



Objecções ao Anteprojeto de Código Civil em matéria de cláusula penal*

André Silva Seabra **

A reforma do Código Civil tem causado justificadas inquietações na comunidade jurídica. Conforme as edições antecedentes deste Boletim IDiP-IEC, o Anteprojeto, a despeito da notória qualificação dos integrantes da Comissão de Juristas responsável pela sua elaboração, vem sendo objeto de contundentes e fundamentadas críticas, dentre elas a elaboração em velocidade incompatível com a relevância e os impactos sociais de um projeto desta natureza, a falta de sistematicidade, e a quantidade de alterações propostas.

Em relação à cláusula penal, o incompreensível açodamento na elaboração do Anteprojeto impossibilitou a reflexão da matéria com a profundidade mínima que se impunha. Afinal, a cláusula penal representa verdadeiro *paradoxo* do direito privado brasileiro, pois convive com incertezas sobre o seu regime jurídico que não freiam a sua crescente utilização na quase totalidade dos contratos escritos¹.

Uma reforma do Código Civil, com a extensão da proposta pelo Anteprojeto, não poderia se furtar a uma análise aprofundada da cláusula penal que ao menos se debruçasse sobre as incertezas do regime vigente à luz da marcante transformação do estudo da matéria nas últimas décadas, a qual, além de amplamente acolhida pela doutrina nacional, justificou alterações legislativas no direito comparado.

* Citar como: SEABRA, André Silva. *Objecções ao Anteprojeto de Código Civil em matéria de cláusula penal*. In: MARTINS-COSTA, Judith; MARTINS, Fábio; CRAVEIRO, Mariana; XAVIER, Rafael (Orgs.). *Boletim IDiP-IEC*. Vol. XXXVI, Canela-São Paulo. Publicado em: 23.10.2024. Disponível em: <https://canalarbitragem.com.br/xxxvi-boletim-idip-iec/objecoes-ao-anteprojeto/>

** Doutor (USP) e Mestre (Coimbra) em Direito Civil. Professor dos cursos de Pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ). Advogado, sócio de Ferro, Castro Neves, Daltro & Gomide Advogados – FCDG. Membro do IDiP.

¹ O paradoxo é sintetizado por Jorge Cesa: “Seguramente, poucos institutos do Direito Civil brasileiro convivem com tamanho paradoxo como a Cláusula Penal. De um lado, ela parece gozar do dom da onipresença, encontrando-se em quase todos os contratos celebrados por escrito, desde os mais simples até os mais complexos e detalhados. De outro lado, a cláusula penal tem sua aplicação relativamente incerta, especialmente no que se refere aos seus efeitos concretos. Eis aí o intrigante paradoxo. Os contratos são, por natureza, avessos à insegurança e à incerteza, de modo que os institutos dotados de previsibilidade reduzida tendem a ser paulatinamente rechaçados pela prática. Mas não é isso que se verifica com a cláusula penal. Ao contrário, ao lado da relativa insegurança quanto aos seus efeitos, o que se constata não é apenas a manutenção do seu uso, mas, talvez, até mesmo o alargamento dele”. (FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A cláusula penal e a quadratura do círculo: as funções da cláusula penal depois do novo Código Civil brasileiro*. In: BARBOSA, Henrique; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa (coords.). *A Evolução do Direito Empresarial e Obrigacional: os 18 anos do Código Civil. Obrigações e Contratos*. Vol. 2. Obrigações e Contratos. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 585).



1. Incertezas do regime vigente ignoradas pelo Anteprojeto

O Anteprojeto ignora a cisão da cláusula penal em figuras distintas, conforme a função concretamente visada pelos contratantes. Na língua portuguesa, a superação da ideia de uma dupla função exercida pela mesma figura encontra na obra de António Pinto Monteiro o seu pioneiro desenvolvimento, com a clara distinção entre as denominadas cláusulas de prefixação de danos e a cláusula penal propriamente dita². A distinção é acolhida no direito comparado, como se verifica no ordenamento italiano, que distingue a *clausola penale* da *liquidazione convenzionale del danno* e no Código Civil alemão, que disciplina a cláusula penal (*Vertragsstrafe*) nos parágrafos 339 a 345 e a cláusula de prefixação de danos (*pauschalierter Schadensersatz*) no parágrafo 309 (5). Também no *common law*, a distinção se faz presente, para admitir as *liquidated damages clauses* e repelir as *penalty clauses*³.

