossibilidade de cumular a aplicação da cláusula penal compensatória com o pedido de indenização de perdas e danos decorrentes do inadimplemento contratual.

Através dos principais conceitos e características da cláusula penal e das perdas e danos, será demonstrado as razões que levaram o Superior Tribunal de Justiça a limitar a aplicação da multa compensatória e impedir a sua cumulação com a indenização de perdas e danos decorrentes do inadimplemento contratual.

Palavras-chave: 1. Cláusula penal; 2. Perdas e danos; 3. Multa contratual; 4. Pena convencional

ABSTRACT

The penalty clause is a contractual clause, previously established between the parties, which aims to ensure the risk of default or delay of the contracting parties. Thus, it has become a widely used tool nowadays and has generated great controversy, which is why the Superior Court of Justice has sought to regulate and limit its legal application through its jurisprudence.

Thus, this thesis aims to analyze the case law of the Superior Court of Justice regarding the impossibility of cumulating the application of the penalty clause with the request for indemnification for losses and damages arising from breach of contract.

Through the main concepts and characteristics of the penalty clause and losses and damages, the reasons that led the Superior Court of Justice to limit the application of the compensatory fine and prevent its accumulation with the compensation for losses and damages arising from breach of contract will be demonstrated.

Keywords: 1. Penal clause; 2. Losses and damages; 3. contractual fine; 4. conventional penalty.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO	7
II. DO INSTITUTO DA CLÁUSULA PENAL	8
a. Conceito e natureza jurídica	8
b. Finalidades	14
c. Exigibilidade	16
d. Espécies: compensatória x moratória	19
III. PERDAS E DANOS	23
a. Consequências previstas pelo Código Civil ao inadimplemento contratual	23
b. O que são perdas e danos?	23
c. Danos emergentes x lucros cessantes	26
IV. CUMULAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL COM PERDAS E DANOS	29
a. Impossibilidade de cumular multa compensatória com perdas e danos decorrentes do inadimplemento contratual	29
b. Possibilidade de optar pela aplicação da multa compensatória ou pela indenização de perdas e danos	31
c. Possível cumulação quando previamente pactuado em contrato	33
d. Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema	34
e. Uma avaliação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça exposta	39
V. CONCLUSÃO	41

I. INTRODUÇÃO

Ao celebrar um contrato, as partes têm como preocupação um possível inadimplemento, motivo pelo qual buscam estabelecer contratualmente institutos capazes de gerir tal risco. A cláusula penal, também denominada de pena convencional, surge como solução a este cenário, uma vez que é um instituto de grande aplicação prática, que tem como intuito garantir coercitivamente o cumprimento da obrigação estipulada.

A cláusula penal, prevista nos artigos 408 a 416 do Código Civil, tem a função de fixar indenização por descumprimento contratual, sendo nessa hipótese uma multa compensatória, ou por atraso no contrato ou obrigação, tratando-se, neste caso, de uma multa moratória.

Apesar da cláusula penal ser uma ferramenta muito comum nas relações contratuais, a sua aplicação vem sofrendo limitações em relação a sua aplicabilidade. Este estudo se concentrará na limitação jurisprudencial firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não é possível cumular multa compensatória com pleito de perdas e danos decorrentes do inadimplemento contratual.

Como será demonstrado, tal entendimento parte do pressuposto que a cláusula penal compensatória, representa, em suma, uma forma de contenção antecipada de possíveis prejuízos, de modo que o montante estabelecido entre as partes já presume uma estimativa do que seriam as perdas e danos.

Desta forma, a multa compensatória e o pleito de indenização de perdas e danos decorrentes de indenização possuem o mesmo objetivo de recomposição de prejuízos perante o inadimplemento contratual. Logo, a cumulação de ambas as ferramentas jurídicas viola o princípio do “*non bis in idem*”, segundo o qual não é possível punir duas vezes a mesma falta.

II. DO INSTITUTO DA CLÁUSULA PENAL

a. Conceito e natureza jurídica

O Código Civil não determina expressamente o conceito de cláusula penal. Desta forma, aos doutrinadores, desincumbiu-se o trabalho de conceituá-la, destacando, contudo, nas definições formuladas, a preferência por determinadas finalidades da cláusula. Giovanni Ettore Nanni, por exemplo, define cláusula penal, ressaltando a sua função de prefixar as perdas e danos devidos do inadimplemento da obrigação:

A cláusula penal consiste na prefixação, convencionada entre as partes, das perdas e danos ou de outra prestação que não dinheiro devidas em consequência de inadimplemento absoluto; de uma sanção consubstanciada, ordinariamente, em pecúnia ou percentual aplicável sobre a dívida em caso de mora; ou uma das duas por ocasião do descumprimento de disposição contratual específica, dependendo da situação concreta.¹

Limongi França, por sua vez, enfatiza a função da cláusula penal de garantir o cumprimento de uma determinada obrigação pactuada:

A cláusula penal é um pacto acessório ao contrato ou a outro ato jurídico, efetuado na mesma declaração ou declaração à parte, por meio do qual se estipula uma pena, em dinheiro ou outra utilidade, a ser cumprida pelo devedor ou por terceiro, cuja finalidade precípua é garantir, alternativa ou cumulativamente, conforme o caso, em benefício do credor ou de outrem, o fiel cumprimento da obrigação principal, bem assim, ordinariamente, constituir-se na pré-avaliação das perdas e danos e em punição do devedor inadimplente²

Nestes termos, qualquer que seja a função ressaltada pela doutrina, pode-se concluir, sinteticamente, que a cláusula penal é um pacto estabelecido entre as partes para determinar uma pena, caso ocorra o descumprimento, inadimplemento absoluto ou em parte, de uma obrigação.

Apesar da cláusula penal, em regra, estipular pena em pecúnia não há qualquer previsão na lei que obrigue as partes a estabelecer como pena o pagamento em dinheiro. Desta forma, a doutrina é uníssona ao reconhecer não há qualquer limitação

¹ NANNI, Giovanni E. **Comentários Ao Código Civil: Direito Privado Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 390.

² FRANÇA, R. L. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 7.

legal quanto ao objeto da cláusula penal, sendo apenas necessário que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável:

Em relação ao objeto, não há qualquer restrição para além do que se exige de todo negócio jurídico, ou seja, que o seu objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável. Na vasta maioria dos casos estabelece-se como cláusula penal o pagamento de determinada soma em dinheiro, mas não há qualquer restrição legal quanto ao seu objeto.³

Assim, a cláusula penal poderá, também, “*consistir em obrigações de dar, de fazer, de não fazer, ou, ainda, na perda de um direito*”⁴. Desta forma, como bem ensina Washington de Barros Monteiro, nada impede que tal cláusula preveja como pena a entrega de uma coisa, a realização de um serviço ou a abstenção de um fato:

Geralmente, fixa-se em dinheiro, em determinada cifra, a pena convencional; nada impede, todavia, seja convencionalizada em prestação de outra natureza, como a entrega de uma coisa, a realização de um ato ou serviço, ou a abstenção de um fato. Pode mesmo consistir na perda de determinada vantagem, como de uma benfeitoria ou melhoramento.⁵

No mais, embora a pena convencional seja originalmente contratual, é possível a sua disposição em negócios jurídicos unilaterais, por exemplo, no testamento, para estimular o herdeiro a cumprir as hipóteses convencionalizadas pelo falecido: “*a cláusula penal pode ser utilizada em outros negócios jurídicos, por exemplo, no testamento, para estimular o herdeiro a entregar o legado ao legatário, não seria prudente restringir sua abrangência ao contrato*”⁶.

Caio Mário da Silva Pereira, por sua vez, ressalta a possibilidade de aplicação da cláusula penal também nas obrigações decorrentes de lei, visto que não há nenhuma incompatibilidade entre o caráter convencional da multa e a natureza legal da obrigação:

³ SEABRA, André S. **Limitação e Redução da Cláusula Penal**. (Coleção IDiP). São Paulo: Grupo Almedina (Portugal). 2022. p. 37.

⁴ SEABRA, André S. **Limitação e Redução da Cláusula Penal**. (Coleção IDiP). São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. p. 37.

⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. v. 4. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 336.

⁶ CASSETTARI, Christiano. **Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal**. ed 5. Saraiva: 2017. p. 40.

Toda obrigação, de qualquer espécie, pode receber o reforço de uma cláusula penal. Frequentemente vem esta adjeta às convencionais, em razão de que a mesma vontade criadora do vínculo tem o poder de estipulá-la. É originariamente contratual, como contratual seu campo de incidência mais frequente, e mesmo o seu mecanismo. Mas seria inexato insulá-la no direito do contrato, como aliás procede Salvat, e antes dele Giorgi, pois que é lícito inseri-la no testamento, que é ato unilateral, punindo o herdeiro pela inexecução de legados ou encargos. Fora de as obrigações contratuais, também as decorrentes de lei, a par das penalidades que as acompanham por força da mesma lei, podem ser igualmente reforçadas de penas convencionalmente determinadas, pois nenhuma incompatibilidade existe entre a natureza legal da obrigação e o caráter convencional da multa⁷

Em relação à forma da cláusula penal, há uma grande discussão doutrinária quanto à possibilidade, ou não, de ser estipulada verbalmente. Conforme passará a ser demonstrado, a discussão está estritamente ligada com a sua natureza jurídica.

A cláusula penal, como já revelado em alguns conceitos apresentados, tem natureza jurídica acessória, conforme se extrai do Art. 412, do Código Civil⁸. A sua existência, portanto, está vinculada diretamente a uma obrigação principal autônoma. Desta forma, pode-se afirmar que *“a cláusula penal é uma obrigação acessória de um contrato principal”*⁹. É o que ensina Carlos Roberto Gonçalves:

Contratos principais são os que têm existência própria e não dependem, pois, de qualquer outro (compra e venda, locação etc.). Acessórios são os que têm sua existência subordinada à do contrato principal (cláusula penal, fiança etc.). Os últimos seguem o destino do principal. Assim, nulo este, nulo será também o negócio acessório. A recíproca, todavia, não é verdadeira (CC, art. 184).¹⁰

Como destacado pelo Autor, o acessório segue o principal. Desta forma, caso o contrato principal seja considerado inválido, por qualquer razão que seja, a cláusula penal também deverá ser invalidada, devido a sua natureza acessória. Todavia, em situação inversa, o resultado não será o mesmo:

Por outro lado, caso seja nula a cláusula penal, perde ela sua eficácia, mas permanece íntegra, perfeitamente válida, a obrigação principal, que existe, por si, sem qualquer subordinação ao que lhe for acessório. O risco da

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. v.2. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 148.

