

O sentido do art. 412 do Código Civil: a definição do valor da “obrigação principal” como limite à cláusula penal

Luiza Lourenço BIANCHINI*

Rodrigo da Guia SILVA**

RESUMO: O presente estudo examina o art. 412 do Código Civil, que limita o valor da cominação prevista na cláusula penal ao “valor da obrigação principal”. Assim como o art. 413 do Código Civil, a norma tem por objetivo coibir abusos na fixação da penal. Todavia, em que pese o louvável propósito subjacente ao art. 412 do Código Civil, nota-se o estabelecimento de um limite rígido e artificial, que já era objeto de crítica à época do Código Civil de 1916. Entre outras percepções, tem-se que muitas vezes a obrigação principal não tem um preço definido no contrato, ao que se soma a preliminar dificuldade de se definir qual obrigação pode ser considerada principal. Ao enfrentar o tema, o presente estudo sustenta que a expressão “valor da obrigação principal” não seja automaticamente identificada com o preço porventura pactuado a título de contraprestação pecuniária. O “valor da obrigação principal” deve ser buscado a partir do conteúdo econômico do contrato, inclusive levando-se em consideração o resultado útil legitimamente associado ao programa contratual. O estudo empreendido, pautado na análise da bibliografia nacional, se desenvolve a partir do método lógico-dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusula penal; valor; preço; inadimplemento contratual.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. A rigidez do controle *ex ante facto* previsto pelo art. 412 do Código Civil em contraposição à elasticidade do controle *ex post facto* estabelecido pelo art. 413 do Código Civil; – 3. “*In claris fit interpretatio*”: problemas ocultos a uma primeira leitura do art. 412 do Código Civil; – 4. Em busca do sentido da expressão “valor da obrigação principal”; – 5. Uma decisão para análise; – 6. Conclusão; – Referências bibliográficas.

TITLE: *The Meaning of Article 412 of the Civil Code: The Definition of the “Value of the Primary Obligation” as a Limit to the Penalty Clause*

ABSTRACT: *This paper analyzes article 412 of the Civil Code, which limits the commination’s value of the penalty clause to the “value of the primary obligation”. As in article 413 of the Civil Code, this rule has the objective of preventing abuses in the penalty clause provision. Despite the laudable underlying purpose of article 412 of the Civil Code, a rigid and artificial limit is set, which was already criticized under the Civil Code of 1916. Among other perceptions, the primary obligation often does not have a fixed price in the contract, which adds to the preliminary difficulty of defining which duty should be considered the primary obligation. Facing this issue, the paper proposes that the expression “value of the primary obligation” should not be automatically interpreted as the price that may have been agreed as pecuniary consideration. The “value of the primary obligation” should be fixed taking into consideration the economic content of the contract, which includes the useful result legitimately associated with the contractual program. This work was developed using the deductive reasoning method, based on national authors.*

KEYWORDS: *Penalty clause; value; price; breach of contract.*

* Doutoranda e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Participante do Laboratório de Direito Contratual da Faculdade de Direito da UERJ. Juíza federal. *E-mail:* luiza.bianchini@gmail.com.

** Doutor e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ. Coordenador do Laboratório de Direito Contratual da Faculdade de Direito da UERJ. Advogado, árbitro e parecerista. *E-mail:* rodrigo.daguiasilva@gmail.com.

CONTENTS: 1. Introduction; – 2. The rigidity of the *ex ante facto* control established by article 412 of the Civil Code in contrast to the elasticity of the *ex post facto* control established by article 413 of the Civil Code; – 3. “In claris fit interpretatio”: hidden problems at a first reading of article 412 of the Civil Code; – 4. In search of the meaning of the expression “value of the primary obligation”; – 5. A case for analysis; – 6. Conclusion; – References.

1. Introdução

O ordenamento jurídico brasileiro se caracteriza por um sistema de duplo controle da cláusula penal,¹ baseado principalmente nos arts. 412² e 413³ do Código Civil.⁴ O primeiro dispositivo – de idêntica redação ao seu equivalente no Código Civil de 1916⁵ – estabelece um teto prévio e abstrato para o valor da cláusula penal,⁶ determinando que este não

¹ Como é cediço, a expressão *cláusula penal* comporta, entre outras classificações aventadas em sede doutrinária, a subdivisão que aparta as cláusulas penais *compensatórias* das cláusulas penais *moratórias*: “Na tipologia tradicional, a cláusula penal pode ser de duas espécies: (a) compensatória ou (b) moratória. Diz-se compensatória a cláusula penal fixada para a hipótese de inadimplemento absoluto da obrigação. Diz-se moratória a cláusula penal fixada para a hipótese de inadimplemento relativo da obrigação” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil*. Volume 2: obrigações. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 397). V., ainda, por todos, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume II. 24ª ed. Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 147; e GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16ª ed. Atual. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 187. Tal distinção tornará a ser explicitada no decorrer deste estudo quando assim for reputado necessário.

² *In verbis*: “Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”.

³ *In verbis*: “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”.

⁴ Os arts. 412 e 413 do Código Civil ilustram (sem exaurir) o sistema de duplo controle a que se faz menção neste estudo – um controle *ex ante facto* e um controle *ex post facto*. Embora tais dispositivos legais não esgotem o referido sistema de duplo controle, explicita-se que, por sua particular relevância para a generalidade das relações contratuais, o presente estudo se desenvolve especificamente a partir da análise dos arts. 412 e 413 do Código Civil, sem embargo da existência de outros dispositivos pertinentes presentes na legislação brasileira, conforme alguns exemplos mencionados na nota de rodapé nº 6, *infra*.

⁵ Trata-se do art. 920 do Código Civil de 1916, *in verbis*: “Art. 920. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”.

⁶ Vale advertir que o art. 412 do Código Civil não consiste no único limite prévio à validade das cláusulas penais. Com efeito, ao menos na seara da legislação extravagante, observa-se uma considerável pluralidade de limites impostos em cada situação ou contexto (especialmente tendo por referência cláusulas penais moratórias), do que são exemplos as limitações legais do valor da cláusula a “10% do valor da dívida” (cfe. art. 9º do Decreto nº 22.626/1933, conhecido como Lei da Usura) ou a “dois por cento do valor da prestação” (cfe. art. 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor). Para o desenvolvimento da análise desses (e de outros) exemplos, remete-se a SIMÃO, José Fernando. Art. 412 [Verbete]. In: SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 234-235. Diante desse cenário normativo, chega-se a afirmar que o limite estatuído pelo art. 412 do Código Civil efetivamente restringir-se-ia às cláusulas penais compensatórias: “De acordo com o art. 412 da atual codificação material, que reproduz o art. 920 do CC/1916, o limite da cláusula penal é o valor da obrigação principal. (...) A dúvida despertada pelo comando é se ele se aplica somente à multa compensatória ou também à multa moratória. Este autor filia-se à corrente doutrinária que sustenta que, sobre a multa moratória, o limite nos contratos civis é de 10% (dez por cento) sobre o valor da dívida, consoante previsto nos arts. 8º e 9º da Lei da Usura (Decreto 22.626/1933). Para os contratos de consumo, o limite para a cláusula penal moratória é de 2% (dois por cento), como consta do art. 52, § 1º, da Lei 8.078/1990. Lembre-se de que no caso de dívidas condominiais o limite da penalidade decorrente do atraso também é de 2% (dois por cento), conforme o art. 1.336, § 1º, do CC, nos casos de inadimplemento ocorridos na vigência da nova codificação privada [...]. Com relação à multa compensatória, prevista para os casos de inadimplemento absoluto da obrigação, aí sim merece subsunção a regra do art. 412 do CC, sendo o valor da obrigação principal o limite para a sua fixação” (TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, p. 410-411).

exceda o valor da “*obrigação principal*” (expressão cuja acepção será objeto específico de análise no decorrer deste estudo, em especial no item 4, *infra*). O segundo dispositivo – mais amplo do que seu análogo no diploma precedente –⁷ prevê um controle posterior e concreto, ao dispor que o juiz deve reduzir equitativamente o valor da penalidade se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte ou se o referido valor se revelar manifestamente excessivo, levando-se em consideração a natureza e a finalidade do negócio.

Trata-se de mecanismos de intervenção estatal na autonomia privada, os quais, na esteira do dirigismo que caracteriza a teoria contratual contemporânea, costumam ser associados a um escopo geral de evitar manifestas desconformidades com um ideal de *justiça material* nas relações contratuais.⁸ Desse modo, ambos os referidos instrumentos de limitação da cláusula penal costumam ser associados – em ponto merecedor de objeção, como destacado a seguir – ao conteúdo do princípio do equilíbrio contratual,⁹ do qual alegadamente decorreria a exigência de que, mesmo em relações paritárias, um contratante não “*sofra um sacrifício econômico desproporcional ao assumido*”.¹⁰

⁷ O Código Civil de 1916 previa, no art. 924, a possibilidade (não o dever) de redução equitativa pelo juiz apenas no caso de cumprimento parcial da obrigação. Veja-se: “Art. 924. Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento”. Para além da ampliação das hipóteses justificadoras da incidência do controle em comento, substituiu-se, também, a menção a uma *faculdade* pela explicitação de um *dever* do julgador. Como destacam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, o dispositivo atual – art. 413 do Código Civil de 2002 –, “seguindo a tendência jurisprudencial, tornou-se imperativo, atribuindo ao juiz o dever (não mais a faculdade) de aplicar o mecanismo em exame” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *As penas privadas no direito brasileiro*. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio. *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 513).

⁸ A alusão a um ideal de busca por uma *justiça material* – nota característica do dirigismo contratual – se revelou, do ponto de vista histórico, especialmente cara ao desenvolvimento da teoria contratual contemporânea, em especial pela preocupação de se assegurar algum patamar mínimo de proporcionalidade (não raro inadvertidamente confundido com o conceito de equilíbrio contratual, ao qual se tornará a fazer menção na sequência) entre as prestações a cargo dos contratantes que estivessem em posição de desigualdade fática. Para o desenvolvimento do ponto, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia. *Equilíbrio e vulnerabilidade nos contratos: marchas e contramarchas do dirigismo contratual*. *Civilistica.com*, a. 9, n. 3, 2020, *passim*.

⁹ Nesse sentido, posiciona-se André Silva Seabra, segundo o qual, “(...) na atualidade, é importante reconhecer o importante papel da cláusula penal como instrumento jurídico contra a inadimplência, mas também se revela fundamental sua consideração no contexto de não causar efeitos altamente maléficis e desarrazoados à parte do devedor com a vedação de pactuação de obrigações desproporcionais e extremamente onerosas a uma das partes. Como exercício da liberdade de contratar, surge ‘a necessidade da consideração dos novos princípios da teoria contratual também no campo da cláusula penal’. [...] Entendemos a limitação e a redução da cláusula penal como manifestações do princípio do equilíbrio contratual. [...] a limitação e a redução da cláusula penal reprimem o desequilíbrio ocasionado pelo inadimplemento, quando as consequências deste tiverem sido previamente pactuadas” (SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 286 e 291).