Ocorre que, a cisão da cláusula penal “*embora a cada dia mais consensualmente proclamada, não encontra ainda a devida repercussão na definição da disciplina aplicável e na qualificação de figuras afins*”⁴ Caso viesse a ser positivada pela reforma em andamento, a distinção resolveria diversos problemas de regime jurídico, trazendo segurança tanto sobre o regramento da cláusula penal, quanto sobre figuras afins.

A segunda incerteza ignorada pelo Anteprojeto consiste no sentido e alcance da expressão “*converter-se-á em alternativa a benefício do credor*”, constante do atual artigo 410. A imprecisão da redação criou na doutrina divergências sobre aspecto fundamental

² MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. 3. Reimp. Coimbra: Almedina, 2019, p. 419-571.

³ Sobre a proibição das *penalty clauses* no common law, importante referir o precedente do Direito inglês que estabeleceu os parâmetros atuais para a sua distinção em relação às *liquidated damages clauses* (UNITED Kingdom Supreme Court. *Cavendish Square Holdings BV v. Makdessi; ParkingEye Ltd v. Beavis*, j. 04-11-2015. Disponível em: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2015/67.htm>).

⁴ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. *Apontamentos sobre a cláusula penal a partir da superação da tese da dupla função*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 31, n. 4, p. 353-366, out./dez. 2022. Interessante, neste ponto, a constatação de Jorge Cesa sobre um novo paradoxo: “a prevalência dessa posição doutrinária parece não se ter refletido (ou ainda não se ter refletido) nos julgados, mesmo depois do novo Código Civil ter alcançado, em relação a sua publicação, a sua ‘maioridade civil’”. Como consequência abriu-se um novo paradoxo. A doutrina, que se voltou a reduzir parte das incertezas sobre a cláusula penal, passou a gerar um novo espaço de insegurança, na medida em que o descasamento entre doutrina e jurisprudência é campo fértil da dúvida” (FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A cláusula penal e a quadratura do círculo: as funções da cláusula penal depois do novo Código Civil brasileiro*, Ob. cit, p. 588).



do regime da cláusula penal. De um lado, a corrente minoritária entende que a alternativa seria entre a cobrança da cláusula penal ou a sua renúncia, de forma que o credor poderia preferir provar o prejuízo efetivo e cobrá-lo integralmente, sem estar limitado pelo valor da cláusula penal⁵. Para a corrente majoritária, a alternativa consiste na prerrogativa do credor permanecer perseguindo a prestação principal, ou, ao contrário, decretar o inadimplemento absoluto e cobrar a penalidade⁶. Há, ainda, um terceiro entendimento, segundo o qual não existiria propriamente uma alternativa em benefício do credor, pois o art. 410 exigiria a caracterização do inadimplemento absoluto, o qual não pode decorrer de uma escolha arbitrária do credor⁷.

A terceira incerteza sobre o regramento vigente, ignorada pelo Anteprojeto, consiste na deficiência da sistematização de regimes jurídicos pelos artigos 410 e 411. Esses dispositivos misturam as modalidades de inadimplemento com o regime jurídico da cláusula penal, o qual deve resultar da consequência pretendida em concreto pelos contratantes, e não da modalidade de inadimplemento. Conforme a doutrina recente “*a cláusula penal não é instituto que possa ser compreendido a partir da imprecisa dicotomia entre cláusula penal moratória e cláusula penal compensatória. Muito ao contrário, sempre que se tentar restringi-la a tais limites, a cláusula penal precisará ultrapassá-los para que possa desempenhar o papel que lhe foi reservado pelos contratantes*”⁸.

⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Natureza, função e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro*. São Paulo. 418 p. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006, p. 171.