⁸ “o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.”

⁹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Parte geral das obrigações**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 262.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos R. **Coleção Sinopses Jurídicas 6 - Direito civil: direito das obrigações - tomo I - parte especial: contratos**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 45.

ineficácia da cláusula não afeta a existência da obrigação, que possui vida autônoma.¹¹

Importante salientar, ainda, que a cláusula penal poderá ser estipulada em conjunto com a obrigação principal ou em ato posterior, nos moldes do Art. 409 do Código Civil. Contudo, na hipótese de vir a ser estipulada em momento posterior, Judith Martins Costa ressalva que deverá ser pactuada “*em momento anterior ao da inexecução da obrigação*”¹².

Deste modo, seguindo a tese de que a obrigação acessória segue a principal, presume-se que a cláusula penal deverá acompanhar a forma dada ao contrato principal. Nas palavras de Pontes de Miranda, “*à cláusula penal exige-se a mesma forma que à dívida principal*”¹³.

Todavia, há uma grande discussão quanto a possibilidade de pactuar verbalmente a cláusula penal, nos casos em que a obrigação principal tenha sido formalizada deste modo.

Doutrinadores como André Seabra defendem que a cláusula penal não possui forma específica, não devendo, portanto, ser necessariamente escrita para ser válida e provada:

Em relação à forma, a cláusula penal não suscita maiores controvérsias. Desde a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, que revogou o artigo 227 do Código Civil, deixou de existir no direito brasileiro a distinção entre negócios *ad solenitatem* e *ad probationem*, de modo que o valor da cláusula penal não terá o potencial de exigir a forma escrita para a sua prova. Assim, não se exige forma especial nem para a validade nem para a prova da cláusula penal.¹⁴

Marcelo Benacchio, também é defensor desta tese, fazendo, contudo, a ressalva de que “*a cláusula penal pode ter forma verbal, entretanto, tal não é recomendável pelas questões atinentes à dificuldade probatória*”¹⁵.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. v. 2. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 146/147.

¹² MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil - Vol. V - Tomo II**, 2ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2008. p. 638.

¹³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, Tomo 26, 1ª edição. Editora Bookseller. Campinas. 2003. p. 92.

¹⁴ SEABRA, André S. **Limitação e Redução da Cláusula Penal**. (Coleção IDiP). São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. p. 39.

¹⁵ Benacchio, Marcelo. **Cláusula penal: revisão crítica à luz do Código Civil de 2002**. In: Nanni, Giovanni Ettore (coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 386.

Por sua vez, Álvaro Villaça Azevedo defende que a pactuação da cláusula penal deve ser estabelecida necessariamente por escrito, de modo que, a pena convencional fixada verbalmente jamais poderá ser considerada válida:

Acrescento, nesse passo, que a cláusula penal pode coexistir com qualquer das espécies de obrigação existentes, devendo, entretanto, comprovar-se por escrito. Por essa razão, jamais poderia ser válida a pena convencional que se fixasse, verbalmente, mesmo existindo, por escrito, a obrigação principal. Entendo, todavia, que deve ser reconhecida a validade da cláusula penal, que se faça, por escrito; a obrigação a que ela se liga pode ser expressa verbalmente, desde que não seja ineficaz¹⁶

No mesmo sentido, ensina Christiano Cassettari:

Obrigatoriamente a cláusula penal deve ser criada em negócio jurídico escrito, haja vista que ela deve estar sempre expressa, demonstrando a real intenção das partes, o que veda a possibilidade de existência de cláusula penal tácita¹⁷

Passando para uma análise jurisprudencial, percebe-se que os julgados dos mais diversos Tribunais de Justiça Estaduais têm se firmado no sentido que, ainda que o contrato principal seja verbal, a cláusula penal deve ser, obrigatoriamente, convenionada por escrito para que possa ser aplicada:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - ARRENDAMENTO DE IMÓVEL RURAL - NULIDADE CONTRATUAL - FALTA DE INTERESSE RECURSAL - CONTRATO VERBAL - RESCISÃO UNILATERAL PELO LOCADOR POR AUSÊNCIA DE PAGAMENTO - CLÁUSULA PENAL - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - MULTA CONTRATUAL SOBRE OS ALUGUÉIS A VENCER - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO. O interesse processual decorre da necessidade de a parte buscar o juízo para alcançar a tutela pretendida, que deverá lhe ser útil, ou seja, a obtenção da tutela jurisdicional é imprescindível. Se a sentença reconhece que o contrato é verbal não há interesse no pedido de nulidade de contrato escrito. **O contrato de arrendamento de imóvel pode ser verbalmente celebrado, não obstante, a pena convencional não poderá ser verbal em razão de sua natureza, exigindo a comprovação formal de sua existência**, seja por um ato firmado posteriormente ou por outro meio de prova, cujo ônus será da parte credora. (TJ-MG - AC: 10074180008935001 Bom Despacho, Relator: Adriano de Mesquita Carneiro, Data de Julgamento: 23/10/2019, Câmaras Cíveis / 11ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/10/2019)

¹⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípico: curso de direito civil**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 84.

¹⁷ CASSETTARI, Christiano. **Multa contratual - teoria e prática da cláusula penal**, 3.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011: p. 153.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO CONVERTIDA EM AÇÃO DE COBRANÇA. DECISUM EXTRA PETITA EM RELAÇÃO À CLÁUSULA PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. PEDIDO EXPRESSO. **CONTRATO VERBAL DE LOCAÇÃO. CLÁUSULA PENAL EM CONTRATO NÃO ESCRITO. IMPOSSIBILIDADE** REDUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, JÁ ARBITRADOS NO PERCENTUAL MÍNIMO. REVISÃO. DESNECESSIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. 1.O cerne da questão consiste em analisar se houve julgamento extra petita ao impor a multa de 10% (dez por cento), se devidos acessórios da locação, bem como se houve excesso no valor arbitrado aos honorários advocatícios. 2. Conta da inicial o pedido de condenação da parte ré à cláusula penal, o qual foi deferido por sentença. **Acerca do cabimento dessa multa tem-se que é necessário a pactuação expressa da cláusula penal, visto que é uma condição acessória ao contrato. No presente caso, inexistente essa disposição, uma vez que o contrato que vincula as partes é verbal, não comporta aplicação por presunção.** Reforma da sentença no tópico. 4. Acerca dos acessórios da locação atinentes os débitos da Coelce (Enel), cumpre ressaltar que é dever do apelante pagar as referidas despesas, nos termos do art. 23, VIII, da lei do inquilinato. 5. Respeitante aos honorários advocatícios, verifica-se que o juízo observou o parâmetro mínimo estabelecido no art. 85, § 2º do CPC, no que deve ser mantida a sentença. 8.Recurso conhecido e parcialmente provido, para excluir a condenação à cláusula penal. ACÓRDÃO Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, nos autos da Apelação Cível nº 0169310-42.2012.8.06.0001, por unanimidade, por uma de suas Turmas, em conhecer do recurso para DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, nos termos do voto do eminente Relator. Fortaleza, 28 de julho de 2021. (TJ-CE - AC: 01693104220128060001 CE 0169310-42.2012.8.06.0001, Relator: HERACLITO VIEIRA DE SOUSA NETO, Data de Julgamento: 28/07/2021, 1ª Câmara Direito Privado, Data de Publicação: 29/07/2021)

EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE AFILIAÇÃO PARA TRANSMISSÃO DE SINAL DE RÁDIO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA POR JULGAMENTO ANTECIPADO DO MÉRITO. AFASTADA. MERITUM CAUSAE. **CONTRATO VERBAL. CLÁUSULA PENAL NÃO ESTIPULADA EM CONTRATO ESCRITO. INEXIGÍVEL. RESILIÇÃO PREVIAMENTE INFORMADA. ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR AUSENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. DEVIDOS. I - Compete ao julgador conduzir a instrução processual, consectário da livre persuasão racional, imbuído da prerrogativa de determinar a realização de diligências que entender necessárias ou indeferir as protelatórias. Nessa esteira, quando os elementos que compõem o processo são suficientes para elucidação da questão, mostra-se irrelevante a oitiva de testemunhas que em nada acrescentaria ao deslinde da lide, não havendo falar-se em cerceamento do direito de defesa. II - Do mesmo modo, descabida a arguição de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado da lide, tendo em vista que a prova é destinada ao magistrado e a necessidade de sua realização é de competência exclusiva do dirigente processual que, na espécie, considerou desnecessária uma maior dilação probatória. III - **A multa contratual, ou cláusula penal, ou pena convencional (stipulatio poenae), deverá ser sempre e necessariamente escrita, não podendo ser acertada verbalmente ainda que o possa ser a obrigação principal; de todo modo, ainda que se julgue possível o ajuste de cláusula penal em contratação verbal, inexistente comprovação de que tenha sido pactuada****

entre as partes. IV - Acerca do cabimento dessa multa tem-se que é necessário a pactuação expressa da cláusula penal, visto que é uma condição acessória ao contrato. No presente caso, inexistente essa disposição, uma vez que o contrato que vincula as partes é verbal, e, por conseguinte, não comporta aplicação por presunção. V - A partir dos fatos narrados pela própria autora, não se extrai nenhuma conduta ilícita por parte da ré, pois antes de interromper o sinal de transmissão da autora e receber o sinal de outra rádio, ela formulou a comunicação por e-mail (evento 01, arquivo 73). Diante da falta de ajuste escrito e detalhado, revela-se perfeitamente possível a rescisão unilateral mediante denúncia notificada à outra parte, nos exatos termos do artigo 473 do Código Civil. VI ? Incorre dever de indenizar, porquanto ausente conduta ilícita, evento danoso e nexo de causalidade que ampare a tese proemial de perdas e danos, porquanto, ausente contrato escrito, a responsabilidade civil opera-se nos termos legais dispostos nos artigos 186 e 927 do Código Civil. Ausente prova de conduta ilícita, ante o exercício regular de direito (CC, art. 188, I), não resta configurado dano civil indenizável em favor da empresa autora. VII ? Desprovido o apelo, majoram-se os honorários advocatícios sucumbenciais, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA. (TJ-GO 54236308620198090051, Relator: ÁTILA NAVES AMARAL, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: 10/06/2022)

De acordo com os julgados, a cláusula penal, também denominada de pena convencional, deve ser expressamente pactuada, pois, não pode ser aplicada por presunção.