¹⁰ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 56. Lê-se o seguinte na integralidade do trecho referido: “Destina-se [o princípio do equilíbrio contratual] a impedir não somente que um contratante sofra sacrifício econômico desproporcional ao benefício econômico obtido – o que se pode denominar desequilíbrio contratual *vertical*, porque constatado a partir da comparação entre as dimensões econômicas dos direitos e obrigações recíprocos que compõem o objeto do contrato –, mas também que sofra sacrifício econômico desproporcional ao assumido – o que se pode denominar desequilíbrio contratual *horizontal*, porque verificado a partir do agravamento do sacrifício econômico imposto ao contratante no tempo, entre o momento da formação do contrato e o momento da sua execução” (grifos no original).

A assunção de um renovado olhar sobre o princípio do equilíbrio contratual,¹¹ contudo, conduz ao reconhecimento de uma marcante diversidade entre os fundamentos valorativos dos expedientes legais em comento, inclusive como uma diferenciação entre as *fattispecie* idôneas a deflagrar a redução equitativa de que trata o art. 413 do Código Civil. De uma parte, a limitação *a priori* estabelecida pelo art. 412 do Código Civil parece concretizar, no âmbito da cláusula penal, a garantia de uma proporcionalidade objetiva – mais próxima do ideal de justiça material (e não do princípio do equilíbrio contratual) –, sendo potencialmente exigida para a aferição da legitimidade originária do programa contratual.

De outra parte, a limitação *a posteriori* estabelecida pelo art. 413 parece ser de mais fácil vinculação ao princípio do equilíbrio contratual, ao menos na hipótese de a redução equitativa da cláusula penal decorrer do adimplemento parcial da avença¹² – hipótese em que parece estar em jogo um abalo, por causas supervenientes, do complexo tecido em que se constitui o programa contratual validamente entabulado pelas partes.¹³ Já quando a redução equitativa decorrer do seu caráter “manifestamente excessivo”, aparentemente o raciocínio, em termos de perquirição de fundamento valorativo, será similar àquele associado acima à fundamentação da limitação apriorística estabelecida

¹¹ Como já se pôde sustentar, diversamente do que propugna aquela que se poderia referir por *formulação heterorreferenciada do equilíbrio contratual* (v. SILVA, Rodrigo da Guia. *Remédios ao inadimplemento dos contratos: princípio do equilíbrio e tutela do programa contratual*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, item 1.2.3), o princípio do equilíbrio contratual não traduz um parâmetro externo ao regulamento contratual, como um suposto critério para a valoração da legitimidade das avenças (o que levaria o intérprete a reputar cada contrato, desde a sua gênese, equilibrado ou desequilibrado). Em realidade, “o princípio do equilíbrio contratual no direito brasileiro atua como mandado de otimização do programa contratual originário revelado pelo exame da causa contratual em concreto; ou, em síntese mais apertada, mandado de otimização da efetividade da causa contratual concreta” (Ibid., p. 168). Nesse contexto, a *proporcionalidade econômico-financeira*, devidamente dissociada – conceitual e funcionalmente – do equilíbrio contratual, atua como autêntico mecanismo de promoção de valores relacionados à isonomia substancial, com vistas à adequada tutela das vulnerabilidades porventura manifestadas na formação das relações contratuais (Ibid., item 1.3.2).

¹² A correlação com o princípio do equilíbrio contratual também é enfatizada (embora sem a restrição aqui propugnada) por Gustavo Tepedino e Carlos Nelson Konder no âmbito da análise do art. 413 do Código Civil: “O legislador brasileiro atribuiu ao magistrado poder-dever de reduzir equitativamente a sanção sempre que houver cumprimento parcial ou excesso manifesto no momento do descumprimento, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio. Trata-se de enunciado normativo de significativa importância prática, reputada hipótese relevante de controle do equilíbrio contratual” (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos sobre a cláusula penal a partir da superação da tese da dupla função. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 31, n. 4, out.-dez./ 2022, p. 358).

¹³ Trata-se de uma possível e relevante aplicação contemporânea da função negocial, conforme lição de Eduardo Nunes de Souza: “A segunda utilidade que se vislumbra para a causa no momento dinâmico do contrato, de ainda maior interesse para o presente estudo, consiste na abordagem do que até aqui se denominou *vicissitudes* supervenientes do contrato. Trata-se, aqui, de hipóteses tão diversas quanto a impossibilidade da prestação, o inadimplemento por uma das partes, a onerosidade excessiva, a descoberta de vício redibitório, o pedido de rescisão unilateral por uma das partes, dentre muitas outras. O que todas essas hipóteses têm em comum parece ser justamente o fato de que, em todas elas, alguma circunstância, imputável ou não a alguma das partes, prejudicou ou comprometeu o programa contratual que já se encontrava em execução. Como se buscou demonstrar até aqui, é justamente a causa, como síntese objetiva dos interesses insculpidos na avença (ou, ainda, dos efeitos que se pretendia produzir com o negócio) que responde pela identificação desse programa” (SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*, a. 8, n. 2, 2019, p. 29).

pelo art. 412. Como se pode perceber, não é singela nem mesmo a identificação do fundamento valorativo dos mecanismos estabelecidos pelos arts. 412 e 413 do Código Civil, o que serve de exemplo da complexidade dos temas pertinentes à cláusula penal.

Nesse contexto, caracterizado por uma miríade de dúvidas que historicamente acompanharam (e seguem acompanhando) quem se dedica ao estudo da cláusula penal, o presente estudo centra sua análise em uma particular questão: como deve ser interpretado o art. 412 do Código Civil quanto à definição da “*obrigação principal*” cujo valor constitui o limite máximo do montante da cláusula penal? Em uma primeira leitura, a redação do dispositivo parece não oferecer grandes dificuldades de interpretação, pois estabelece um limite quantitativo que soa objetivo – o valor da obrigação principal. Todavia, o exame mais aprofundado do texto revela significativas dificuldades, que acabam por demandar uma postura mais ativa do intérprete. É precisamente ao enfrentamento de tais dificuldades que se volta o presente artigo, no intuito de se analisarem os principais problemas postos pela norma e de se propor uma solução interpretativa que, baseada em uma leitura funcional do dispositivo, torne-o mais adequado à disciplina das relações contratuais.

2. A rigidez do controle *ex ante facto* previsto pelo art. 412 do Código Civil em contraposição à elasticidade do controle *ex post facto* estabelecido pelo art. 413 do Código Civil

Como dito, o art. 412 do Código Civil atual reproduz a redação do art. 920 do Código Civil de 1916, que à sua época já era objeto de críticas.¹⁴ Além dos problemas suscitados pela expressão “valor da obrigação principal” (objeto de análise mais detida no item 4, *infra*), afirma-se que o dispositivo estabelece um teto rígido ao valor da cominação da cláusula penal, que poderia vir a se revelar demasiadamente amplo ou reduzido a depender do

¹⁴ Nesse sentido, ponderava Clovis Bevilacqua: “O limite imposto à pena por este artigo não se justifica. Nasceu da prevenção contra a usura, e é uma restrição à liberdade das convenções, que mais perturba do que tutela os legítimos interesses individuais. A melhor doutrina, neste assunto, é de plena liberdade seguida pelo Código Civil italiano, pelo português e pelo venezuelano. O alemão, o suíço e o peruano, 1.237, permitem a redução da pena, quando excessiva; mas não a reduzem a uma taxa fixa. Sob o ponto de vista social e equitativo, é uma excelente solução, e compreende-se que Saleilles, com os tradutores do Comitê de legislação estrangeira em França, considere a disposição do art. 343 do Código Civil alemão uma das mais importantes desse corpo de leis. Mas deveria ser complementada por um remédio, que impedisse o arbítrio do juiz, que não tem aqui os mesmos pontos de fixação que oferece o art. 924: a proporção entre a parte cumprida da obrigação e a não executada. Além disso, a inexecução parcial, sempre será menos danosa aos interesses do credor do que a total” (BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Volume IV. 11^a ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1958, p. 55).

caso.¹⁵ A rigidez do parâmetro ensejaria injustiças, tutelando inadequadamente os interesses dos contratantes.

Nesse sentido, Carlos Nelson Konder aduz que o principal ponto negativo do art. 412 do Código Civil consistiria na possível inadequação de um limite estabelecido *a priori*, uma vez que “[u]m limite fixo, único, para todos os tipos de cláusula penal certamente se revelaria alto demais em algumas situações e muito baixo em outras, constantemente gerando injustiças”.¹⁶ O caráter estático dessa forma de controle geraria iniquidades diante da variedade de situações abrangidas pela norma. Assim, para o autor, seria mais eficaz o controle previsto pelo art. 413 do Código Civil, “que permite ao juiz uma aferição mais flexível com base nas peculiaridades do caso concreto”.¹⁷

Também em perspectiva crítica ao art. 412 do Código Civil, Pedro Amaral Salles conclui que tal dispositivo configura “uma indesejada intervenção do Estado na autonomia privada das partes no momento da contratação”.¹⁸ Conforme o autor, o valor da cláusula penal não pode ser exorbitante, porém eventual exagero deveria ser afastado por meio da aplicação do art. 413 do Código Civil: “os abusos de direito podem e devem ser controlados

¹⁵ Cumpre advertir que, em qualquer caso, a incidência da cláusula penal não afasta a obrigação restitutória deflagrada pela resolução por inadimplemento contratual absoluto, quando esse for o caso. Nesse sentido, veja-se a oportuna conclusão de Milena Donato Oliva e Viviane Abílio: “Em síntese, o pagamento de cláusula penal pelo descumprimento definitivo da obrigação em nada afeta o dever de efetuar a restituição do que foi recebido a título de contraprestação, que possui causa distinta, relacionada ao retorno ao *status quo ante*. Cuida-se de ressalva fundamental, diante do limite estabelecido pelo Código Civil no art. 412, segundo o qual o valor da cláusula penal não pode ultrapassar o montante da prestação, para que não se permitam distorções que levem ao enriquecimento sem causa do devedor. Assim, na hipótese de recebimento antecipado da prestação pela parte que venha a ficar inadimplente, a exclusão da restituição em decorrência do pagamento da cláusula penal implicaria a total ineficácia desta, ainda que se considere o valor máximo que possa expressar” (OLIVA, Milena Donato; ABÍLIO, Vivianne da Silveira. A cláusula penal compensatória estipulada em benefício do consumidor e o direito básico à reparação integral. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 105, maio- jun./2016, item 2). V., ainda, ABÍLIO, Vivianne da Silveira. *Cláusulas penais moratórias e compensatórias: critérios de distinção*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 125-127. A propósito da qualificação do dever de restituição deflagrado pela resolução contratual, cumpre ressaltar que se trata de autêntica obrigação restitutória fundada na vedação ao enriquecimento sem causa (na feição de ausência superveniente de justa causa, *ex vi* do art. 885 do Código Civil), conforme desenvolvido em SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, item 3.3.1.