⁶ CASTRO NEVES, José Roberto de. *Direito das obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017, p. 382; TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos sobre a cláusula penal a partir da superação da tese da dupla função. Ob. cit.; PINTO, Carlos Alberto da Motta. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Atualizado por Antonio Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 591.

⁷ TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil*. v. 18, p. 49-73, out/dez 2018.

⁸ ZANETTI, Cristiano de Sousa. As muitas faces da cláusula penal. *Boletim IDiP-IEC*. Vol. IV, Canela, São Paulo. Publicado em: 29.11.2023. Disponível em: <https://canalarbitragem.com.br/iv-boletim-idipiec/116008>. Como exposto pelo autor, “Tendo em vista os critérios antes especificados, constata-se que os contratantes podem estipular ao menos quatro diferentes espécies de cláusula penal, a saber: cláusula penal moratória com função compensatória; cláusula penal moratória com função punitiva; cláusula penal que recaia sobre o inadimplemento absoluto com função compensatória e cláusula penal que recaia sobre o inadimplemento absoluto com função punitiva”.



Por fim, a quarta incerteza decorre do sistema de duplo controle do conteúdo da cláusula penal, composto por um limite prévio (art. 412) e pela previsão de uma intervenção corretiva *ex post* (art. 413)⁹. Além de desnecessário – em razão da intervenção prevista no art. 413 – e ausente na esmagadora maioria das codificações civis, o art. 412 adota parâmetro criador de insegurança jurídica quanto à definição do que será considerado como “valor da obrigação principal”. O dispositivo “*não pode servir como obstáculo do dever de reparar*”¹⁰. O desenvolvimento doutrinário sobre a interpretação ampliativa do “valor da obrigação principal” é insuficiente para afastar a insegurança jurídica advinda do art. 412, o qual, em nosso entendimento, deveria ser revogado na reforma em andamento, ou, ao menos, reformulado para adotar parâmetro mais adequado¹¹.

2. As alterações propostas pelo Anteprojeto

A primeira alteração proposta pelo Anteprojeto consiste na inserção no art. 412 de um parágrafo único nos seguintes termos: “*A limitação prevista no caput não se aplica à multa cominatória*”. Como o caput do art. 412 também se refere à “cominação”, percebe-se a deficiência de sistematização do Anteprojeto neste ponto, pois, ao mesmo tempo em que mantém no caput a indicação de um limite estabelecido para o valor da “cominação”, afasta essa mesma limitação da “multa cominatória”. De imediato surge a dúvida sobre o que deve ser entendido por *multa cominatória*, para fins de afastamento do limite ao valor da obrigação principal previsto no caput do art. 412¹².

⁹ Sobre as críticas ao duplo controle remetemos ao nosso estudo *Limitação e Redução da Cláusula Penal*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 279-348.

¹⁰ CASTRO NEVES, José Roberto de. *Direito das obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017, p. 428

¹¹ Vide o recente artigo que propõe a interpretação do art. 412 “de acordo com as razoáveis expectativas econômicas que aquela obrigação significa para as partes”. (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, v. 13, n. 2, p. 1-25, 2024.

¹² A expressão adotada pelo Anteprojeto já foi entendida como relativa às astreintes (GUERRA, Daniel Dias Carneiro. *Limitação da cláusula penal: Apontamentos para a reforma do Código Civil*: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-patrimoniais/416866/limitacao-da-clausula-penal-apontamentos-para-a-reforma-do-cc>). O termo “multa cominatória”, entretanto, é mais abrangente do que a figura de natureza processual prevista no art. 537 do CPC. Ademais, diante das distinções de natureza e estrutura entre cláusula penal e astreintes, seria uma atecnia trata-las em conjunto, na legislação de direito material.



No parecer da subcomissão consta a seguinte justificativa para a alteração proposta: *“há importante distinção entre a cláusula penal e a multa cominatória: enquanto a primeira tem carácter indenizatório, a segunda tem carácter coercitivo e, portanto, não se justifica sua limitação. Impor um limite à multa cominatória mitiga o efeito coercitivo e pode ser um incentivo ao inadimplemento”*.