Resta apresentada, portanto, a conceituação, natureza jurídica e as principais características da cláusula penal, elemento central do objeto deste estudo.

b. Finalidades

Diante dos conceitos apresentados, conclui-se que a cláusula penal possui duas principais finalidades: (i) estabelecer previamente as perdas e danos, caso ocorra o inadimplemento contratual; e (ii) coagir as partes a cumprirem o que foi pactuado em contrato. Inclusive, é o que ensina Judith Martins Costa:

A cláusula penal pode ter duas finalidades: (a) indenizar – estabelecendo, prévia e substitutivamente, o valor das perdas e danos para o caso de inadimplemento culposos da prestação – ou (b) coagir ao cumprimento, mediante um “estímulo”, “pressão” ou “ameaça” ao devedor.¹⁸

Quanto a função reparatória de pré-fixação das perdas e danos em decorrência do inadimplemento da obrigação, posiciona-se Fábio Henrique Podestá:

¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil** - Vol. V - Tomo II, 2ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2008. p. 611.

Feita a distinção entre obrigações principais e acessórias, pode-se afirmar que a obrigação com cláusula penal consiste num pacto acessório comumente utilizado de forma subsidiária para incidência no caso de descumprimento da obrigação (principal). Cuida-se de penalidade convencional inserida em um contrato que tem por fim específico prefixar a indenização da parte inocente considerada como não culpada pelo inadimplemento.¹⁹

Como pode-se ver, diante desta vertente, a cláusula penal configura *“um ato de liquidação preventiva de um dano, eventual e futuro, produzido ou pelo inadimplemento definitivo, ou pela mora, de sorte que a figura deveria traduzir a medida (estimada) do dano, tendo, assim, função ressarcitória”*²⁰.

Em outras palavras, esta função revela um caráter ressarcitório, uma vez que prevê antecipadamente o montante estimado que corresponderia às perdas e danos, em caso de descumprimento contratual. Nas palavras de Silvio Rodrigues, trata-se da *“função mais importante da cláusula penal”*²¹, e ainda salienta que a cláusula penal tem o condão de facilitar ao credor a cobrança do que supostamente deveria ser recebido em ação indenizatória, uma vez que não tem a obrigação de, em juízo, fazer provas para demonstrar os hipotéticos danos causados. O fato de ter sido convencionalizada a pena convencional, por si só, pressupõe que o inadimplemento acarreta prejuízo:

Facilita o recebimento da reparação, porque poupa ao credor o trabalho de provar judicialmente o montante de seu prejuízo, a fim de alcançar indenização. De fato se o inadimplemento ocorrer sem que haja cláusula penal, o credor depois de vencedor na lide, deve mostrar o montante do seu dano e, se não conseguir fazê-lo, não obtém ressarcimento. Havendo, entretanto, cláusula penal, fica o interessado dispensado não só de provar como até mesmo de alegar qualquer dano, pois a convenção que estipulou a multa parte do pressuposto que o inadimplemento acarreta prejuízo, o qual pode ser coberto pela pena. Aliás, a fixação convencional de uma pena teve justamente por escopo suprimir qualquer debate sobre a matéria. De maneira que baste ao credor provar o inadimplemento do contendor, para que tenha direito à multa²²

¹⁹PODESTÁ, Fábio Henrique. **Direito das obrigações: teoria geral e responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 209.

²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil** - Vol. V - Tomo II, 2ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2008. p. 615.

²¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Parte Geral das Obrigações**. 29a ed., São Paulo: Saraiva, 2001, vol. 2, no 43, p. 85.

²² RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Parte Geral das Obrigações**. 29a ed., São Paulo: Saraiva, 2001, vol. 2, no 43, p. 87.

Por sua vez, Pontes de Miranda revela a sua preferência pela função coercitiva da pena convencional, ao preceituar que *“para estimular o devedor ao adimplemento do contrato, soem estipular os credores que, em caso de infração do contrato, fique o devedor com o dever de fazer outra prestação, que, de regra, é em dinheiro”*²³.

Essa função aponta uma medida de reforço à obrigação principal, para compelir o devedor a cumprir a obrigação pactuada, sob pena de arcar com prejuízos que lhe sejam mais desfavoráveis. Nas palavras de Juan José Blanco Gomez, a cláusula penal prevê ao devedor o *“constrangimento de sua vontade, impulsionando-o ao regular cumprimento da obrigação principal, sob a coerção das conseqüências derivadas da aplicação da pena”*.²⁴

Para Arnaldo Rizzardo, essa é a função mais importante da cláusula penal, tendo em vista o interesse do credor, sobretudo, de ver atendido o seu crédito da forma em que foi pactuado:

A função coercitiva é, realmente, a mais importante, apesar das tendências em salientar o caráter reparatório o compensatório. Sempre predominou esta finalidade, eis que interessa sobretudo ao credor ver atendido seu crédito, pelo tempo, modo e valor firmados. Possui força intimidativa, induzindo o devedor a satisfazer aquilo a que se comprometeu. Temendo que será obrigado a pagar soma bem superior àquela consignada no contrato, haverá maior empenho e cuidado para o devido cumprimento. Já que praticamente não mais subsistem penas diferentes que as patrimoniais para conseguir o cumprimento, enseja se constituir este o recurso mais apropriado com o qual arma-se o credor para impelir à satisfação de seu crédito²⁵

Logo, como visto acima, a cláusula penal tem dupla finalidade, sendo o presente estudo voltado à função compensatória da pena convencional.

c. Exigibilidade

A cláusula penal se torna devida, nos moldes do Art. 408 do Código Civil, desde que, culposamente, o devedor deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

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

²⁴ GÓMEZ, Juan José Blanco. **La Cláusula Penal en las Obligaciones Civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño**. Madrid: Dykinson, 1996. p. 15.

²⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações: Lei n. 10.406, de 10.01.2002**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 536.

Observa-se que o dispositivo legal, antigo art. 921 do Código Civil e 1916, foi alterado, para incluir o elemento culpabilidade como hipótese de cumprimento da cláusula penal.

Desta forma, são pressupostos à incidência da regra:

a) a existência de cláusula penal, pois essa há de ter sido pactuada, conjuntamente com a obrigação principal ou mesmo posteriormente, mas antes do inadimplemento; b) o incumprimento imputável e culposo, pois nem todo o tipo de incumprimento ativa a exigibilidade da cláusula penal, mas só aquele atribuível à culpa do devedor, como agora resta expresso no art. 408²⁶

Seguindo essa orientação, Cezar Peluso ensina que *“a cláusula penal prevista no art. 408 do CC somente será devida caso o devedor deixe culposamente de cumprir obrigação. Se a perda na produção se deu por caso fortuito, não há que se falar em culpa da contratada”*²⁷. Ou seja, o inadimplemento fortuito libera o devedor da obrigação de indenizar.

Inclusive, esse é, também, o entendimento de José Maria Leoni Lopes de Oliveira:

Segundo o texto do art. 408 o devedor incorre na cláusula penal quando há inadimplemento total da obrigação ou de alguma de suas cláusulas, ou constituiu-se em mora por sua culpa. Desse modo, se não houver culpa por parte do devedor quer no inadimplemento absoluto quer no inadimplemento relativo, ou mesmo na mora, não incidirá cláusula penal. Chega-se à seguinte conclusão: se o inadimplemento absoluto ou relativo ocorreu em virtude de caso fortuito ou de força maior, não há aplicação da cláusula penal. Esta pressupõe sempre conduta culposa por parte do devedor.²⁸

Em sentido contrário, Álvaro Villaça Azevedo aponta que o descumprimento da obrigação resulta na aplicação da pena convencional, independentemente da alegação de culpa:

Quanto à mencionada culpabilidade, entendo que a comprovação de sua existência, como também do dano, é dispensada à parte inocente que vai invocar a seu favor os benefícios da cláusula penal. Basta o descumprimento ou mora obrigacional para que a pena convencional seja devida. Por isso, o

²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil** - Vol. V - Tomo II, 2ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2008. p. 634.

²⁷ PELUSO, Cezar. **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. Barueri: Editora Manole, 2022. p. 419.

²⁸ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Novo código civil anotado**. v. 2. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 274.

art. 416, caput, do Novo Código Civil (1 parte do art. 927 do Código anterior) autoriza o credor da pena convencional a exigí-la de seu devedor, independente da alegação de prejuízo. Também não necessita esse credor de provar a culpa do mesmo devedor. Cabe, isto sim, ao inadimplente ou ao instado em mora escusar-se, ante essa situação criada, provando ausência de culpa sua.²⁹

Apesar da crítica feita por Álvaro Villaça Azevedo, o texto legal do Art. 408 do Código Civil e a doutrina majoritária entende pela necessidade da demonstração da culpa para aplicação da pena convencional. Assim, Arnaldo Rizzardo explica em que circunstâncias a culpa na falta de cumprimento da obrigação se caracteriza:

Como se caracteriza a culpa na falta de cumprimento da obrigação? Vislumbra-se quando o devedor simplesmente omite o cumprimento, ou não se apresentam circunstâncias que impedem a satisfação. Servem como exemplos a impossibilidade física, o surgimento de doença, a súbita falta de matéria-prima para a confecção, uma viagem imprevista, a resolução do contrato de trabalho, a deflagração de uma greve. Pode ser aventada toda a gama de situações que comportam o caso fortuito ou motivo de força maior³⁰

Arnaldo Rizzardo ainda aponta que *“ao devedor é que incumbe a prova da inexistência da culpa pela mora. Ao credor simplesmente cabe o pedido da cláusula penal. Não se lhe importa demonstrar que houve culpa, eis que esta se presume em toda e qualquer inadimplência”*.³¹

Por sua vez, conforme o Art. 416, *caput*, do Código Civil, não é necessário que o credor alegue prejuízo para exigir a pena convencional. Basta apenas a demonstração do descumprimento culposos da obrigação principal.