¹⁶ KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. In: AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de (Coord.). *Direito imobiliário: escritos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 152.

¹⁷ KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários, cit., p. 153. Também é essa a posição sustentada por André da Silva Seabra, segundo o qual o art. 412 do Código Civil, “(...) além de criar entraves à prática comercial, estimula a adoção de mecanismos para contorná-lo, não tutela adequadamente todas as situações e acaba por, em muitos casos, afastar o interesse das partes na fixação da cláusula penal. (...) não há como se prever, antecipadamente, de forma genérica, um parâmetro de limitação que alcance toda a extensão de danos possíveis, das mais variadas relações contratuais” (SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*, cit., p. 298). O autor conclui que o meio mais eficaz para o controle das cláusulas penais consiste na sua correção posterior, tal como prevê o art. 413 do Código Civil. Nas suas palavras, “a atribuição de poderes ao intérprete para proceder *ex post* à correção do valor da penalidade constitui o mecanismo mais adequado para o necessário controle sobre o conteúdo da cláusula penal” (Ibid., p. 299).

¹⁸ SALLES, Pedro Amaral. *A função coercitiva da cláusula penal e uma crítica ao art. 412 do Código Civil de 2002*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 113.

pela norma, mas não necessariamente mediante restrição prévia e expressa de direito, já que o controle posterior poderá ser feito de maneira mais criteriosa.¹⁹

De fato, parece inequívoco que o mecanismo previsto no art. 413 do Código Civil se revela – para o bem e para o mal – mais maleável, permitindo ao aplicador do direito exercer um juízo de legitimidade mais flexível por ocasião do controle da cláusula penal. O enunciado normativo prevê duas hipóteses de redução equitativa da cláusula penal – “*se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte*” e “*se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio*”. Em ambos os casos, o limite não é definido de modo abstrato, mas sim de acordo com as especificidades do caso concreto.

Como visto, a segunda parte do art. 413 do Código Civil – “*se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio*” – constitui inovação do legislador de 2002 e foi bem-vista pela doutrina.²⁰ Louvou-se a técnica legislativa de estabelecer parâmetros (*standards*) para o controle *ex post facto* da cláusula penal, tornando-o mais adaptável à variedade de situações fáticas.²¹

A seu turno, segundo algumas críticas, o art. 412 do Código Civil estabeleceria uma regra inflexível, já criticada ao tempo do diploma precedente e que teria sido mantida por pura inércia do legislador.²² É o que diz Caio Mário da Silva Pereira, segundo o qual o

¹⁹ SALLES, Pedro Amaral. *A função coercitiva da cláusula penal e uma crítica ao art. 412 do Código Civil de 2002*, cit., p. 113-114.

²⁰ V., entre outros, MARTINS-COSTA, Judith. A dupla face do princípio da equidade na redução da cláusula penal. In: ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JR., Nelson; MAZZEI, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Thereza (Coord.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 60-73; e TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a cláusula penal compensatória. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 23. Rio de Janeiro. Julho/setembro, 2005, p. 3-15.

²¹ “O art. 413 do Código Civil, por exemplo, é um *standard*, pois, além da utilização de uma equidade corretiva, demanda a verificação no caso concreto, sobre se o ‘montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio’. Adotam-se, nesse dispositivo, conceitos indeterminados que permitirão ao julgador uma análise com maior grau de abertura para as circunstâncias específicas do caso em discussão. Por outro lado, o artigo 412, em uma primeira leitura, representa uma regra, pois adota parâmetro matemático objetivo a ser observado pelo julgador: o valor da obrigação principal. Essa afirmação é feita com a ressalva de que tal parâmetro não é tão objetivo assim, demandando, em muitas situações, salvo se acolhida a proposição interpretativa que formularemos, uma análise ampliada, conforme buscaremos demonstrar mais adiante” (SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*, cit., p. 302).

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume II. 34^a ed. Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 158. No mesmo sentido, v. ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal. Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais*. 2^a ed. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 206. A propósito, afirma André Silva Seabra: “Nas reflexões sobre a elaboração do Código atual, são extensas as considerações sobre os novos princípios contratuais, sobre a diretriz da eticidade, e sobre a técnica das cláusulas gerais. Em outras palavras, há farta fundamentação para a inclusão do *standard* estabelecido pelo artigo 413, o qual, pela primeira vez em nosso ordenamento, conferiu poderes ao julgador para corrigir *ex post* as cláusulas excessivas. No entanto, não há material que justifique a manutenção da limitação pelo valor da obrigação principal, estabelecida pelo artigo 412, nem que explique os motivos para a consagração em simultâneo dos dois mecanismos de controle do conteúdo da cláusula penal” (SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*, cit., p. 318).

enunciado, “*uma vez que estava, ficou*”.²³ Para o autor, o dispositivo ainda seria inócuo, “*tendo em vista que o seguinte [art. 413] permite a redução equitativa pelo juiz, e o art. 416 admite seja estipulada indenização suplementar*”.²⁴

De fato, parece adequado concluir que, especialmente a prevalecer o entendimento que atribui ao escopo da cláusula penal um sentido também (quicá predominantemente) indenizatório²⁵ e não apenas coercitivo,²⁶ a referida duplicidade do controle não se justificaria como regra geral: o art. 413 do Código Civil seria suficiente para conter os excessos porventura verificados em cada caso concreto. A tessitura mais aberta desse outro dispositivo – que prevê parâmetros de controle, e não um teto fixo – mostrar-se-ia mais apta a regular a enorme variedade de hipóteses, proporcionando maior maleabilidade ao equacionamento dos interesses em potencial rota de colisão.

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume II, cit., p. 158.

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume II, cit., p. 159. Por outro lado, como observa André Silva Seabra, não se trata propriamente de enunciado legislativo inofensivo, pois o art. 412 do Código Civil “poderá servir de subterfúgio lançado pelos devedores quando a penalidade não atender aos requisitos estabelecidos pelo artigo 413, mas possa ser interpretada como de valor superior ao da obrigação principal” (SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*, cit., p. 319).

²⁵ Ilustrativamente, veja-se: “É preciso, nessa esteira, identificar qual a modalidade de cláusula penal disciplinada pelo Código Civil, vale dizer, a função que se afigura compatível com o regime jurídico desenhado pelo legislador entre os artigos 408 e 416 do Código Civil. A melhor interpretação parece ser a de que a codificação disciplina a cláusula pactuada pelos contratantes com escopo de pré-fixar perdas e danos, como evidência, especialmente, a norma contida no parágrafo único do artigo 416, que regula o direito a uma ‘indenização suplementar’, pressupondo que a cláusula penal já atua como uma indenização” (OLIVEIRA, Rafael Mansur de. *Execução pelo equivalente pecuniário: natureza e regime jurídico*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021, p. 153).

²⁶ Tal como propugnado pela vertente da *dupla função* da cláusula penal, que tradicionalmente veio a constituir “um dos pilares da construção tradicional da figura” (MONTEIRO, Antônio Pinto. Responsabilidade contratual: cláusula penal e comportamento abusivo do credor. In: *Revista da EMERJ*, vol. 7, n. 26, 2004, p. 169), tendo sido objeto de oportuna (e crítica) síntese por Gustavo Tepedino e Carlos Nelson Konder: “Ao ocaso do aspecto punitivo correspondeu a referência à função coercitiva, não mais voltada a agravar o devedor inadimplente, mas a reforçar o vínculo obrigacional, de modo que, dando ao devedor ciência da exata sanção que lhe seria cominada, a cláusula penal serviria a desestimular o inadimplemento. Paralelamente, todavia, ganhou força o entendimento de que a cláusula penal, restrita ao âmbito obrigacional, teria também a função de liquidar antecipadamente as perdas e danos devidos ao credor caso o inadimplemento viesse efetivamente a ocorrer, poupando-o do tempo e esforço necessários à sua quantificação em sede judicial. Na esteira de tal processo evolutivo, prevaleceu por muito tempo o entendimento de que a cláusula penal se prestaria a desempenhar, simultaneamente, as *duas funções*, isto é, tratava-se de instituto que servia, ao mesmo tempo, à coerção do devedor e à indenização do credor” (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos sobre a cláusula penal a partir da superação da tese da dupla função, cit., p. 355). A título puramente ilustrativo, veja-se a manifestação de tal vertente de pensamento no plano jurisprudencial: “Prevalece nesta Corte o entendimento de que a cláusula penal possui natureza mista, ou híbrida, agregando, a um só tempo, as funções de estimular o devedor ao cumprimento do contrato e de liquidar antecipadamente o dano” (STJ, REsp nº 1.803.803/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julg. 09/11/2021, publ. 25/11/2021). Em boa hora, a doutrina contemporânea tem destacado a necessidade de superação da denominada *dupla função* da cláusula penal: “Esse cenário começou a alterar-se nas últimas décadas, ante a consciência de que, sendo a função do instituto a determinar-lhe o perfil normativo, a admissão de dupla função acaba por nublar mais do que esclarecer o intérprete na determinação das normas aplicáveis à cláusula penal” (Ibid., p. 355). De modo similar, Antônio Pinto Monteiro sustenta que, embora tradicionalmente se associe à cláusula penal um modelo unitário (i.e., uma só cláusula, sem divisão de acordo com os distintos escopos perseguidos) e uma dupla função (indenizatória e compulsória, de modo simultâneo), tal paradigma deveria ser superado, devendo-se, portanto, superar o modelo unitário e a tese da dupla função, o que permitiria distinguir adequadamente entre uma cláusula penal propriamente dita, com função compulsória, e uma mera cláusula de fixação antecipada da indenização (cf. MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 419 e ss.).