Da forma como se encontra o Anteprojeto, o resultado da proposição seria afastar o limite do art. 412, *caput*, de todas as cláusulas penais estabelecidas com regime cumulativo, previstas no art. 411, único dispositivo, para além do próprio art. 412, que se refere à *“pena cominada”*. O limite restaria restrito às cláusulas penais compensatórias fixadas para o inadimplemento absoluto, ou seja, aquelas sujeitas ao regime substitutivo do art. 410, que não representam uma *“cominação”*. Entendemos, entretanto, que exatamente por substituírem a prestação *in natura* e os danos advindos do inadimplemento absoluto é que as cláusulas sujeitas ao regime do art. 410 deveriam ser afastadas do limite prévio, e não o contrário. É a incidência sobre as cláusulas substitutivas que cria insegurança jurídica e demanda a interpretação ampliativa do conceito de obrigação principal.

O carácter predominantemente punitivo das cláusulas cumulativas, que conferem um *plus* ao credor, demanda maior controle sobre o seu conteúdo. Tal controle, como já referido, seria alcançado apenas pela intervenção corretiva prevista no art. 413, de modo que reiteramos nosso entendimento pela revogação do limite previsto no art. 412. Mantida a limitação, não nos parece fazer sentido delimitá-la às cláusulas compensatórias do inadimplemento absoluto, o que somente reforçará as inseguranças da legislação atual.

A segunda alteração proposta pelo Anteprojeto é a inserção no art. 413 de um parágrafo único estabelecendo que *“Em contratos paritários e simétricos, o juiz não poderá reduzir o valor da cláusula penal sob o fundamento de ser manifestamente excessiva, mas as partes, contudo, podem estabelecer critérios para a redução da cláusula penal”*. De acordo com a Justificativa do Anteprojeto, a *“regra projetada garante proteção aos que dela precisam e autonomia àqueles que podem arcar com as consequências de um contrato que segue o princípio da intervenção mínima. Assim, o sistema projetado dialoga com a Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019)”*.



De fato, na esteira da Lei da Liberdade Econômica, ressurgiu o debate sobre a admissibilidade, sobretudo nos ditos contratos empresariais, de convenção afastando a incidência do art. 413. No entanto, a IX Jornada de Direito Civil do CJE, realizada posteriormente à vigência da referida Lei, aprovou o enunciado 649: “*Art. 413: O art. 421-A, inc. I, confere às partes a possibilidade de estabelecerem critérios para a redução da cláusula penal, desde que não seja afastada a incidência do art. 413*”. O Anteprojeto não se limita a contrariar o enunciado, indo além, ao tornar regra geral o afastamento do art. 413 no tocante ao excesso manifesto, que nos contratos tido por “paritários” – não definidos pelo Anteprojeto – somente será admitida quando houver estipulação específica sobre a redução.

A proposição constitui exemplo da “*atecnia do anteprojeto no tratamento dos contratos, relacionadas com suas referências espasmódicas, equívocas e assistemáticas a contratos paritários*”¹³. A análise da paridade e simetria dos contratos já estava resguardada pelo art. 413, que estabelece a “natureza” do negócio como um dos vetores condutores da decisão sobre eventual intervenção redutora¹⁴. Além disso, o prestígio da autonomia privada e a excepcionalidade da redução prevista no art. 413 já se encontram reforçados pela redação do parágrafo único do art. 421 pelo art. 421-A, que tiveram seu conteúdo normativo mantido pelo Anteprojeto.

Entendemos o Anteprojeto, neste ponto, como um retrocesso na diretriz da eticidade que orientou a legislação atual em sua formulação original, para além de ignorar os graves problemas que podem ser gerados pela confusa intersecção, no Anteprojeto, das noções de “simétricos”, “paritários” e “simétricos e paritários”. A intervenção prevista no art. 413 representa uma “*norma de contenção, já que o magistrado somente poderá*

¹³ TRINDADE, Marcelo. A reforma do Código Civil e os Contratos. Boletim IDiP-IEC. Vol. XXII, Canela-São Paulo, Publicado em 12.06.2024. Disponível em <https://canalarbitragem.com.br/xxii-boletim-idipiec/a-reforma>.