Outro ponto que deve ser considerado, é o momento em que a cláusula penal se torna exigível. Segundo Washington de Barros Monteiro, se existe prazo fixado em contrato, o decurso do tempo, sem o cumprimento da obrigação, enseja na pena convencional. Todavia, não havendo prazo pactuado, a cláusula penal poderá ser aplicada quando o credor, por interpretação, notificação ou protesto, reclamar o seu direito ao devedor:

²⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típico e atípico: curso de direito civil**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 84/85.

³⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações: Lei n. 10.406, de 10.01.2002**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 555.

³¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações: Lei n. 10.406, de 10.01.2002**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 556/557.

A regulamentação do Código no tocante à mora assim se desenvolve: se há prazo estipulado na obrigação, o simples decurso do tempo, sem o cumprimento da prestação, induz mora com todas as suas conseqüências. É a chamada mora *ex re*, que decorre de pleno direito, pelo simples vencimento do prazo, independentemente de qualquer ato do credor por aplicação da regra *dies interpellat pro homine*, consagrada pelo art. 397 da lei civil de 2002. Caracterizada a mora, sujeita-se o devedor moroso ao pagamento da cláusula penal, que se converte, destarte, numa obrigação positiva e líquida. Se não existe prazo prefixado, urge que o devedor seja primeiramente constituído em mora, através de interpelação. É a mora *ex persona*, que depende de prévia provocação do credor (Cód. Civil de 2002, art. 397, parágrafo único), disciplinada pelos arts. 867 e seguintes do Código de Processo Civil. Por intermédio da interpelação, notificação ou protesto, o credor científica o devedor de que não abre mão e de seus direitos, sujeitando-o assim, desde esse instante, aos efeitos da pena convencional³²

A cláusula penal, portanto, se torna exigível quando atendidos os pressupostos anteriormente citados: existência de cláusula que preveja a pena convencional e inadimplemento culposo ou mora.

d. Espécies: compensatória x moratória

Como já sinalizado acima ao se analisar a sua finalidade, a cláusula penal é dividida em duas espécies: compensatória e moratória. A primeira, também denominada multa compensatória, ocorre quando há o inadimplemento absoluto da obrigação principal, conforme revelado pelo Art. 410 do Código Civil.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, a multa compensatória é *“estipulada para a hipótese de total inadimplemento da obrigação. Por essa razão, em geral, o valor é elevado, igual ou quase igual ao da obrigação principal”*.³³

O valor semelhante entre a multa compensatória e a obrigação principal, em regra, ocorre devido à disposição legal do Art. 410 do Código Civil³⁴, que prevê a possibilidade de escolha do credor entre o cumprimento da obrigação e a pena convencional.

Nesse sentido, explica Judith Martins Costa: *“O credor tem, ao seu juízo, a alternativa de, ou exigir a cláusula, ou pedir o cumprimento do contrato, se possível.*

³² MONTEIRO. Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. v. 4. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 346/347.

³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 387.

³⁴ **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.”

*O que não pode é pedir uma coisa e outra, o que violaria a cláusula geral do enriquecimento injustificado*³⁵.

Desta forma, a multa compensatória se converte em alternativa a benefício do credor. Poderá o contratante lesado requerer o cumprimento do contrato ou optar pelo pagamento da multa compensatória.

Além disso, James Eduardo Oliveira explica que *“a multa contratual compensatória, como indica a própria denominação, substitui a obrigação principal, indenizando o credor das perdas e danos gerados pelo inadimplemento do devedor”*³⁶. Logo, pode-se dizer que a multa compensatória também pressupõe o valor que seria devido em indenização de perdas e danos pelo inadimplemento contratual.

Por essa razão, Theotonio Negrão ensina que *“o credor pode exigir ou o cumprimento da obrigação, ou a satisfação da cláusula penal. Optando por esta, não pode, em regra, pedir nenhuma outra indenização, na medida em que as perdas e danos já estão prefixadas na cláusula penal.”*³⁷

No mesmo sentido, disciplinam Costa Machado e Silmara J. Chinellato:

Este artigo estabelece que o credor poderá optar pelo cumprimento da obrigação ou pela aplicação da pena pactuada. Não é admissível ao credor acumular o recebimento da cláusula penal e o cumprimento da obrigação. Se o credor optar pela cláusula penal e o devedor pagá-la, este nada mais deve, desaparecendo a obrigação originária e também o direito de pleitear perdas e danos (v. STJ, REsp n. 332.048/SP, 4ª T., rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, j. 22.09.2009, DJe 05.10.2009). Se o credor escolher o cumprimento da obrigação e sendo caso de obrigação de fazer, poderá o juiz impor uma multa diária (*astreinte*) pelo não cumprimento da obrigação. Se no curso da execução a obrigação se tornar impossível de cumprimento ou se se apurar que nenhum proveito trará ao credor, poderá ser cobrada a cláusula penal que será compensatória de perdas e danos.³⁸

Verifica-se, logo, que a multa compensatória, no caso de impossibilidade de execução da obrigação pactuada, já pressupõe o valor estimado do que seria devido em indenização por perdas e danos.

³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**. v. V. tomo II. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 442.

³⁶ OLIVEIRA, James E. **Código Civil Anotado e Comentado**, 2ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2010. p. 418.

³⁷ NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luís Guilherme A.; et al. **Código civil: edição especial**. Editora Saraiva, 2017.p. 246.

³⁸ MACHADO, Costa; CHINELLATO, Silmara J. **Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 14a ed. 2021**. 14ª ed. Editora Manole, 2021.p. 420.

Por sua vez, a cláusula penal moratória, também denominada de multa moratória, “se aplica em virtude de mora do devedor e sem prejuízo da exigência da prestação principal.”³⁹.

Conforme ensina James Eduardo Oliveira, a cláusula penal moratória é caracterizada “quando disser respeito à mora, que é o não cumprimento imputável da prestação devida na forma, lugar e tempo convencionados (art. 394)”⁴⁰.

Em outras palavras, a multa moratória incide no atraso no cumprimento da obrigação principal, de modo que, ao contrário da multa compensatória, poderá ser cumulada com a prestação principal, nos moldes do Art. 411 do Código Civil⁴¹:

A cláusula penal é denominada moratória quando convencionada para o caso de simples atraso no cumprimento da obrigação ou em segurança de cláusula especial, caso em que o credor tem o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada juntamente com o desempenho da obrigação principal, nos termos do art. 411 do Código Civil.⁴²

Igualmente, explicam Costa Machado e Silmara J. Chinellato:

Este dispositivo estabelece, ao contrário do art. 410, que a regra é a cumulação da cláusula penal e do cumprimento da obrigação principal. Temos duas hipóteses para sua aplicação. Na primeira hipótese, trata-se de cláusula penal moratória aplicada por haver retardamento no cumprimento da obrigação principal – nesse caso o credor terá direito de exigir cumulativamente a cláusula penal e o cumprimento da obrigação principal. Na segunda hipótese, a estipulação da cláusula penal tem por objetivo garantir a execução de alguma cláusula especial estipulada no contrato – nesse caso não houve descumprimento total da obrigação principal, e sim apenas de uma cláusula especial, tendo o devedor de pagar cumulativamente a pena convencionada e a execução da obrigação principal.⁴³

Sendo assim, a cláusula penal tem por espécies a multa compensatória e multa moratória, “no qual a primeira atuará como pré-fixação da indenização e a segunda

³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil** - Vol. V - Tomo II, 2ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2008. p. 623.

⁴⁰ OLIVEIRA, James E. **Código Civil Anotado e Comentado**, 2ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2010. p. 417.

⁴¹ “**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.”

⁴² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 287.

⁴³ MACHADO, Costa; CHINELLATO, Silmara J. **Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 14ª ed. 2021. 14ª ed. Editora Manole, 2021.p.420.

*como instrumento de intimidação do devedor ao adimplemento”.*⁴⁴ Percebe-se, logo, que a multa compensatória revela a finalidade ressarcitória, enquanto a multa moratória manifesta a finalidade coercitiva da cláusula penal, apresentadas anteriormente neste capítulo.

⁴⁴ SEABRA, André S. **Limitação e Redução da Cláusula Penal.** (Coleção IDiP). São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. p. 129.

III. PERDAS E DANOS

a. Consequências previstas pelo Código Civil ao inadimplemento contratual

De acordo com o Art. 475 do Código Civil, ocorrendo o inadimplemento contratual, poderá a parte lesada “*pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.*”

Verifica-se, portanto, que o inadimplemento contratual enseja na opção do contratante de exigir o cumprimento do contrato ou sua resolução, podendo optar em ambas as hipóteses, requerer, cumulativamente, as perdas e danos que suportou diante da inadimplência do devedor. Nesse sentido explica Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme:

No contrato sob condição resolutiva tácita, quando houver inadimplência por parte de um dos contratantes, o prejudicado poderá optar pela resolução do contrato, caso não queira o seu cumprimento. Mas, qualquer que seja a sua opção, caberá ao lesado requerer indenização por perdas e danos.⁴⁵

Desta forma, são consequências previstas pelo Código Civil ao inadimplemento contratual o cumprimento do contrato ou sua resolução, bem como o pagamento de indenização por perdas e danos.

b. O que são perdas e danos?

De acordo com o Art. 389 do Código Civil⁴⁶, ocorrendo o inadimplemento obrigacional culposo por parte do devedor, este deverá responder por perdas e danos. Assim, a lei dispõe expressamente sobre a responsabilidade do devedor de arcar com os supostos prejuízos e danos que deu causa, quando deixar de cumprir com uma obrigação pactuada.

Como bem ensina Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, o inadimplemento culposo, também denominado de inadimplemento voluntário, ocorre quando “*o obrigado deixar de cumprir, dolosa ou culposamente, a prestação devida,*

⁴⁵ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de A. **Código Civil Comentado e Anotado**. Barueri: Editora Manole, 2017. p. 299.