Diante de eventual objeção de que o art. 413 pecaria por consagrar excessiva discricionariedade judicial, não seria inoportuna a elucidação de que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade ou com meros juízos de oportunidade.²⁷ Ao decotar o excesso da cláusula penal com base no art. 413 do Código Civil, o julgador não se encontra livre, pois tem o ônus argumentativo de justificar sua decisão com base nos parâmetros legalmente previstos (cumprimento parcial da obrigação ou excesso manifesto considerando a natureza e a finalidade do negócio).²⁸ Deve, ainda, considerar tais parâmetros a partir das decisões antecedentes e dos ensinamentos da doutrina, remetendo-se, sempre, aos valores fundantes do ordenamento jurídico, como se espera de modo geral no contexto da técnica legislativa das cláusulas gerais – hipótese do dispositivo legal em comento.²⁹

²⁷ A propósito, pertinente a lição de Eros Roberto Grau: “A ‘abertura’ dos textos de direito, embora suficiente para permitir que o direito permaneça ao serviço da realidade, não é absoluta. Qualquer intérprete estará, sempre, permanentemente por eles atado, retido. Do rompimento dessa retenção pelo intérprete autêntico resultará a subversão do texto. (...) Insisto nisso: o que se tem denominado de *discricionariedade judicial* é poder de criação de norma jurídica que o intérprete autêntico exercita formulando juízos de legalidade (não de oportunidade). A distinção entre ambos esses juízos encontra-se em que o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente; o juízo de legalidade é atuação, embora desenvolvida no campo da prudência, que o intérprete autêntico empreende atado, retido, pelo texto normativo e, naturalmente, pelos fatos” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 56-57).

²⁸ Gustavo Tepedino e Carlos Nelson Konder observam que o art. 413 do Código Civil constitui uma norma também de contenção, de sorte que somente pode ser aplicada a redução equitativa da cláusula penal nas hipóteses previstas no dispositivo: “Dessa forma, ao estabelecer os critérios para a redução equitativa da cláusula penal, o legislador limitou a intervenção do intérprete, vinculando-a estritamente às características funcionais das cláusulas penais, de modo que a utilização de outros critérios desvirtua a teleologia do instituto. Daqui a conclusão, nem sempre bem compreendida, de que o art. 413 do Código Civil, embora de incidência imperativa, constitui-se igualmente em norma de contenção, já que o magistrado somente poderá aplicá-la nas hipóteses expressamente indicadas pelo dispositivo, cumprimento parcial da obrigação ou penalidade manifestamente excessiva, e, neste caso, somente tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio. É dizer, o magistrado deve reduzir, não pode deixar de fazê-lo, se (e somente se) estiverem presentes os pressupostos de incidência previstos no dispositivo. Assim, no âmbito da cláusula penal propriamente dita, estabeleceu o legislador dupla barreira a que o intérprete introduzisse no controle do equilíbrio outros juízos, notadamente de índole subjetiva, incompatíveis com a avaliação de proporcionalidade” (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos sobre a cláusula penal a partir da superação da tese da dupla função, cit., p. 360).

²⁹ “Legislar por cláusulas gerais quer dizer deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato. (...) Com efeito, as cláusulas gerais não têm um valor axiológico autônomo e completo, porque são preenchidas por valores que se encontram não apenas na realidade social, mas nos princípios normativos de relevância hierarquicamente superior, sejam esses constitucionais, comunitários ou internacionais. A vagueza da referência contida na cláusula é superada com o reenvio não à consciência ou à valoração social, mas ao complexo de princípios que fundam o ordenamento jurídico, única garantia de pluralismo e de democracia. As cláusulas gerais, portanto, são uma técnica legislativa que consente a concretização e especificação das múltiplas possibilidades de atuação de um princípio, agindo contemporaneamente como critério de controle da compatibilidade entre princípios e regras.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 237, 239-240). A utilidade da técnica legislativa das cláusulas gerais é destacada, ainda, por Stefano Rodotà: “Se a legislação civil pretende voltar a ser o fio com o qual se tece a trama dos grandes institutos da sociedade, então só pode consistir em uma firme disciplina dos princípios. Se esses princípios não pretendem representar a exaurida projeção de tipos exemplares sobre experiências já acabadas, como tais inidôneos a um futuro imprevisível, então devem exprimir-se em cláusulas gerais. E, se sobre essas cláusulas deve também modelar-se a dinâmica de uma sociedade em transformação, então elas devem encontrar formulações elásticas, de modo a guiar aquela dinâmica sem serem esmagadas por ela” (RODOTÀ, Stefano. Ideologias e técnicas da reforma do direito civil. Trad. Eduardo Nunes de Souza. *Civilistica.com*, a. 13, n. 1, 2024, p. 20).

De mais a mais, entende-se que, mesmo na aplicação do art. 412 do Código Civil, a discricionariedade do juiz estará presente. Isso, porque, como visto, não é intuitiva ou banal a tarefa de definir o “valor da obrigação principal”. Primeiro, porque nem sempre a obrigação é mensurada em dinheiro. Depois, porque, adotando-se uma leitura funcional dessa expressão, o valor não se confunde com o preço: ele deve ser aferido pelo intérprete de acordo com o concreto regulamento de interesses.

Nesse contexto, sobressaem os pontos positivos do mecanismo de controle (posterior e flexível) da cláusula penal previsto pelo art. 413 do Código Civil, ainda que (ou justamente *na medida em que*) enseje maior discricionariedade – sempre e necessariamente conjugada com o ônus argumentativo da fundamentação à luz dos critérios legais e dos valores fundantes do ordenamento jurídico. É essa discricionariedade que permite a adoção de soluções mais equânimes e idôneas a tutelar mais adequadamente os interesses dos contratantes.

De todo modo, a regular vigência do art. 412 do Código Civil (sem que se esteja a cogitar de um fundamento de inconstitucionalidade) impõe a toda a comunidade jurídica o respeito também a essa escolha do legislador. A lei existe e deve ser aplicada. Sem desprezar a sua letra,³⁰ cabe ao aplicador do direito traçar a interpretação mais harmoniosa e capaz de atingir os objetivos do ordenamento jurídico.

3. “*In claris fit interpretatio*”: problemas ocultos a uma primeira leitura do art. 412 do Código Civil

A hermenêutica contemporânea há muito logrou rechaçar a ideia de que, diante da aparente clareza de um preceito legal,³¹ não haveria necessidade (sequer possibilidade) de sua interpretação. Substitui-se o brocardo latino “*in claris non fit interpretatio*” (“na clareza não cabe interpretação”, em tradução livre) pela afirmação contrária, *in claris fit interpretatio* (“na clareza cabe interpretação”, em tradução livre), argumentando-se que mesmo um texto normativo aparentemente preciso deve ser interpretado. Com efeito, o dispositivo somente pode ser reputado claro (e, com isso, revelar a norma para a

³⁰ “O liame entre o texto e o intérprete requer a presença de ambos: ao intérprete não é consentido passar por cima ou ignorar o texto, como aconteceu em alguns desvios do sociologismo” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 602).

³¹ Cabe aqui a distinção feita por Eros Roberto Grau no sentido de que o objeto da interpretação é o texto, e não a norma. A norma é o resultado da interpretação. Nas suas palavras: “O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo. A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 27)

construção da adequada normativa do caso concreto) depois de sua interpretação, que, para além do exame dos aspectos literais do enunciado, é sempre exercida no âmbito do sistema, em consideração aos seus valores e suas finalidades. Nesse sentido, Pietro Perlingieri aduz:

O brocardo *in claris non fit interpretatio* apoia-se no pressuposto de que a norma seja uma unidade lógica bem isolada empiricamente. Todavia, sem ‘confundir a norma com o artigo de lei visto na sua exterioridade’, ela é sempre fruto da sua colocação no âmbito do sistema. A norma nunca está sozinha, mas existe e exerce a sua função dentro do ordenamento, e o seu significado muda com o dinamismo e a complexidade do próprio ordenamento; de forma que se impõe uma interpretação evolutiva da lei. [...]. A interpretação é, portanto, por definição, lógico-sistemática e teleológica-axiológica, isto é, finalizada à realização de valores constitucionais.³²

Trazendo tais reflexões para a seara da presente investigação, tem-se que, embora o art. 412 do Código Civil, em uma primeira leitura, pareça inequívoco em seu texto, a análise mais detida do enunciado – pensada sobretudo a partir de problemas concretos³³ – expõe dificuldades em seu emprego. O artigo preceitua que “[o] valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”. A norma extraída do dispositivo poderia ser expressa, simplificadamente, com sinal matemático: “valor da cominação” ≤ “valor da obrigação principal”. Entretanto, não só tais valores poderão ser expressos em medidas diferentes³⁴ – o que, por si só, dificulta a comparação –, como também muitas vezes não é fácil (ou, mesmo, viável) identificar, em uma relação

³² PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 617-619. Veja-se, ainda, a lição de Eros Roberto Grau, segundo o qual “[a] interpretação do direito é interpretação *do direito*, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos *do direito*. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significativo normativo algum” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 44).

³³ “[...] não é possível separar o conhecimento jurídico do fim prático da aplicação, do caso concreto ou fato histórico a regulamentar. A interpretação dita doutrinária não pode deixar de se confrontar com a prática dos fatos, a não ser que pretenda se propor como uma dogmática sem alma, como uma pura técnica. O objeto do conhecimento jurídico é sempre dúplici, a norma e o fato concreto: cada um dos dois termos dialéticos é conhecido um em função do outro e vice-versa” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 612-613)

³⁴ “A cominação constante da cláusula é comumente pecuniária, mas nada impede que constitua a prestação de um serviço, entrega de um bem, ou até uma abstenção” (FLORENCE, Tatiana Magalhães. Aspectos pontuais da cláusula penal. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 517). Confira-se, ainda, SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*, cit., p. 322, segundo o qual “[h]á que se considerar, ainda, as situações em que a própria cláusula penal não constitui uma obrigação pecuniária, de modo que, como se não bastassem os percalços na identificação do valor da obrigação principal, a dificuldade de comparação pode ocorrer, também, no sentido inverso”.

contratual mais complexa,³⁵ o que significa “valor da obrigação principal”,³⁶ ao que se soma a natural dificuldade de definição até mesmo do que pode vir a ser considerado “obrigação principal”,³⁷ especialmente no contexto da heterointegração contratual (por particular influência da boa-fé objetiva).³⁸

Imagine-se a hipótese de partes que negociam com vistas à (futura e incerta) celebração um contrato de grande envergadura e, ainda no contexto das negociações, pactuam um acordo de confidencialidade no qual estipulam uma cláusula penal de 100 (cem) mil reais para o caso de inadimplemento dessa obrigação. Não há um preço específico atrelado ao dever de confidencialidade e tampouco há um contrato principal – que, inclusive, pode nunca vir a ser celebrado. Qual seria, então, o limite para o montante da cláusula penal em tal situação, *ex vi* do art. 412 do Código Civil?