¹⁴ Conforme a doutrina, “a determinação da lei no sentido de ser considerada para a redução da cláusula penal ‘a natureza e a finalidade do negócio afasta a adoção de critérios fixos e idênticos para todas as espécies e modalidades de cláusula penal, dirigindo o intérprete à busca da racionalidade econômica do negócio, à identificação das estratégias das partes, incluindo elementos não econômicos, a consideração ao que é habitual no segmento econômico em que situado o contrato, bem como à natureza e às características do contrato (por exemplo, se formado por adesão ou após processo negociatório; se pactuado entre contratantes situados num patamar de relativa igualdade ou se há manifesta assimetria contratual)” MARTINS-COSTA, Judith Martins. A dupla face do princípio da equidade na redução da cláusula penal. In: ASSIS, Araken et. al. (Coord). Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim, São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 68)



*aplicá-la nas hipóteses expressamente indicadas pelo dispositivo*¹⁵. Nada justifica, assim, o seu afastamento, *a priori*, como regime geral, no tocante ao excesso manifesto. Isso se torna ainda mais preocupante quando considerado em conjunto da proposta de inserção do parágrafo único do art. 412, que retira do limite ao valor da obrigação principal as “multas cominatórias”. Criar-se-ia, assim, um sistema que não permitiria qualquer controle sobre o conteúdo de cláusulas cumulativas, inclusive as punitivas, que não estariam sujeitas a qualquer limitação prévia nem à possibilidade de intervenção posterior por excesso manifesto.

Por fim, a terceira alteração proposta pelo Anteprojeto reside na inserção de um parágrafo segundo, no art. 416, para estabelecer que *“Nos contratos de adesão, independentemente de convenção, poderá o aderente pleitear perdas e danos complementares, desde que comprove prejuízos que excedam ao previsto na cláusula penal.”* Conforme a justificativa da Subcomissão de Obrigações, *“a mudança é um desdobramento do art. 424, que não admite, em contratos por adesão, renúncia prévia a direitos decorrentes da natureza do contrato”*.

A proposição reflete, em alguma medida, o entendimento corretamente defendido pela doutrina para os contratos de consumo, nos quais, a natureza da relação justifica o afastamento, em relação ao consumidor, da limitação decorrente da primeira parte do atual parágrafo único do art. 416¹⁶. A questão que se apresenta é se tal afastamento deve se restringir às relações de consumo ou, como propõe o Anteprojeto, abranger a generalidade dos contratos formados por adesão.

Discordamos do Anteprojeto também neste ponto, pois *“é perfeitamente possível que um contrato procedimentalmente dispar e assimétrico (porque não negociado) seja materialmente paritário e simétrico (porque igualitário), assim como um contrato materialmente dispar e assimétrico (porque celebrado entre partes dotadas de poderes ou atributos desiguais) pode ser procedimentalmente paritário e simétrico (porque*

¹⁵ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos sobre a cláusula penal a partir da superação da tese da dupla função. Ob. cit, p. 360.

¹⁶ 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, p. 273-294.



negociado)”¹⁷. Desconsiderar essas circunstâncias implicaria indevida “consumerização” do Código Civil.

A proteção do aderente, em contratos paritários, já dispõe de mecanismos adequados, como a interpretação *contra proferentem* e o acréscimo do parágrafo 1º, do art. 423, proposto pelo Anteprojeto, para estabelecer que “*as cláusulas postas para adesão, no contrato escrito ou disponibilizado em espaço virtual, serão redigidas em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar a sua compreensão pelo aderente*”

Conclusão

Em resumo, nossa objeção ao Anteprojeto de Reforma do Código Civil resulta do entendimento de que a proposta parece não ter conferido à cláusula penal a atenção necessária, pois não endereçou as incertezas resultantes da legislação vigente, ao mesmo tempo em que criou outras inseguranças sobre o regime jurídico dessa figura de enorme relevância prática no Direito dos Contratos.

¹⁷ SILVA FILHO, Osny da. Paridade e Simetria no Anteprojeto de Reforma do Código Civil. Revista Jurídica Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Volume Especial, São Paulo, 2014, p. 202.