⁴⁶ “**Art. 389.** Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

*sem a dirimente do caso fortuito ou força maior, devendo, por isso, responder pelas perdas e danos”.*⁴⁷

Como pode-se ver, o elemento “culpa” é imprescindível para caracterizar a necessidade do devedor de arcar com as perdas e danos. James Eduardo Oliveira ensina que o descumprimento, por si só, presume a culpa do devedor. Deste modo, cabe ao devedor o ônus de demonstrar a ocorrência de algum fato extintivo, modificativo ou impeditivo no direito do credor:

O descumprimento da obrigação induz à presunção de culpa do devedor, Ao credor basta demonstrar que a obrigação não foi adimplida (fato constitutivo do seu direito), ficando na esfera probatória do devedor a existência de algum fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do credor (CPC, art. 333, II).⁴⁸

Em igual sentido, ensina Carlos Roberto Gonçalves:

O credor deverá comprovar a mora do inadimplente, mas não precisará demonstrar a sua culpa, porque em princípio todo inadimplemento se presume culposos. Inverte-se o ônus da prova: ao devedor competirá provar a ocorrência de caso fortuito, força maior, ou de outra causa excludente de responsabilidade, para elidir a referida presunção.⁴⁹

Desta maneira, o devedor apenas poderá se esquivar da sua responsabilidade de arcar com perdas e danos quando provar que não cumpriu suas obrigações por conta da ocorrência de caso fortuito, força maior, ou outra excludente de responsabilidade. Fala-se em caso fortuito ou força maior, *“quando se trata de acontecimento que escapa a toda diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação”*.⁵⁰

Além disso, *“para a caracterização do efeito em comento, é preciso que o inadimplemento ocasione prejuízo ao credor. Caso a inexecução da obrigação, imputável ao devedor, não gere nenhum dano, inexistente a obrigação de indenizar.”*⁵¹

⁴⁷ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de A. **Código Civil Comentado e Anotado**. Barueri: Editora Manole, 2017. p. 240.

⁴⁸ OLIVEIRA, James E. **Código Civil Anotado e Comentado**, 2ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2010. p. 386 e 387.

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil**. Saraiva: 2003, vol. II, p. 301

⁵⁰ MENÉZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao Novo Código Civil**. Forense, 2004, vol. XIII, p 86 e 87.

⁵¹ NANNI, Giovanni E. **Comentários Ao Código Civil: Direito Privado Contemporâneo**. Editora Saraiva, 2021. p. 367.

A partir da demonstração dos elementos que a caracteriza, podemos concluir que perdas e danos é uma consequência do inadimplemento que decorreu por ato ou omissão do devedor. Em outras palavras, seriam os prejuízos e os danos causados pelo devedor em razão do descumprimento culposo de uma obrigação.

Caio Mário explica que, para o direito, a perda seria o desaparecimento total, a falta das qualidades essenciais ou a indisponibilidade de uma coisa:

Conceito de perda, para o direito, é lato, e tanto abrange o seu desaparecimento total (*interitus rei*), quanto ainda o deixar de ter as suas qualidades essenciais, ou de tornar indisponível, ou situar-se em lugar que se tornou inatingível, ou ainda de confundir-se com outra.⁵²

Por sua vez, Clóvis Bevilacqua define dano como *“toda a diminuição nos bens jurídicos da pessoa. Se recáe essa diminuição, directamente, sobre o patrimônio, o damno é patrimonial. Se fere o lado íntimo da personalidade (a vida, a honra, a liberdade), é moral”*.⁵³

Ainda, João Casello ensina que:

A verdade é que uma conceituação mais adequada aos nossos dias exige que o dano seja entendido como o resultado da ofensa feita por terceiro a um direito, patrimonial ou não, que confere ao ofendido, como consequência, a pretensão à indenização. Esta abrangência do conceito de dano toma maior importância, se a lesão é contra a pessoa humana, exigindo uma correspondente compensação. Para que haja ofensa, basta que o direito tutelado seja violado. Não se pode admitir a existência de uma proteção jurídica apenas em tese. Esta deve ser eficaz, e, evidentemente, não se poderá pretender que esta eficácia da proteção seja concebida em um reconhecimento simplesmente declaratório.⁵⁴

Desta maneira, ocorrendo o inadimplemento da obrigação, resultando em prejuízo patrimonial a uma das partes, aquele que deu causa deverá reparar o dano. Segundo Sílvio de Salvo Venosa, *“reparar o dano, qualquer que seja sua natureza, significa indenizar, tornar indene o prejuízo.”*⁵⁵

⁵² PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. v.II. Grupo GEN, 2022. p. 66.

⁵³ BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil Comentado**. Rio de Janeiro: Francisco Alves: 1946. p. 218.

⁵⁴ CASELLO, João. **Dano à Pessoa e sua Indenização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2a Ed, 1.994, p. 50.

⁵⁵ VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. v.2.: Grupo GEN, 2023.p. 610.

Sendo assim, perdas e danos nada mais é que a indenização que o devedor deve pagar no equivalente ao que supostamente corresponderia ao prejuízo suportado pelo credor. É o que ensina Caio Mário:

São as perdas e danos, portanto, o equivalente do prejuízo que o credor suportou, em razão de ter o devedor faltado, total ou parcialmente, ou de maneira absoluta ou relativa, ao cumprimento do obrigado. Não se expressa em uma soma de dinheiro, porque este é o denominador comum dos valores, e é nesta espécie que se estima o desequilíbrio sofrido pelo lesado. A este prejuízo, correspondente à perda de um valor patrimonial, pecuniariamente determinado, costuma-se designar como dano matemático ou dano concreto.⁵⁶

Nas palavras de Judith Martins Costa, as *“perdas e danos constituem a concessão de uma indenização em dinheiro, consistente, em linha de princípio, no equivalente pecuniário do prejuízo sofrido em razão do inadimplemento.”*⁵⁷

Constata-se, portanto, que perdas e danos é um instituto previsto em lei responsável por cobrir todo o prejuízo causado pelo devedor, em decorrência do inadimplemento culposos de uma obrigação.

c. Danos emergentes x lucros cessantes

Como visto no capítulo anterior, perdas e danos é a indenização que o devedor deve arcar, decorrente do seu inadimplemento obrigacional. O Art. 402, do Código Civil dispõe que *“as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”* Desta forma, a indenização a ser paga deverá cobrir todo o prejuízo sofrido pelo credor.

Assim, o devedor culposos reparará o dano em toda a sua extensão, abrangendo, inclusive, aquilo que se perdeu e aquilo que se deixou de ganhar. *“Desse modo, nos danos patrimoniais, devem ser computados não somente a diminuição no patrimônio da vítima, mas também o possível aumento patrimonial que teria havido se o evento não tivesse ocorrido.”*⁵⁸ Surgem neste cenário, portanto, o dano emergente e o lucro cessante.

⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. v.II. Grupo GEN, 2022. p. 66.

⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil - Vol. V - Tomo II**, 2ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2008. p. 470.

⁵⁸ VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. v.2. Grupo GEN, 2023. p. 610.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, “*dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima*”⁵⁹. É aquilo que, de fato, foi perdido pelo credor com o inadimplemento do devedor. Conforme os ensinamentos de Judith Martins Costa, o dano emergente poderá ser atual ou futuro. Explica:

O dano emergente pode ser atual (por exemplo, a deterioração de uma coisa depositada) ou futuro, como, exemplificativamente, os gastos que serão necessários, após a sentença que apreciou o pedido indenizatório, para a manutenção ou conservação das coisas que foram deterioradas. Aliás, para a classificação como dano emergente, e também como lucro cessante, não interessa o momento em que se verificam os prejuízos (v. o comentário ao art. 403, sobre o critério para a distinção entre dano atual e dano futuro), pois um dano emergente se pode configurar como futuro e um lucro cessante se pode qualificar como dano presente: o critério é o do efeito no patrimônio.⁶⁰

Desta forma, Judith Martins Costa ressalva que, para classificar dano emergente e lucros cessantes, não interessa o momento em que se verificam os prejuízos. Deve-se observar o efeito causado no patrimônio.

Assim, o lucro cessante é aquilo que o credor deixou de lucrar, em razão do inadimplemento do devedor. Ou seja, correspondem aos ganhos que o credor ficou privado de receber:

O lucro cessante representa aquilo que o credor razoavelmente deixou de lucrar, ou seja, a diminuição potencial de seu patrimônio, causada pelo inadimplemento da contraparte. É o ganho de que ficou privado o credor pelo inadimplemento do devedor, consistindo na “frustração de um enriquecimento patrimonial”. Em forma lapidarmente sintética, os lucros cessantes constituem os “ganhos de que o credor ficou privado”.⁶¹

Como ensina Agostinho Alvim, lucro cessante “*é também aquele que o credor não obterá, ainda que não viesse obtendo antes*”.⁶² Apesar de, em regra, os lucros cessantes representarem um prejuízo futuro, não se confundem com lucros imaginários e meras expectativas. Isto porque, deve-se observar as circunstâncias concretas e o que geralmente ocorreria se o credor não tivesse sido lesado:

⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil, volume 2: teoria geral das obrigações**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 406.

⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil - Vol. V - Tomo II, 2ª edição**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2008. p. 478.

⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil - Vol. V - Tomo II, 2ª edição**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2008. p. 478.

⁶² ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências**. 3a ed., São Paulo: Saraiva, 1980, p. 173.

Conquanto possam representar um prejuízo que se projetará no futuro (conquanto não constituam “danos futuros”) os lucros cessantes evidentemente não se confundem com lucros imaginários, meras expectativas ou hipóteses. É necessário observar, tendo em conta as circunstâncias concretas, os dados objetivos e elementos racionalmente controláveis da situação o que normalmente aconteceria (*id quod ple- runque accidit*) se a vítima não tivesse sofrido a lesão.⁶³

Desta forma, deve-se realizar um juízo de probabilidade para fixar a indenização por lucro cessante:

Os julgados demonstram que, quando é estabelecida indenização por lucro cessante, em várias oportunidades a construção é feita sob hipóteses mais ou menos prováveis. Na verdade, quando se concede lucro cessante, há um juízo de probabilidade, que desemboca na perda de chance ou de oportunidade⁶⁴

Por sua vez, o Art. 403, do Código Civil prevê que *“as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”*. Como se observa, o dispositivo legal expressamente determina que é indenizável apenas o déficit patrimonial que é resultado direto e exclusivo da conduta lesiva do devedor. Neste sentido, ensina James Eduardo Oliveira:

Somente o déficit patrimonial que promana direta e exclusivamente da conduta do pactuante desidioso pode ser encarado como prejuízo ressarcível. Essa imediatidade e exclusividade causal não se verifica quando o dano não tem como única mola propulsora o descumprimento do contrato, pressupondo outros elementos coadjuvantes e originais que diluem a relação de causalidade. Enfim, indenizam-se apenas prejuízos reais e concretos, jamais ganhos hipotéticos⁶⁵

Desta forma, somente o dano certo é passível de indenização. Ganhos e prejuízos hipotéticos não merecem tal benefício. É necessário que se prove a adequação do nexa causal entre a ação culposa e ilícita do devedor e o prejuízo sofrido:

O dano deve ser certo, o que significa dizer que não pode ser uma mera hipótese. Porém, pode haver um prejuízo futuro que seja certo, e não mera

⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil** - Vol. V - Tomo II, 2ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2008. p. 479.