Como se pode notar, diante da dificuldade de definição do “valor da obrigação principal” em tal espécie de caso, a aplicação do art. 412 do Código Civil pareceria, à primeira vista, inviável³⁹ – o que, de todo modo, não seria um desfecho plenamente compatível com a necessária deferência à força normativa do dispositivo legal. Na verdade, em casos como tais, a fim de se evitar a tautologia que decorreria da

³⁵ Embora disciplinada no âmbito das obrigações em geral, considera-se, aqui, que a cláusula penal é normalmente aposta a um contrato.

³⁶ “A expressão ‘obrigação principal’ é dúbia e, portanto, poderá se mostrar difícil encontrar o seu valor. Em contratos bilaterais nos quais a troca envolve, de um lado, diversas prestações secundárias e uma principal, e, de outro, o pagamento de uma soma única em dinheiro, será difícil identificar o valor correspondente à obrigação principal, exclusivamente. Nos contratos aleatórios, o valor da obrigação principal de uma parte é completamente distinto do valor da obrigação principal da outra. Por sua vez, nos contratos de troca, o valor da prestação será o valor de mercado do bem recebido, ou do bem entregue?” (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *Biblioteca de Direito Civil: Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 26).

³⁷ A ilustrar a necessidade de ampliação do sentido de “obrigação principal”, afirma-se: “Ademais, por *obrigação principal* se há de ter o conjunto de prestações atinentes à prestação principal (incluindo, pois, as obrigações secundárias e anexas, referentes ao interesse da prestação), não se equiparando as expressões ‘valor da obrigação principal’ e ‘valor do contrato’” (GUERRA, Alexandre de Mello *et alii*. *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023, p. 550, grifos no original). Veja-se, ainda, Jorge Cesa Ferreira Silva: “(...) por obrigação principal deve-se entender o conjunto de prestações que dizem respeito à prestação principal da outra parte. Assim, na compra e venda de um automóvel, por exemplo, a obrigação principal do vendedor equivalerá não só ao preço do automóvel, mas a este acrescido do frete, pois essa é a prestação correspondente à obrigação principal da outra parte” (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das obrigações, cit., p. 268). E continua o autor: “O valor da obrigação principal deve ser mensurável, em princípio, conforme a relação posta no contrato, no momento da contratação. Mas aqui há que se analisar as circunstâncias concretas, para se evitarem injustiças. Assim, o valor da obrigação principal pode ser o da relação posta no contrato no momento do inadimplemento, ou a relação da prestação com o valor de mercado do bem. Se não houver relação contratual entre prestações (como no caso de contratos unilaterais, por exemplo), deve-se utilizar o valor de mercado correspondente à prestação” (Ibid., p. 268).

³⁸ Afinal, como já se pôde afirmar, “[a] análise funcional do adimplemento reclama, em suma, a promoção da causa contratual concreta” (SILVA, Rodrigo da Guia. Em busca do conceito contemporâneo de (in)adimplemento contratual: análise funcional à luz da boa-fé objetiva. In: *Revista da AGU*, vol. 16, n. 2, abr.-jun./2017, p. 312), tarefa que não se compatibiliza com uma estática e apriorística enunciação de obrigações alegadamente principais em contraposição a obrigações alegadamente secundárias – independentemente da fonte (convencional ou legal) de cada um desses deveres.

³⁹ Caberia apenas o controle *ex post* do art. 413 do Código Civil.

consideração de que o próprio valor da cominação imposta na cláusula penal revelaria o valor que as partes atribuem à obrigação principal – raciocínio que não se prestaria à finalidade de revelar a limitação *ex ante facto* que o art. 412 pretendeu impor –, restaria ao intérprete perquirir, à luz das vicissitudes do caso concreto, o valor razoavelmente passível de atribuição à “obrigação principal”.⁴⁰

Pense-se, ainda, no caso de um contrato de prestação de serviços que, além da obrigação de prestar um serviço por um preço determinado, prevê uma cláusula de não concorrência do prestador de serviço. Embora o serviço tenha um preço certo, não há valor econômico atribuído imediatamente pelos contratantes à obrigação de não concorrer. Na hipótese de existir uma cláusula penal específica para o caso de inadimplemento do dever de não concorrência, não fica claro qual deva ser considerado o limite da cominação. Afinal, a obrigação principal do contrato não se confunde com a obrigação especificamente garantida pela cláusula penal, ao que se acrescenta a circunstância de que não raramente a não concorrência ostenta importância financeira maior do que o próprio serviço pactuado.⁴¹

Nesses exemplos, a dificuldade reside no fato de que a obrigação referida pela cláusula penal não consiste em uma prestação em dinheiro, mas sim em uma obrigação de dar coisa que não dinheiro, fazer ou não fazer.⁴² Não é, contudo, apenas nessas hipóteses que a aplicação do art. 412 do Código Civil gera certa perplexidade. Por exemplo, ainda que a obrigação principal garantida pela cláusula penal tenha um preço fixado no contrato, é possível que as partes tenham fundamentadas razões seja para acreditar que determinado montante de penalidade servirá mais ao escopo de desestímulo ao inadimplemento, seja para estimar os danos oriundos do inadimplemento em montante superior ao preço. Nesses casos, o preço se mostra menor (quicá muito menor) do que o valor econômico que o adimplemento da obrigação significa para o credor.

⁴⁰ Similar dificuldade aparece no caso de contratos gratuitos, como o comodato, “nos quais nada impediria, a princípio, a fixação de uma cláusula penal para o caso de descumprimento da obrigação de devolver o bem, e onde a identificação do valor da obrigação principal também despertaria algumas perplexidades” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado: direito das obrigações – artigos 233 a 420*. Vol. IV. São Paulo: Atlas, 2008, p. 397). Como aduzem os autores, “[e]m todos esses casos, precisará o juiz ou árbitro proceder à tormentosa estimativa do valor da obrigação, a fim de avaliar se a cláusula penal é ou não excessiva, invalidando-a apenas no que o for” (Ibid., p. 397).

⁴¹ Diante dessa sorte de dificuldade, Jorge Cesa Ferreira da Silva sustenta: “A melhor solução parece ser a de ter por ‘obrigação principal’ aquela que seria realizada pela parte à qual o inadimplemento enseja a aplicação da pena” (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*, cit., p. 268).

⁴² “A dificuldade de se aplicar essa regra se dá quando a obrigação não é uma prestação em dinheiro e sim uma obrigação de outra natureza, como de dar, fazer, ou não fazer. Mas nesse caso poderiam as partes pré-estimar o valor da prestação a fim de apurar se a cláusula penal ultrapassa o valor da obrigação principal” (FLORENCE, Tatiana Magalhães. *Aspectos pontuais da cláusula penal*, cit., p. 525).

Ilustre-se a hipótese com o caso de uma parte que contratou uma empreiteira para reformar o apartamento para o qual pretende se mudar. O contrato estipula uma remuneração pecuniária como contrapartida à realização da obra, a ser concluída em certo prazo. A contratante locou outro imóvel para nele morar temporariamente até a conclusão da reforma. Em caso de mora da empreiteira, os danos estimados pela contratante consistem, ao menos, no aluguel pago por ela no período do atraso. Se o valor razoavelmente estimado desse prejuízo for superior ao preço do contrato de empreitada, é de se questionar se seria legítimo ou coerente pressupor um teto à cláusula penal equivalente ao preço do serviço contratado.⁴³

Em exemplo ainda mais singelo, pense-se na celebração de um contrato de transporte que tenha por objeto o frete de determinada carga de valor muito superior ao preço do frete (e.g., um frete de cem reais para o transporte de um *smartphone* de última geração da cidade de Niterói para a cidade do Rio de Janeiro, ambas no Estado do Rio de Janeiro). Nesse caso, salta aos olhos a constatação de que o valor da mercadoria é extremamente mais elevado do que o valor do frete, razão pela qual seria de se imaginar que o contratante teria legítimo interesse na estipulação de uma cláusula penal de montante possivelmente próximo ao valor do *smartphone* (em qualquer caso,

⁴³ Outros exemplos em que o prejuízo excede o valor do contrato são mencionados por Pedro Amaral Salles: “Em primeiro lugar, é perfeitamente possível que o prejuízo decorrente do descumprimento de um contrato ultrapasse o valor total do contrato. Exemplo disso poderia ser a contratação de um atleta mundialmente reconhecido para um time de futebol. Há todo um planejamento para os campeonatos ao longo do ano com a presença desse atleta, inclusive com a contratação de outros profissionais. Se este atleta decide abandonar o time, é bem provável que os prejuízos enfrentados pelo clube ultrapassem o valor do contrato celebrado com este atleta. Para impedir essa situação, a Lei 9.615 de 24 de março de 2008, conhecida como ‘Lei Pelé’, dispõe em seu art. 28, parágrafo 3º, que o valor da cláusula penal é de livre negociação entre as partes e autoriza a estipulação de multa no contrato de trabalho em valor de até 100 vezes o valor da remuneração anula ajustada. Percebe-se que o legislador permite a fixação de pena muito elevada para garantir que o atleta não abandone o clube sem uma justa compensação pelos investimentos e gastos realizados. Outro exemplo é a compra e venda futura de *commodities*. Muitas vezes o adquirente de safra futura exporta o produto para um comprador internacional, prometendo, a este último, a entrega futura de uma determinada quantia de mercadoria. Os prejuízos que decorrem do inadimplemento do vendedor original abarcam não só o contrato de compra e venda de safra futura, mas também o contrato de exportação, que ficará prejudicado, causando enormes prejuízos ao adquirente de safra futura. Nesta hipótese, entretanto, as partes estão adstritas ao teto estabelecido no art. 412 do CC. Também nos contratos de transporte de carga perigosa, é possível que os danos decorrentes da execução inadequada da obrigação causem prejuízos além do valor do contrato. Basta que o transportador cause um acidente durante o transporte: ele perderá a carga, causará danos a terceiros e quiçá ao próprio meio ambiente, prejuízos estes que podem ser muito maiores que o valor do frete. Portanto, a premissa de que o valor dos prejuízos que o inadimplemento contratual pode causar não superar o valor global do contrato nem sempre é verdadeira – até porque em contratos de longa duração, estes prejuízos, muitas vezes, não envolvem apenas danos emergentes, mas também investimentos específicos, lucros cessantes e até mesmo danos extrapatrimoniais” (SALLES, Pedro Amaral. *A função coercitiva da cláusula penal e uma crítica ao art. 412 do Código Civil de 2002*, cit., p. 43-44)

provavelmente de montante superior ao preço do transporte), seja a título de desestímulo ao inadimplemento, seja a título de prefixação das perdas e danos.⁴⁴