⁶⁴ VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. v.2 Grupo GEN, 2023.p.605.

⁶⁵ OLIVEIRA, James E. **Código Civil Anotado e Comentado**, 2ª edição. Grupo GEN, 2010. p. 406.

hipótese – é o caso abrangido justamente pela expressão “lucro cessante” que é a perda do ganho esperável, da expectativa de lucro ou a diminuição potencial do patrimônio da vítima. (...) O que o art. 403 afasta é o dano meramente hipotético, mas se a vítima provar a adequação do nexos causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (a perda da probabilidade séria e real), configurados estarão os pressupostos do dever de indenizar.⁶⁶

Portanto, os Arts. 402 e 403 do Código Civil preceituam que se deve indenizar todo o prejuízo sofrido pelo credor, que tenha sido resultado direto e exclusivo da ação ou omissão culposa do devedor.

IV. CUMULAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL COM PERDAS E DANOS

a. Impossibilidade de cumular multa compensatória com perdas e danos decorrentes do inadimplemento contratual

Apresentados os conceitos e as principais características da cláusula penal e das perdas e danos, passamos a analisar a possibilidade de cumulação de ambos os institutos diante de uma hipótese de inadimplemento contratual.

Como visto no decorrer deste estudo, a cláusula penal representa a previsão contratual que tem a função de fixar indenização por descumprimento (multa compensatória) ou atraso da obrigação (multa moratória).

Por sua vez, as perdas e danos é uma indenização prevista no Código Civil, que obriga a parte inadimplente a ressarcir todos os prejuízos causados à parte lesada, incluindo os lucros cessantes que deixou de auferir e sejam resultados da inadimplência do devedor.

Como pode-se ver, em regra, tanto a cláusula penal quanto as perdas e danos são ferramentas que garantem ao contratante prejudicado receber indenização ao equivalente do que, em tese, corresponderia a obrigação pactuada. A cláusula penal obrigando em sua esfera contratual enquanto as perdas e danos em sua esfera legal.

Nesse cenário surge o seguinte questionamento: é possível requerer perdas e danos, quando já existe uma cláusula penal? Para responder esse questionamento é necessário que seja observada qual a espécie da cláusula penal está prevista no contrato.

⁶⁶ OLIVEIRA, James E. **Código Civil Anotado e Comentado**, 2ª edição. Grupo GEN, 2010. p. 407.

Como apresentado no Capítulo “espécies: compensatória x moratória”, a cláusula penal compensatória é aquela que pré-fixa os possíveis prejuízos que uma das partes pode adquirir, caso ocorra o descumprimento do contrato. Desta forma, nos moldes do Art. 410 do Código Civil a multa compensatória se converte em alternativa a benefício do credor, que poderá requerer o cumprimento do contrato ou exigir o cumprimento da cláusula.

Já a cláusula moratória é aquela que prevê multa quando a obrigação não ocorreu nos moldes do que foi pactuado. Ou seja, incorre quando a obrigação não foi cumprida no tempo, forma e lugar contratado. Nesta hipótese, o Art. 411 do Código Civil prevê a sua cumulação com a prestação da obrigação principal.

Assim, a multa compensatória possui a finalidade ressarcitória, de modo que funciona como uma espécie de indenização para o credor no caso de inadimplemento culposo do devedor; enquanto a multa moratória manifesta a finalidade coercitiva da cláusula penal, que busca apenas intimidar o devedor a cumprir a obrigação principal.

A multa compensatória, então, assim como a indenização por perdas de danos, tem como finalidade recompor a parte lesada pelos hipotéticos prejuízos que decorram do inadimplemento total ou parcial da obrigação. Deste modo, a sua cumulação não seria possível, pois as partes já acordaram anteriormente o valor que consideram suficiente para compensar os danos causados em caso de inadimplemento contratual, não podendo, logo, admitir que um valor adicional seja acrescido com base na mesma razão: a compensação de danos.

Nesse sentido, Judith Martins Costa ensina que *“tratando-se de cláusula penal compensatória, não cabe cumular o pedido de atuação da cláusula com o pedido de cumprimento da prestação, ou com o de indenização por perdas e danos, porque uma pretensão exclui a outra”*⁶⁷.

Em igual posição, Giovanni Ettore Nanni explica que *“escolhida a pena, desaparece a obrigação originária, e com ela o direito de pedir perdas e danos, que já se acham prefixados na pena.”*⁶⁸

⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil** - Vol. V - Tomo II, 2ª edição. Grupo GEN, 2008. p. 662.

⁶⁸ NANNI, Giovanni E. **Comentários Ao Código Civil: Direito Privado Contemporâneo**. Saraiva: 2021. p. 392.

Por outro lado, nada impede que junto com a multa moratória seja requerido indenização por perdas e danos. Isto porque, esta espécie de cláusula contratual apenas possui função coercitiva, de modo que não prevê a apuração dos valores que poderiam ser fixados em perdas e danos caso ocorresse o inadimplemento contratual.

Assim, é plenamente possível a parte lesada exigir o cumprimento da multa moratória estabelecida em contrato, caso a obrigação não tenha sido pactuada no tempo, modo e lugar do que foi acordado, sem prejuízos de requerer também as perdas e danos que sofreu diante da mora do devedor. É o que ensina Carlos E. Elias de Oliveira e João Costa-Neto:

A multa moratória poderia ser cobrada sem prejudicar a cobrança de indenização por perdas e danos. Isso significa que, independentemente de previsão expressa, o credor, além de cobrar a multa moratória, poderia cobrar indenização integral por todos os danos sofridos.⁶⁹

Nesse sentido, Christiano Cassettari complementa:

A cláusula penal moratória, portanto, não compensa o inadimplemento, nem substitui o adimplemento, não interferindo na responsabilidade civil correlata, que é decorrência natural da prática de ato lesivo ao interesse ou direito de outrem. Assim, não há óbice a que se exija a cláusula penal moratória juntamente com o valor referente aos lucros cessantes.⁷⁰

Logo, no caso da multa moratória, não existe óbice quanto a sua cumulação com a indenização por perdas e danos. Entretanto, se tratando de multa compensatória, é vedada a sua cumulação, devido ao fato de que ambos têm como intuito a compensação de danos

b. Possibilidade de optar pela aplicação da multa compensatória ou pela indenização de perdas e danos

Apesar da impossibilidade de cumular multa compensatória com a indenização de perdas e danos, a doutrina é pacífica no sentido de que o credor, caso entenda que o valor estipulado em cláusula moratória não abrange todos os prejuízos sofridos,

⁶⁹ OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; COSTA-NETO, João. **Direito Civil**. Volume Único. Grupo GEN, 2023. p. 591.

⁷⁰ CASSETTARI, Christiano. **Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal**. Saraiva: 2017. p. 121.

poderá deixar de exigir a cláusula penal e pleitear, através de ação judicial, perdas e danos. Assim, ensina Carlos Roberto Gonçalves:

Não se confunde a cobrança da aludida multa com pedido de indenização de perdas e danos. Estas são apuradas na ação e devem corresponder ao exato prejuízo demonstrado pelo lesado. A cláusula penal é prefixada de comum acordo pelas partes, podendo ser cobrada mesmo sem alegação de prejuízo (CC, art. 416). Tendo, no caso, natureza compensatória, equivale a uma prefixação das perdas e danos. Se, no entanto, o seu valor for considerado insuficiente, poderá o locador abandoná-la e pleitear perdas e danos em termos amplos, arcando com o ônus de provar o prejuízo alegado. Não poderá, todavia, cumular a cobrança da multa com as perdas e danos.⁷¹

Sílvio Venosa explica que, o credor, amparado do art. 410, poderá optar pelo cumprimento da obrigação ao invés da aplicação da multa compensatória. No entanto, caso o cumprimento da obrigação não seja possível, poderá o credor requerer a indenização por perdas e danos:

Há outra particularidade ao princípio da eleição de uma via judicial na multa compensatória. Pode ocorrer que o credor, utilizando-se da faculdade do art. 410, peça o cumprimento da obrigação. Se, no curso da ação, apura-se que a execução se tornou impossível, ou de nenhum proveito para o credor, abrir-se-á o caminho da cobrança da multa; com eventual acréscimo complementar, se devidamente acordada essa possibilidade.⁷²

Desta forma, Maria Helena Diniz ensina que, nos moldes do Art. 410 do Código Civil, na hipótese em que o credor opte por exigir a aplicação da multa compensatória, a obrigação originária desaparecerá, bem como o direito de requerer indenização por perdas e danos, pois já pré-fixados na pena convencional. No entanto, poderá o credor deixar de aplicar a multa compensatória e pleitear perdas e danos.

Se o devedor deixar de cumprir a prestação a que se obrigou, competirá ao credor escolher entre o cumprimento da obrigação e a pena convencional. Prescreve o Código Civil, no art. 410, que, “quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor”. Se optar pela multa desaparecerá a obrigação originária, e com ela o direito de pleitear perdas e danos, que se encontram pré-fixados na pena. Se escolher o cumprimento da obrigação e não puder obtê-la, a pena funcionará como compensatória das perdas e danos. Impossível será cumular o recebimento da multa e cumprimento da prestação (AJ, 107:386). Assim, se, havendo inadimplemento total da obrigação, lhe parecer exígua cláusula penal compensatória ou a multa,

⁷¹ GONÇALVES, Carlos R. **Direito Civil Brasileiro - Volume 3**. Editora Saraiva, 2022. p. 348.

⁷² VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil - Vol. 2**. 22ª edição. Grupo GEN, 2021. p. 336.

poderá, se quiser, observa Silvio Rodrigues, abrir mão dela e pleitear indenização pelas perdas e danos.⁷³

Como pode-se ver, na interpretação conjunta dos Arts. 410 e 416 do Código Civil, é lícito ao credor deixar de exigir a aplicação da multa compensatória e requerer a indenização por perdas e danos, caso entenda que o valor previamente pactuado não abrange todos os prejuízos sofridos. O que não poderá requerer é a cumulação de ambos os institutos.

c. Exceção: possível cumulação quando previamente pactuado em contrato

Apesar de, em regra, não ser possível cumular multa compensatória e indenização por perdas e danos, o Art. 416, parágrafo único, do Código Civil traz uma exceção: se convencionado, o credor poderá exigir indenização suplementar.

Assim, Caio Mário ensina que as partes poderão estipular em contrato a cumulação de ambos os institutos: *“não contendo o artigo uma disposição de ordem pública, é lícito estipular a cláusula penal para total inadimplemento da obrigação juntamente com a indenização das perdas e danos decorrentes da inexecução do obrigado (art. 416, parágrafo único)”*⁷⁴.

No mesmo sentido, disciplina Sílvia Venosa:

Se o credor entender que seu prejuízo supera seu valor, somente poderá cobrar o excesso se o contrato assim o permitir expressamente e, nesse caso, quanto ao valor que sobejar, deve provar o prejuízo, seguindo, então, neste último aspecto, a regra geral de perdas e danos.⁷⁵

Entretanto, como Luiz Fernando Guilherme explica, se estipulada a indenização suplementar, o credor deverá comprovar os danos excedentes, para que tenha direito às perdas e danos:

A estipulação de cláusula penal deve satisfazer todos os prejuízos decorrentes do eventual inadimplemento, sendo vedado o pedido de indenização suplementar, salvo se for estipulado em contrário. Nesse caso,

⁷³ DINIZ, Maria H. **Manual de direito civil**. 4ª edição. Editora Saraiva: 2022. p. 85.

⁷⁴ PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. v.II. 33ª ed. Grupo GEN, 2022. p.164.

⁷⁵ VENOSA, Sílvia de S. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil - Vol. 2**. 22ª ed. Grupo GEN, 2021. p. 337

deverá o credor que tiver sido prejudicado comprovar os danos experimentados, para que assim faça jus à indenização suplementar ⁷⁶

Assim, nas palavras de Costa Machado, “a indenização suplementar não ocorre automaticamente, estando sujeita a devida comprovação do prejuízo excedente ao que foi ressarcido ou coberto pela cláusula penal”⁷⁷.

Desta forma, Carlos E. Elias de Oliveira e João Costa-Neto ressalvam que “a multa compensatória valerá nesse caso como um mínimo de indenização”⁷⁸.

d. Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema

O Superior Tribunal de Justiça tem fixado o entendimento de que é absolutamente impossível cumular cláusula penal compensatória com indenização por perdas e danos.

Em diversos precedentes nesse sentido, é possível observar a invocação do Acórdão do REsp 556.620/MT, da 4.^a T., de relatoria do Ministro Cesar Asfor Rocha, que julgou a controvérsia, sob o fundamento de que a cláusula penal compensatória, nos termos do Código Civil de 1916, teria a função de pré-liquidar e substituir a indenização por perdas e danos, de modo que a sua cumulação era vedada:

DIREITO CIVIL. RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL E REIVINDICATÓRIA. **CLÁUSULA PENAL E PERDAS E DANOS. INACUMULABILIDADE.**

É possível emendar a inicial, convertendo pleito possessório em petitório, mormente quando efetuada antes da citação dos réus.

Admissível a reivindicatória quando simultaneamente rescindido o contrato de compra e venda.

O pagamento de cláusula penal compensatória exclui a possibilidade de exigir-se ainda a solução de perdas e danos.

Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa parte, providos.

(Resp n. 556.620/MT, relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 20/11/2003, DJ de 10/5/2004, p. 293.)

⁷⁶ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de A. **Código Civil Comentado e Anotado**. Editora Manole, 2017. p. 261.

⁷⁷ MACHADO, Costa; CHINELLATO, Silmara J. **Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 14a ed. 2021**. 14^a ed. Editora Manole, 2021.p. 423.

⁷⁸ OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; COSTA-NETO, João. **Direito Civil. Volume Único**. Grupo GEN, 2023. p. 577.

Percebe-se que tal decisão foi tomada analisando o antigo Código Civil. A matéria da cláusula penal, contudo, modificou-se com a vigência do Código Civil de 2022, que implementou o parágrafo único do Art. 416, segundo o qual *“ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente”*.

Apesar da implementação do novo dispositivo legal, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça se manteve no sentido de que é inacumulável ambos os institutos, *“podendo o credor exigir a cláusula penal ou as perdas e danos, mas não ambas”*. Nesse sentido foi julgado o AgRg no Ag n. 741.776/MS, da 4.^a T., de relatoria do Ministro Raul Araújo:

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. **CLÁUSULA PENAL. NATUREZA COMPENSATÓRIA. CUMULAÇÃO COM PERDAS E DANOS. IMPOSSIBILIDADE.** AGRAVO DESPROVIDO.

1. **É inviável a cumulação da multa compensatória com o cumprimento da obrigação principal, uma vez que se trata de uma faculdade disjuntiva, podendo o credor exigir a cláusula penal ou as perdas e danos, mas não ambas, conforme o art. 401 do Código Civil.**

2. **A jurisprudência desta Corte de Justiça tem admitido tal cumulação somente quando a cláusula penal tiver natureza moratória, e não compensatória** (Resp 1.355.554/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. SIDNEI BENETI, Dje de 4/2/2013), o que, no entanto, não se verifica na hipótese dos autos.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgRg no Ag n. 741.776/MS, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 7/11/2013, Dje de 11/12/2013.)

Como se extrai do julgado acima, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que, quanto a cumulação da multa moratória com o pedido de perdas e danos, não há óbice que a impeça, pois, ao contrário da multa compensatória, a cláusula penal moratória não possui a finalidade de pré-fixar as perdas e danos do inadimplemento contrato, apenas visa punir a parte inadimplente pela mora. Inclusive, esse foi o entendimento firmado no julgamento do REsp n. 1.355.554/RJ, da 3.^a T., de relatoria do Sidnei Beneti:

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 pre-fixação 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 n. 1.355.554/RJ, relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 6/12/2012, DJe de 4/2/2013.)

Este entendimento também foi adotado no Acórdão do Resp n. 1.665.550/BA, da 3.^a T., de relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATRASO NA ENTREGA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA. LUCROS CESSANTES. PRESUNÇÃO. CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA. REVERSÃO. CUMULAÇÃO COM LUCROS CESSANTES. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NO STJ. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADMISSIBILIDADE. HARMONIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL COM INTERPRETAÇÃO DIVERGENTE. SÚMULA 284/STF. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.

1. A inexecução do contrato pelo promitente-vendedor, que não entrega o imóvel na data estipulada, causa, além do dano emergente, figurado nos valores das parcelas pagas pelo promitente-comprador, lucros cessantes a título de alugueres, que deixariam de ser pagos ou que poderia o imóvel ter rendido se tivesse sido entregue na data contratada. Trata-se de situação que, vinda da experiência comum, não necessita de prova (art. 335 do CPC/73). Precedentes.

2. É possível a inversão da cláusula penal moratória em favor do consumidor, na hipótese de inadimplemento do promitente vendedor, consubstanciado na ausência de entrega do imóvel no prazo pactuado.

3. A cláusula penal moratória, ao contrário do que ocorre em relação à pena compensatória, restringe-se a punir o retardo ou imperfeição na satisfação da obrigação, não funcionando como pré-fixação de perdas e danos. Por isso, a multa moratória não interfere na responsabilidade do devedor de indenizar os prejuízos a que deu causa.

4. O reexame de fatos e provas e a interpretação de cláusulas contratuais em recurso especial são inadmissíveis.

5. O acórdão recorrido que adota a orientação firmada pela jurisprudência do STJ não merece reforma. 6. A ausência de indicação de dispositivo infraconstitucional violado importa no não conhecimento do recurso especial quanto ao tema ante a incidência da Súmula 284/STF.

7. Não se conhece do recurso especial quando ausente a indicação expressa do dispositivo legal a que se teria dado interpretação divergente.

8. A jurisprudência do STJ vem evoluindo, de maneira acertada, para permitir que se observe o fato concreto e suas circunstâncias, afastando o caráter absoluto da presunção de existência de danos morais indenizáveis. 9. O dano moral, na hipótese de atraso na entrega de unidade imobiliária, não se presume, configurando-se apenas quando houver circunstâncias excepcionais que, devidamente comprovadas, importem em significativa e anormal violação a direito da personalidade dos promitentes-compradores.

10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(Resp n. 1.665.550/BA, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 9/5/2017, Dje de 16/5/2017.)

Cabe destacar o importante voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi no julgamento:

Cuidando-se de cláusula penal moratória, o credor está autorizado a exigir não apenas o cumprimento tardio da obrigação, mas ainda o pagamento da multa estipulada contratualmente, além das perdas e danos decorrentes do atraso do devedor. Isso porque a cláusula penal moratória, ao contrário do que ocorre em relação à pena compensatória, restringe-se a punir o retardo ou imperfeição na satisfação da obrigação, não funcionando como pré-fixação de perdas e danos. Por isso, a multa moratória não interfere na responsabilidade do devedor de indenizar os prejuízos a que deu causa.⁷⁹

Por sua vez, no Resp 1.335.617-SP, da 3.^a T., de relatoria do Ministro Sidnei Beneti, foi ratificado o entendimento de que não pode ocorrer a cumulação da multa compensatória com a indenização de perdas e danos, pois esta espécie de cláusula penal funciona *“a um só tempo como punição pelo descumprimento e como compensação previamente fixada pelos próprios contratantes pelas perdas e danos decorrentes desse mesmo inadimplemento”*:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO NO JULGAMENTO DE APELAÇÃO. NÃO CONFIGURADA. COMPRA E VENDA PARCELADA DE VEÍCULO. RESCISÃO POR INADIMPLEMENTO. CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA. PERDAS E DANOS. CUMULAÇÃO.