Após mencionar outros exemplos trazidos pela doutrina, André Silva Seabra aduz, referindo-se a Giovanni Ettore Nanni,⁴⁵ que esse problema poderia ser resolvido pela previsão de indenização suplementar, nos termos da parte final do parágrafo único do art. 416 do Código Civil.⁴⁶ Para o autor, todavia, essa solução não parece plenamente satisfatória, porque “a possibilidade de indenização suplementar deve ser expressa, sendo escassas essas previsões em contratos com menor grau de sofisticação, até mesmo por desconhecimento das partes”.⁴⁷ Além disso, aduz o autor, “a previsão retira uma das vantagens da cláusula que é conferir segurança e previsibilidade quanto a exposição patrimonial do devedor”.⁴⁸

Diante desse cenário, a hipótese central norteadora do presente estudo consiste no reconhecimento de que o *valor da obrigação principal* referido pelo art. 412 do Código Civil distingue-se conceitualmente (ainda que eventualmente venha a coincidir em termos numéricos) do *preço* da obrigação. *Valor* e *preço* designam noções que, embora próximas, não se confundem em termos conceituais. Em síntese apertada do quanto

⁴⁴ A partir de semelhante preocupação, afirma-se, em tom crítico à limitação estabelecida pelo art. 412 do Código Civil: “De fato, ante o dinamismo da sociedade contemporânea, em que as relações negociais paritárias, ausente situação de vulnerabilidade ou assimetria, mormente nas empresariais, são, em larga escala, marcadamente complexas, envolvendo contratos de duração dotados de várias prestações, a restrição da cláusula penal ao valor da obrigação não se justifica. Isso sem contar a dificuldade de quantificar, em tal tipo de pacto, qual é o montante da obrigação principal. De qualquer forma, é bem possível que a extensão dos danos decorrentes do inadimplemento, que se busca predeterminar por intermédio da pena convencional, seja bem mais expressiva do que o da cifra decorrente da própria prestação. E não há, em princípio, nenhuma iniquidade nem abusividade em tal intenção. Mesmo porque, haveria sempre a possibilidade de se buscar sua redução caso manifestamente excessiva (art. 413, CC)” (GUERRA, Alexandre de Mello *et alii*. *Comentários ao Código Civil*, cit., p. 550).

⁴⁵ “Outrossim, diante da imperatividade da norma, não é dada às partes a opção de convencionarem cláusula penal em patamar superior ao legal, ou seja, acima do valor da obrigação principal, sob pena de ineficácia do excesso. Caso intencionem estipular cláusula penal compensatória de maior extensão – basta imaginar que a conjunção de danos emergentes e lucros cessantes tende, muitas vezes, a ser superior ao importe da obrigação originária –, toca aos interessados prever, como admite o parágrafo único do art. 416 do Código Civil, a possibilidade de indenização suplementar, sujeitando-se à prova do excedente, que não está circunscrita ao limite aqui preconizado. Nada obsta, entretanto, a que fixem um teto ao montante de perdas e danos adicionais, que funcione como cláusula de limitação de perdas e danos” (GUERRA, Alexandre de Mello *et alii*. *Comentários ao Código Civil*, cit., p. 550). Em sentido próximo, veja-se, ainda, a lição de Jorge Cesa Ferreira da Silva: “[...] o credor pode sofrer dano muito superior ao valor da obrigação principal, quando contabilizado o montante referente àquilo que a parte deixou de lucrar. De outra parte, o novo Código deixa aberta a possibilidade de deliberação sobre indenização suplementar, caso o dano seja superior ao valor da cláusula penal (art. 416, parágrafo único). Assim, *havendo a possibilidade* de previsão de indenização suplementar e não tendo sido esta utilizada, *a inclusão de cláusula penal compensatória deve ser entendida não como verdadeira cláusula penal, mas sim como um misto entre cláusula penal e cláusula limitativa de responsabilidade civil.*” (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*, cit., p. 267, grifos no original).

⁴⁶ *In verbis*: “Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente”.

⁴⁷ SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*, cit., p. 326-327.

⁴⁸ SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*, cit., p. 327.

desenvolvido nos itens subsequentes, *valor* expressa o benefício econômico que a obrigação significa para o credor, sendo, no mais das vezes, superior ao *preço* no sentido de valor da prestação pecuniária a cargo de tal credor.⁴⁹ Por conseguinte, o limite da cominação prevista na cláusula penal deve ser encontrado no valor – apurado com razoabilidade, de acordo com as legítimas expectativas das partes –, e não no preço. Passa-se, então, a uma análise mais detida de tais considerações.

4. Em busca do sentido da expressão “valor da obrigação principal”

Na esteira das considerações precedentes, parece possível afirmar que a investigação a respeito do sentido da expressão “*valor da obrigação principal*” deve adotar como premissa a diferenciação entre o *valor* representado ou proporcionado pelo contrato e o *preço* pago por uma das partes a título de contrapartida no âmbito de um contrato oneroso (preço que, como visto, nem sempre se faz presente). Com efeito, embora tomados tais termos como sinônimos em algumas ocasiões,⁵⁰ parece plenamente possível (e necessária) a diferenciação entre os sentidos juridicamente relevantes de *preço* e *valor*: em uma relação obrigacional, por uma infinidade de razões e de motivações, os interesses em jogo para o credor podem ter valor diverso do preço pactuado. Por conseguinte, o limite do art. 412 do Código Civil, ao se vincular ao valor da obrigação principal, há de ser lido de modo a se permitir, em tese, a pactuação da cláusula penal em montante superior ao preço porventura pactuado pelas partes.

Um dos exemplos trazidos por Pedro Amaral Salles pode bem ilustrar a situação. Trata-se de compra e venda futura de *commodities*:

Muitas vezes o adquirente de safra futura exporta o produto para um comprador internacional, prometendo, a este último, a entrega futura de uma determinada quantia de mercadoria. Os prejuízos que decorrem do inadimplemento do vendedor original abarcam não só o contrato de compra e venda de safra futura, mas também o contrato de exportação, que ficará prejudicado, causando enormes prejuízos ao adquirente de safra futura.⁵¹

⁴⁹ Em deferência ao uso recorrente na práxis, adota-se aqui *preço* no sentido de valor da prestação pecuniária, à semelhança do *preço* identificado como elemento essencial do contrato de compra e venda.

⁵⁰ Por exemplo, na lexicografia nacional, é possível observar uma associação entre *valor* e *preço*, como se extrai dos primeiros resultados que o dicionário Houaiss associa ao verbete “valor”: “1. recebimento ou paga em bens, serviços ou dinheiro por algo trocado. 1.1 quantidade monetária equivalente a uma mercadoria; preço” (disponível em: https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol_www/v6-1/html/index.php#1. Acesso em 24/02/2024). O mesmo verbete, ao indicar o sentido econômico de “valor”, fornece a seguinte definição (mais próxima do sentido juridicamente relevante ora propugnado): “4. Econ. medida variável de importância que se atribui a um objeto ou serviço necessário aos desígnios humanos e que, embora condicione o seu preço monetário, freq. não lhe é idêntico” (Ibid.).

⁵¹ SALLES, Pedro Amaral. *A função coercitiva da cláusula penal e uma crítica ao art. 412 do Código Civil de 2002*, cit., p. 44.

Nessa hipótese, o valor do contrato para o adquirente tem, portanto, valor superior ao preço, pois compreende, por exemplo, as repercussões concretas desse contrato inadimplido sobre outros contratos (como o de exportação) entabulados pelo contratante inocente. De outra parte, no supramencionado exemplo do transporte de um *smartphone*, parece quase intuitivo o reconhecimento de que o valor tangenciado pelo contrato (ao menos, o valor de mercado da mercadoria) é muito superior ao preço acordado para o frete. Diante de tais singelos exemplos, é possível notar que, em não raras ocasiões, os interesses em jogo poderão ser mais bem tutelados se houver liberdade para se pactuar a cláusula penal em referência a esse valor superior (e não simplesmente ao preço pago em contrapartida à venda ou serviço inicial), e parece ser justamente essa a mais adequada exegese do art. 412 do Código Civil.

Levando-se em consideração especificamente os danos decorrentes do inadimplemento, a doutrina já logrou elucidar que, se o valor da obrigação principal envolver inicialmente *“apenas o seu objeto, isto é, o valor nominal da prestação, o limite ficaria sempre aquém do prejuízo sofrido pelo credor, pois este, ao não receber a prestação, tem direito à indenização não apenas do equivalente pecuniário, mas também dos demais danos emergentes e ainda dos lucros cessantes”*.⁵²

Ou seja: a se considerar como limite da cláusula penal o valor nominal correspondente ao preço, o montante da penal quase invariavelmente será inferior aos prejuízos sofridos em razão do inadimplemento, porque deixaria de fora (ao menos) os lucros cessantes. De tal forma, *“uma multa compensatória em promessa de compra e venda de imóvel que estivesse limitada ao valor do imóvel não abrangeria o aluguel gasto pelo promitente comprador para residir em outro local ante a falta da entrega da habitação prometida”*.⁵³

Não se está a sustentar, todavia, que o “valor da obrigação principal” deva necessariamente englobar a totalidade dos prejuízos sofridos, mas sim a expressão monetária dos interesses que razoavelmente são realizados pela obrigação garantida pela

⁵² KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários, cit., p. 151-152.

⁵³ KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários, cit., p. 152. Ademais, o autor aduz que, “se o valor da obrigação principal significar a totalidade dos prejuízos sofridos diante do seu inadimplemento, a norma sofreria de outra dificuldade: calcular este valor total dos prejuízos, que será o limite máximo, era exatamente o que se buscava evitar quando se instituiu a cláusula penal” (Ibid., p. 152).

cláusula penal – e que não necessariamente se identificam com o preço.⁵⁴ Como dito, essa interpretação permite que se evitem os abusos que o art. 412 do Código Civil pretende coibir e, ao mesmo tempo, se protejam mais adequadamente os interesses do credor.

Em sentido próximo, José Roberto de Castro Neves defende que o alcance do conceito de “*valor da obrigação principal*” deve ser entendido “*como o valor de todo o adimplemento, nele incluído todos os custos com o cumprimento da obrigação, de forma que o eventual inadimplemento possa ser reparado de forma efetiva*”.⁵⁵ O autor atenta justamente ao fato de que a lei quis evitar o abuso, “*que poderia ocorrer caso se ajustasse um valor excessivo à cláusula penal compensatória, substancialmente maior do que o valor do negócio*”.⁵⁶ No entanto, a limitação do art. 412 do Código Civil “*não pode servir como obstáculo do dever de reparar, de sorte que ele seja fixado em montante inferior ao do efetivo dano sofrido pelo credor lesado pelo inadimplemento do devedor*”.⁵⁷

Assim, ao aplicar o art. 412 do Código Civil, o juiz não deve automaticamente identificar o valor da obrigação com o preço porventura pactuado pelas partes. Deve, sim, apurá-lo de acordo com as razoáveis expectativas econômicas que aquela obrigação significa para as partes. A propósito, se é verdade que, por um lado, essa diferenciação tem o inconveniente de tornar menos estático e menos rígido o limite do art. 412 do Código Civil – e de implicar maior ônus argumentativo ao juiz na aplicação desse dispositivo –,

⁵⁴ Na esteira da proposição teórica de reconhecimento da composição do interesse útil do credor a partir da conjugação do interesse na prestação com o interesse no resultado: “À luz do estágio atual do desenvolvimento da doutrina contratual, reconhece-se que a configuração do inadimplemento – tal como a própria diferenciação entre as suas modalidades – se vincula à aferição da subsistência ou não do *interesse útil do credor*, depreendido a partir de análise objetiva (i.e., desvinculada do mero capricho ou interesse subjetivo do credor) que seja idônea a levar em consideração as vicissitudes do caso concreto. (...) Nesse renovado panorama, assume destacada relevância a aferição da produção ou não do *resultado útil* legitimamente esperado pelo credor. Com efeito, muito ao revés de mero efeito secundário ou mediato, a produção do resultado útil constitui autêntica exigência para a própria configuração do adimplemento contratual. Afasta-se, assim, de eventual análise que pretendesse tomar as prestações a cargo do devedor com um fim em si mesmo, privilegiando-se, ao revés, o reconhecimento de que a razão da tutela dispensada pelo ordenamento remonta à legitimidade do resultado útil que se pode razoavelmente depreender do programa contratual entabulado pelas partes. (...) Trata-se de reconhecer que ao *interesse na prestação* se conjuga o *interesse no resultado*, com o que se busca evidenciar a proeminência do resultado útil para a análise do (in)adimplemento contratual. (...) Uma ulterior advertência se impõe: não se pode confundir o *resultado útil do contrato* com as *vantagens concretas que o credor eventualmente espere que venham a decorrer mediatamente do adimplemento contratual*. Tal advertência repercute diretamente na compreensão da teleologia dos remédios ao inadimplemento, cuja incidência se orienta não pelas vantagens econômicas porventura almejadas por um dos contratantes em sua esfera mental, mas sim pelo resultado útil legitimamente atribuído ao programa contratual concretamente entabulado pelas partes” (SILVA, Rodrigo da Guia. *Remédios ao inadimplemento dos contratos*, cit., p. 195-198).

⁵⁵ NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: GZ, 2008, p. 428.

⁵⁶ NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*, cit., p. 428.

⁵⁷ NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*, cit., p. 428.

por outro lado, tem a vantagem de propiciar um controle de legitimidade das cláusulas penais mais atento às vicissitudes de cada caso concreto.

Nesse ponto, não se concorda com a crítica de parcela da doutrina segundo a qual uma interpretação mais larga da expressão “valor da obrigação principal” esvaziaria por completo a aptidão a que se destina o art. 412, que seria a de funcionar como um limite passível de prévio conhecimento pelas partes.⁵⁸ Afinal, em sentido diverso, o (esperado) mérito da presente proposta interpretativa consiste justamente em conferir menor rigidez apriorística na fixação dos limites da cláusula penal, de forma a permitir sua melhor adaptação à variedade de casos concretos.⁵⁹ A menor objetividade resultante deve, por certo, ser compensada por mais aprofundada fundamentação das decisões judiciais, sendo certo que, se o limite deixa de ser identificado automaticamente com o preço, também não pode ser diverso do conteúdo econômico razoavelmente atribuído pelas partes ao programa contratual. Tais expectativas decorrem da síntese dos efeitos próprios ao contrato a ser analisado, devendo ser justificadas, tanto quanto possível, pelas previsões que as partes houverem feito constar expressamente nos próprios instrumentos contratuais.

5. Uma decisão para análise

Um caso submetido ao exame do Superior Tribunal de Justiça (STJ) serve para ilustrar a diferenciação que ora se propõe – entre *valor* e *preço* da obrigação. Trata-se do Recurso Especial nº 1.466.177-SP, julgado em 20 de junho de 2017 pela Quarta Turma do STJ, sob a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão.

⁵⁸ “A regra ficará desprovida de qualquer objetividade que permita às partes, no ato de pactuação da cláusula penal, saberem se estão exercendo a liberdade de contratar dentro dos limites permitidos pelo ordenamento. Uma limitação da liberdade de contratar precisa ser estabelecida em termos capazes de permitir, no ato da conclusão do negócio, a constatação sobre se ela está sendo respeitada. Tornar indeterminado o conceito de obrigação principal constante do artigo 412, em nossa opinião, retira qualquer aplicação prática do dispositivo e relega todo o controle sobre o conteúdo da cláusula penal à intervenção *ex post* prevista no artigo 413” (SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*, cit., p. 330).

⁵⁹ Na esteira do propugnado redimensionamento do próprio conceito de segurança jurídica: “A dogmática tradicional, apegada à subsunção, à atemporalidade e à a-historicidade de institutos jurídicos, bem como à preferência das regras infraconstitucionais aos princípios constitucionais, mostra-se, a rigor, insuficiente para a captura do fenômeno jurídico em sua completude. Ameaça assim gravemente o princípio da segurança jurídica, já que reduz a atividade do intérprete à repetição acrítica do texto legal, sem deste extrair todo o conteúdo decorrente da incorporação, pela atividade hermenêutica, do conjunto de fontes normativas que, plasmadas pelos valores e princípios constitucionais, definirão (não apenas a norma, mas) o ordenamento do caso concreto. Este esforço de reconstrução da dogmática, a partir da relativização e historicização dos conceitos, torna-se bem mais desafiador, embora certamente mais frutífero e eficiente. Implica o redimensionamento do conceito de segurança jurídica, forjada não já pela seleção de regras isoladamente consideradas, abstratamente compatíveis com a hipótese fática, mas pela construção da norma do caso concreto” (TEPEDINO, Gustavo. Texto e contexto na teoria da interpretação. Editorial à *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 29, jul.-set./2021, p. 12).

O cantor Latino tinha celebrado um contrato de prestação de serviços com a Rede TV para atuar como apresentador de um programa de televisão da emissora, em regime de exclusividade.⁶⁰ Em contrapartida, a emissora lhe pagaria uma quantia variável de acordo com o sucesso do programa, alcançando, no máximo, 480 (quatrocentos e oitenta) mil reais. Para o caso de inadimplemento por qualquer das partes, ajustou-se a incidência de uma cláusula penal no valor de 1 (um) milhão de reais.

Sucedeu que o programa não alcançou o êxito esperado e a Rede TV decidiu suspender a sua exibição, deixando de pagar a remuneração esperada por Latino. Considerando o contrato rescindido e não tendo havido solução consensual entre as partes, o cantor ajuizou ação pretendendo a obtenção do pagamento da cláusula penal no seu valor integral (um milhão de reais).

Ao apreciar o caso, a Quarta Turma do STJ considerou que o art. 412 do Código Civil não teria o condão de limitar o montante da cláusula penal ao montante da remuneração máxima que a emissora pagaria ao cantor (quatrocentos e oitenta mil reais). Levou-se em conta que os interesses econômicos de Latino – e, por óbvio, da emissora – superavam a remuneração prevista no contrato, conforme aduzido pelo voto condutor proferido pelo Relator:

Consoante notório, os ganhos financeiros auferidos pelos artistas – especialmente aqueles cujas imagens aparecem na televisão – não se resumem às remunerações expressamente previstas nos contratos celebrados com as emissoras. É que o direito de imagem e conexos desses profissionais costumam ser valiosos, conferindo aos empregadores grandes lucros com sua exibição, realização de *merchandising* de variados bens de consumo, comercialização de intervalos publicitários, entre outros.⁶¹

Assim, sendo o conteúdo econômico real do contrato superior à remuneração máxima pactuada, haveria justificativa para que a cláusula penal previsse penalidade mais elevada:

⁶⁰ Como se colhe do inteiro teor do acórdão: “No presente caso, revela-se incontroverso que as partes celebraram contrato de prestação de serviços com vigência de um ano (de 23.02.2001 a 22.02.2002), estipulando o valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) como cláusula penal compensatória na hipótese de rescisão antecipada da avença. Também é incontroverso que (...) os referidos serviços consistiam na realização de programa de televisão a ser apresentado pelo primeiro autor, cantor que, pelo período da vigência do pacto, cedeu seus direitos autorais e conexos, bem como os de imagem e som de voz à emissora ré. Houve, outrossim, a estipulação de cláusula de exclusividade em televisão e internet, impedindo que o artista exercesse atividade, ainda que diferente dos serviços pactuados, para qualquer outra emissora” (STJ, REsp nº 1.466.177/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 20/6/2017, publ. 1/8/2017).

⁶¹ STJ, REsp nº 1.466.177/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 20/6/2017, publ. 1/8/2017.

Daí se extrai a justificativa para que a indenização arbitrada para o caso de rompimento imotivado do presente contrato tenha sido de expressiva monta. É que as eventuais perdas e danos da emissora também foram utilizadas como parâmetro caso o artista rescindisse a avença. Desse modo, a assessoria jurídica da ré com certeza avaliou o fato de que a limitação da cláusula penal à obrigação remuneratória não cobriria os custos arcados, nem tampouco os ganhos eventualmente perdidos com a rescisão antecipada. Deveras, é certo que o proveito esperado com a exibição do programa televisivo superava, evidentemente, a remuneração prevista ao artista que, além da cessão de seus direitos de imagem e conexos, tinha sua atuação limitada em razão de cláusula de exclusividade.⁶²

Dessa forma, a Corte entendeu que não havia ilegalidade *a priori* na estipulação de cláusula penal no valor de 1 (um) milhão de reais, valor reputado compatível com o vulto econômico da contratação. Na hipótese, entretanto, manteve-se a decisão do Tribunal de origem no que diz respeito à redução da penalidade para 500 (quinhentos) mil reais, com base no art. 413 do Código Civil, tendo em vista que o contrato tinha sido cumprido ao menos em parte. Considerou-se que o referido montante era razoável e adequado ao propósito da cláusula penal.⁶³

Como se vê, o caso demonstra a necessidade de se distinguir entre o conteúdo econômico da obrigação (seu efetivo *valor*) e o *preço* a ser pago a título de contraprestação pecuniária. O intérprete-aplicador do direito deve dirigir sua atenção ao real significado econômico da obrigação, com base no resultado útil legitimamente associado ao programa contratual. É precisamente nesse ponto – e não simplesmente no preço – que haverá de ser encontrada a definição do limite estabelecido pelo art. 412 do Código Civil.