⁷⁹ Ministra Relatora Nancy Andrighi no julgamento do REsp n. 1.665.550/BA

IMPOSSIBILIDADE. REDISTRIBUIÇÃO DE ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. SUCUMBÊNCIA PARCIAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS.

1.- A jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte.

2.- A cláusula penal compensatória funciona a um só tempo como punição pelo descumprimento e como compensação previamente fixada pelos próprios contratantes pelas perdas e danos decorrentes desse mesmo inadimplemento.

3.- A pretensão de redimensionamento dos ônus sucumbenciais envolve considerações sobre a complexidade da demanda e a expressão econômica dos pedidos formulados na petição inicial, considerações que, a seu turno, desafiam fatos e provas. Incidência da Súmula 07/STJ.

4.- Recurso Especial a que se nega provimento

(Resp n. 1.335.617/SP, relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 27/3/2014, Dje de 22/4/2014.)

Desta forma, no AgInt no AREsp 1289615/ES, da 3.^a T., de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, foi acordado que o recebimento da multa compensatória afasta a indenização por perdas e danos, sob pena de caracterizar “*bis in idem*”, pois a multa convencionada já possui natureza ressarcitória:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE TRANSPORTE DE GASES. RESCISÃO UNILATERAL. CONCLUSÃO DO ACÓRDÃO. PREVISÃO DE MULTA COMPENSATÓRIA. ADIMPLEMENTO. LUCROS CESSANTES AFASTADOS. REVER O JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DAS SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. O Tribunal de Justiça, ao examinar a rescisão do contrato de transporte de gases e equipamentos firmado entre as partes, consignou expressamente a premissa de que **a ora agravante optou pelo recebimento da multa compensatória prevista na cláusula penal, afastando-se, assim, o pleito de reparação por perdas e danos, sob pena de caracterizar bis in idem.** Dessa forma, como a solução da controvérsia foi pautada na análise das cláusulas contratuais e no conjunto probatório colacionado aos autos, a revisão das conclusões alcançadas encontra óbice nas Súmulas 5 e 7 do STJ.

2. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp n. 1.289.615/ES, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14/8/2018, Dje de 23/8/2018.)

Percebe-se, assim, que o Superior Tribunal de Justiça reconhece a possibilidade de cumulação entre a indenização por perdas e danos e a multa moratória, porém, afasta fortemente a sua cumulação com a cláusula penal

compensatória. Isto porque, a multa compensatória já presume as perdas e danos da parte lesada, de modo que, a instituição de ambos os institutos resultariam no *bis in idem* da punição do devedor pelo seu inadimplemento contratual.

e. Uma avaliação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça exposta

Como pode-se ver, de maneira fundamentada, o Superior Tribunal de Justiça rebate fortemente a possibilidade de cumulação da cláusula penal compensatória e a indenização por perdas e danos. Tal posicionamento não poderia estar mais correto.

Conforme demonstrado ao longo desta tese, tanto a multa compensatória como a indenização por perdas e danos têm a função de ressarcir a parte contratante lesada no montante do que, supostamente, equivaleria a obrigação não cumprida e os possíveis lucros que pudessem advir no caso de cumprimento da obrigação.

Assim, como bem ressaltado nos julgamentos dos AgRg no Ag n. 741.776/MS e no REsp 1.335.617-SP, a multa compensatória representa um montante previamente pactuado pelas próprias partes a título de indenização para o caso de inadimplemento culposos da obrigação, podendo até mesmo substituir a execução do próprio contrato. Desta forma, tendo os contratantes já acordados previamente o valor que consideram suficiente para a recomposição de danos, não se pode admitir que, além desse valor, ainda seja adicionado um outro, com o mesmo fundamento.

Caso fosse possível a sua cumulação, a parte inadimplente estaria indenizando mais de uma vez o mesmo fato: o inadimplemento contratual. Tal conduta, todavia, configuraria verdadeira ofensa ao princípio do “*non bis in idem*”, segundo o qual é impossível punir duas vezes a mesma falta. Inclusive, esse foi o correto entendimento adotado no julgamento do AgInt no AREsp 1289615/ES.

Contudo, percebe-se que na ementa do Acórdão AgRg no Ag n. 741.776/MS, o Superior Tribunal de Justiça deixou claro que pode “*o credor exigir a cláusula penal ou as perdas e danos, mas não ambas, conforme o art. 401 do Código Civil.*”. Assim, caso a parte lesada considere que o seu prejuízo equivale a um valor maior do que foi anteriormente pactuado pela pena convencional, nada o impede de deixar de exigir a multa compensatória e buscar, através do judiciário, as perdas e danos que entendem ser devidos.

Desta forma, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça está em completa concordância com a doutrina majoritária, no sentido de que a parte lesada

poderá requerer do contratante inadimplente o pagamento da multa compensatória, prevista no contrato pactuado, ou a indenização por perdas e danos, nos moldes do Código Civil, mas não ambas juntas.

Ainda, observa-se que no julgamento do AgRg no Ag n. 741.776/MS e do REsp n. 1.665.550/BA, o Superior Tribunal de Justiça diferenciou a multa compensatória e a multa moratória, concluindo pela possibilidade de cumular o cumprimento da cláusula penal moratória e da indenização por perdas e danos, devido a sua natureza coercitiva.

Portanto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona no sentido de que apenas é possível cumular a indenização de perdas e danos com a multa moratória, pois, a sua cumulação com a multa compensatória configuraria verdadeiro “bis in idem”, uma vez que ambos os institutos visam a recomposição dos prejuízos causados pelo inadimplemento contratual.

V. CONCLUSÃO

Conclui-se que o Superior Tribunal de Justiça vem limitando a aplicação da cláusula penal, nos termos do Código Civil e da jurisprudência majoritária, ao prever que a exigência da aplicação da multa compensatória não pode ser cumulada com pedido de indenização de perdas e danos.

A limitação se torna essencial, na medida que a cláusula penal compensatória e a indenização por perdas e danos possuem o mesmo objetivo: a recomposição de danos. Assim, ambos institutos visam garantir a parte contratual lesada receber o montante equivalente do que, supostamente, corresponderia ao valor da obrigação não cumprida e os valores que deixou de ganhar em decorrência do seu não cumprimento.

Deste modo, a cumulação da multa moratória com perdas e danos configura clara ofensa ao princípio “non bis in idem”, uma vez que o valor estipulado na multa compensatória já se trata de uma estimativa do que seria devido em perdas e danos.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça ressalta que o contratante lesado poderá deixar de exigir a aplicação da cláusula penal e requerer valor superior em indenização por perdas, através de ação judicial, caso entenda que a multa compensatória não abrange todos os prejuízos sofridos.

Contudo, percebe-se que o Art. 416, parágrafo único, do CPC prevê uma exceção quanto ao entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça e pela doutrina, ao dispor que, quando previamente pactuado em contrato, poderá ocorrer a indenização suplementar.

Em outras palavras, em regra, é vedada a cumulação de multa compensatória com a indenização por perdas e danos, entretanto, se disposto em contrato, poderá o credor requerer, além do cumprimento da cláusula penal compensatória, a indenização suplementar.

Por fim, uma vez que a multa moratória tem função coercitiva, sendo uma pena aplicável na hipótese de mora, não há qualquer vedação legal, jurisprudencial e doutrinária que impeça o credor lesado de requer junto com a aplicação da pena moratória a indenização por perdas e danos.

Portanto, partindo dos principais conceitos e características da cláusula penal e das perdas e danos, resta claro que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça está totalmente correta ao entender pela impossibilidade de cumulação da

cláusula penal compensatória e a indenização por perdas e danos decorrentes do inadimplemento contratual.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências**. 3a ed., São Paulo: Saraiva, 1980.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípico: curso de direito civil**. São Paulo: Atlas, 2002.
- Benacchio, Marcelo. **Cláusula penal: revisão crítica à luz do Código Civil de 2002**. In: Nanni, Giovanni Ettore (coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2008.
- BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil Comentado**. Rio de Janeiro: Francisco Alves: 1946. p. 218.
- CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO e SÉRGIO CAVALIERI FILHO, **Comentários ao Novo Código Civil**. Forense, 2004, vol. XIII.
- OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; COSTA-NETO, João. **Direito Civil. Volume Único**. Grupo GEN, 2023.
- CASELLO, João. **Dano à Pessoa e sua Indenização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2a Ed, 1.994.
- CASSETTARI, Christiano. **Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal**. ed 5. Editora Saraiva, 2017.
- CASSETTARI, Christiano. **Multa contratual - teoria e prática da cláusula penal**, 3.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DINIZ, Maria H. **Manual de direito civil**. 4^a edição. Editora Saraiva: 2022.
- FRANÇA, R. L. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- GÓMEZ, Juan José Blanco. *La Cláusula Penal en las Obligaciones Civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*. Madrid: Dykinson, 1996.
- GONÇALVES, Carlos R. **Coleção Sinopses Jurídicas 6 - Direito civil: direito das obrigações -tomo I: parte especial: contratos**. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2004

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de A. **Código Civil Comentado e Anotado**. Barueri: Editora Manole, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil - Vol. V - Tomo II**, 2ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**. v. V. tomo II. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado, Tomo 26, 1ª edição**. Editora Bookseller. Campinas. 2003.

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

NANNI, Giovanni E. **Comentários Ao Código Civil: Direito Privado Contemporâneo**. Editora Saraiva, 2021.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luís Guilherme A.; et al. **Código civil: edição especial**. Editora Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Novo código civil anotado**. v. 2. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

OLIVEIRA, James E. **Código Civil Anotado e Comentado, 2ª edição**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2010.

PELUSO, Cezar. **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. Barueri: Editora Manole, 2022.

PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. v.II. 33ª ed. Grupo GEN, 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. v.2. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PODESTÁ. Fábio Henrique. **Direito das obrigações: teoria geral e responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações: Lei n. 10.406, de 10.01.2002**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Parte Geral das Obrigações**. v.2. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Parte geral das obrigações**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SEABRA, André S. **Limitação e Redução da Cláusula Penal.** (Coleção IDiP). São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022.

VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil. v.2.** Grupo GEN, 2023.