6. Conclusão

Os arts. 412 e 413 do Código Civil constituem importantes mecanismos de controle valorativo da cláusula penal, atuantes a partir de distintos modos. A fim de evitar situações iníquas, o legislador limita o conteúdo dessa cláusula, interferindo na liberdade das partes para a sua pactuação. No que diz respeito especificamente ao art. 412 – objeto precípua do presente estudo –, tem-se que, em que pese a louvável finalidade ínsita ao dispositivo, seu enunciado normativo é objeto de críticas e suscita variadas dificuldades.

⁶² STJ, REsp nº 1.466.177/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 20/6/2017, publ. 1/8/2017.

⁶³ “É que, malgrado a redução determinada pelo Código Civil (artigo 413) não seja sinônimo de redução proporcional (mas sim equitativa), sobressai a razoabilidade do valor estabelecido pelas instâncias ordinárias, o qual se coaduna com o propósito inserto na cláusula penal compensatória: prévia liquidação das perdas e danos experimentados pela parte prejudicada pela rescisão antecipada e imotivada do pacto firmado, observada as peculiaridades das obrigações aventadas” (STJ, REsp nº 1.466.177/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 20/6/2017, publ. 1/8/2017).

Tais dificuldades a respeito da exegese do art. 412 do Código Civil podem ser sintetizadas nas dúvidas sobre o *sentido* e o *alcance* da previsão legal em comento, tendo o presente artigo se dedicado à primeira dessas dúvidas. Com efeito, quanto ao *sentido* do art. 412 do Código Civil, questão que norteou o desenvolvimento das precedentes reflexões, coloca-se o questionamento: em que consiste a “*obrigação principal*” cujo valor é erigido pelo legislador à posição de limite máximo do montante da cláusula penal?

Em síntese, pelas razões desenvolvidas, concluiu-se no sentido de que a expressão “valor da obrigação principal” (constante do art. 412 do Código Civil) não deve ser confundida com o preço porventura estabelecido a título de contraprestação pecuniária. O preço refere-se a uma medida de troca do bem ou serviço, que pode ser igual ou não ao valor econômico do contrato. De fato, o valor deve ser apurado levando-se em conta não só o preço, mas também a totalidade dos interesses em jogo, inclusive à luz do resultado útil razoavelmente associado ao programa contratual entabulado pelas partes. Nesse contexto, afigura-se de todo aconselhável que as partes explicitem nos instrumentos contratuais (por exemplo, nos respectivos “considerandos”) as razões que considerem idôneas a justificar o valor da cominação da cláusula penal, o que constituirá relevante índice para a interpretação contratual.

Quanto ao *alcance* do art. 412 do Código Civil, poder-se-ia indagar: a referida limitação (i.e., a limitação do montante da cláusula penal ao “valor da obrigação principal”) se destina a todas as cláusulas penais ou, ao revés, está limitada a apenas alguma delas? Embora tal questionamento fuja ao escopo restrito do presente estudo, parece possível conjecturar que uma diferenciação funcional entre as cláusulas penais seria um início alvissareiro na busca por uma resposta mais segura.

Assim, partindo-se especialmente da diferenciação entre o que se poderia referir por *cláusula penal propriamente dita* (de escopo predominantemente coercitivo e subsidiariamente indenizatório) e por *cláusula penal de pré-liquidação de danos* ou de *fixação antecipada da indenização* (que talvez mais – ou apenas – pela tradição ainda

seja associada à denominação *cláusula penal*),⁶⁴ sedimentar-se-iam premissas mais seguras para o reconhecimento de que a limitação estabelecida pelo art. 412 do Código Civil talvez seja mais adequada, a rigor, para a cláusula penal propriamente dita. Assim, o limite *ex ante facto* correspondente ao “valor da obrigação principal” serviria como benfazeja contenção à liberdade dos contratantes para a estipulação de penas privadas (como a autêntica *multa* em que parece consistir a cláusula penal propriamente dita),⁶⁵ sem que com isso se estivesse a tolher indevidamente a liberdade dos mesmos contratantes para a pré-estipulação convencional das perdas e danos decorrentes do inadimplemento contratual – as quais, como visto no decorrer deste estudo, podem (e costumam) ser muito superiores ao “valor da obrigação principal”, ainda que ressignificado o sentido atribuído a tal expressão.

Referências bibliográficas

ABÍLIO, Vivianne da Silveira. *Cláusulas penais moratória e compensatória: critérios de distinção*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Volume IV. 11^a ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1958.

FLORENCE, Tatiana Magalhães. Aspectos pontuais da cláusula penal. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16^a ed. Atual. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

⁶⁴ Imperiosa, no ponto, a remissão à proposição de António Pinto Monteiro no sentido da superação da denominada *dupla função* da cláusula penal: “A construção tradicional, que acabamos sumariamente de referir, apresenta três vícios fundamentais: o primeiro, diz respeito à *qualificação* da figura, sem atender ao diferente escopo das partes; o segundo, consiste em submeter ao *mesmo regime* penas com finalidades diversas; o terceiro, é o de aceitar que a finalidade compulsória possa exercer-se *através da indemnização*. Em relação aos dois primeiros pontos, essenciais à compreensão da cláusula penal segundo um modelo *unitário*, a distinção, a que se vem procedendo, entre a *cláusula penal*, de um lado, e a *cláusula de fixação antecipada da indemnização*, do outro, traduz já a *superação* desse modelo, passando a relevar, para efeitos de qualificação da figura, o escopo visado pelos contraentes, ao estipulá-la, o qual determinará, de igual modo, um regime não coincidente. Ao dar-se este passo, é a função coercitiva que se recupera, enquanto elemento *imprescindível* da cláusula penal, deixando o mesmo de considerar-se apenas no plano meramente *eventual* e *secundário* para que havia sido remetido. Mas nem assim, todavia, já o disse atrás, se ultrapassa, desde logo, a compreensão da pena como *indemnização predeterminada*” (MONTEIRO, António Pinto. O “modelo” aberto de cláusula penal no movimento de harmonização do direito europeu dos contratos. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 6, jan.-mar./2016, item 4. Grifos no original). Em qualquer caso, incumbirá ao intérprete-aplicador perquirir o escopo que as partes efetivamente deram à cláusula por elas pactuada, como adverte Nelson Rosenvald: “A aferição do escopo concreto das partes é o ponto de partida para qualificarmos o regime jurídico adequado a cada cláusula penal e suas diversas consequências práticas” (ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal*, cit., p. 101). Para o desenvolvimento da proposição de superação da denominada *dupla função* da cláusula penal, remete-se à nota de rodapé nº 26, *supra*.

⁶⁵ A partir de similar (mas não idêntica) ordem de preocupação, André Silva Seabra sustenta: “O dispositivo não pode ser ignorado. É necessário construir uma interpretação capaz de, a um só tempo, conferir-lhe utilidade prática, permitir que ele funcione como um limite – esse é o seu propósito – sem, entretanto, criar embaraços à prática contratual, nem insegurança jurídica quanto ao seu cumprimento. Com essas premissas em vista, a interpretação proposta para o artigo 412 consiste em limitar sua incidência às cláusulas cumulativas regidas pelo artigo 411, sejam elas cumulativas compensatórias, como em regra são as cláusulas moratórias e as de cláusula determinada, sejam as denominadas cláusulas punitivas. Nesta perspectiva, seriam excluídas da limitação estabelecida pelo artigo 412 as cláusulas substitutivas previstas no artigo 410, cujo controle sobre o conteúdo será exercido, apenas, por meio da intervenção corretiva *ex post* disciplinada pelo artigo 413” (SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*, cit., p. 341).

- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GUERRA, Alexandre de Mello *et alii*. *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023.
- KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. In: AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de (Coord.). *Direito imobiliário: escritos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015.
- MARTINS-COSTA, Judith. A dupla face do princípio da equidade na redução da cláusula penal. In: ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JR., Nelson; MAZZEI, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Thereza (Coord.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MONTEIRO, António Pinto. Cláusula penal e indemnização. Coimbra: Almedina, 1990.
- MONTEIRO, António Pinto. O “modelo” aberto de cláusula penal no movimento de harmonização do direito europeu dos contratos. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 6, jan.-mar./2016.
- MONTEIRO, António Pinto. Responsabilidade contratual: cláusula penal e comportamento abusivo do credor. In: *Revista da EMERJ*, vol. 7, n. 26, 2004.
- NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: GZ, 2008.
- OLIVA, Milena Donato; ABÍLIO, Vivianne da Silveira. A cláusula penal compensatória estipulada em benefício do consumidor e o direito básico à reparação integral. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 105, maio- jun./2016.
- OLIVEIRA, Rafael Mansur de. *Execução pelo equivalente pecuniário: natureza e regime jurídico*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume II. 24ª ed. Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio e Janeiro: Forense, 2011.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume II. 34ª ed. Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2023.
- RODOTÀ, Stefano. Ideologias e técnicas da reforma do direito civil. Trad. Eduardo Nunes de Souza. *Civilistica.com*, a. 13, n. 1, 2024.
- ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais*. 2ª ed. São Paulo: Foco, 2020.
- SALLES, Pedro Amaral. *A função coercitiva da cláusula penal e uma crítica ao art. 412 do Código Civil de 2002*. São Paulo: Almedina, 2014.
- SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina, 2022.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *Biblioteca de Direito Civil: Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- SILVA, Rodrigo da Guia. Em busca do conceito contemporâneo de (in)adimplemento contratual: análise funcional à luz da boa-fé objetiva. In: *Revista da AGU*, vol. 16, n. 2, abr.-jun./2017.
- SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- SILVA, Rodrigo da Guia. Equilíbrio e vulnerabilidade nos contratos: marchas e contramarchas do dirigismo contratual. *Civilistica.com*, a. 9, n. 3, 2020.

SILVA, Rodrigo da Guia. *Remédios ao inadimplemento dos contratos*: princípio do equilíbrio e tutela do programa contratual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*, a. 8, n. 2, 2019.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. Texto e contexto na teoria da interpretação. Editorial à *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 29, jul.-set./2021.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a cláusula penal compensatória. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 23. Rio de Janeiro. Julho/setembro, 2005.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos sobre a cláusula penal a partir da superação da tese da dupla função. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 31, n. 4, out.-dez./2022.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. As penas privadas no direito brasileiro. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio. *Direitos fundamentais*: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*: direito das obrigações – artigos 233 a 420. Vol. IV. São Paulo: Atlas, 2008.

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

Como citar:

BIANCHINI, Luiza Lourenço; SILVA, Rodrigo da Guia. O sentido do art. 412 do Código Civil: a definição do valor da “obrigação principal” como limite à cláusula penal. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 13, n. 2, 2024. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:
8.4.2024

Publicação a convite.