

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

GUSTAVO DA SILVA MELO

**A CLÁUSULA PENAL E A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM
LUCROS CESSANTES**

Porto Alegre

2018

GUSTAVO DA SILVA MELO

**A CLÁUSULA PENAL E A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM
LUCROS CESSANTES**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Rafael de Freitas Valle
Dresch

Porto Alegre

2018

GUSTAVO DA SILVA MELO

**A CLÁUSULA PENAL E A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM
LUCROS CESSANTES**

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito Privado e Processo Civil da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Rafael de Freitas Valle Dresch
Orientador

Prof. Dr. Marco Antônio Karam

Prof. Dr. Fabiano Koff Coulon

*“Aqueles que negam liberdade aos outros
não a merecem para si mesmos.”*

- Abraham Lincoln

AGRADECIMENTOS

Se a educação é pela pedra e, para aprender, frequentá-la, faz-se necessário um agradecimento às minhas bases mais rochosas.

Agradeço à minha família pelo amor e pelo apoio incondicionais.

Aos meus amigos, pelas oportunidades de descontração e desenvolvimento, e, em especial, ao João Ricardo Bet Viegas, pelo convívio diário e pelo compartilhamento de ideias e lembranças.

Ao Prof. Dr. Rafael Dresch, pela orientação e por ter acreditado no meu trabalho.

À equipe 116 da CAMARB 2017, pelos momentos e por ter me inspirado no tema.

Ao Silveiro Advogados, pelo aprendizado diário.

À Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pelo crescimento.

RESUMO

A cláusula penal constitui figura bastante complexa nas relações negociais, e uma das principais dúvidas que há a respeito deste assunto é sobre a possibilidade de existir cumulação com lucros cessantes. Para responder essa questão, objeto da presente pesquisa, será vista, primeiramente, a origem da cláusula penal no Direito Romano, bem como serão observadas as características gerais dadas pela doutrina e pela legislação. Após, será analisada a função da cláusula penal através das teses híbrida e da duplicidade das espécies, além de ser feito um comparativo entre cláusula penal moratória e compensatória. Em um segundo momento, serão abordados os aspectos gerais dos lucros cessantes dados pela doutrina, pela legislação e pela jurisprudência. A partir dos conceitos abordados durante a pesquisa, da legislação que trata sobre o tema, bem como através do estudo dos Recursos Repetitivos que tratam sobre o assunto, será observada a possibilidade da cumulação de cláusula penal com os lucros cessantes, em que será visto que o aspecto fundamental para responder isso é verificar qual foi a intenção das partes ao estipularem a cláusula penal, a fim de se observar se houve a finalidade de se estabelecer indenização suplementar.

Palavras-chave: Cláusula Penal. Cumulação. Lucros Cessantes. Indenização Suplementar.

ABSTRACT

The penalty clause is a very complex figure in business relations, and one of the main doubts about this subject is the possibility of cumulation with lost profits. In order to answer this question, object of the present research, it will first analyzed the origin of the penalty clause in the Roman Law, as well as the general characteristics given by doctrine and legislation. Afterwards, the function of the penalty clause will be analyzed through the hybrid and the duplicity of the species thesis, in addition to making a comparison between the moratorium and compensatory penalty clause. In a second step, the general aspects of lost profits given by doctrine, legislation and jurisprudence will be addressed. From the concepts discussed during the research, the legislation that deals with the subject, as well as through the study of the Repetitive Resources that deal with the subject, will be observed the possibility of cumulation of penalty clause with the loss of profits, in which it will be seen that the fundamental aspect to answer this is to verify what was the intention of the parties when stipulating the penalty clause, in order to see if the purpose was to establish additional compensation.

Key words: Penalty Clause. Cumulation. Lost Profits. Additional Compensation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgRg – Agravo Regimental

AREsp – Agravo em Recurso Especial

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

PrAfResp – Proposta de Afetação de Recurso Especial

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DA CLÁUSULA PENAL.....	14
1.1. ASPECTOS GERAIS DA CLÁUSULA PENAL	14
1.1.1 A Cláusula Penal no Direito Romano.....	14
1.1.2 Características da Cláusula Penal	18
1.2 A PERSPECTIVA FUNCIONAL DA CLÁUSULA PENAL E SUA FINALIDADE.....	24
1.2.1 A Função da Cláusula Penal	25
1.2.2 A Cláusula Penal Moratória e Compensatória	30
2. A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM LUCROS CESSANTES.....	36
2.1. OS LUCROS CESSANTES.....	36
2.1.1 Conceito de Lucros Cessantes e a Necessidade de Prova	36
2.1.2 O Princípio da Razoabilidade e os Danos Diretos e Imediatos	40
2.2. CLÁUSULA PENAL E A INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR	46
2.2.1 O artigo 416 do Código Civil	46
2.2.2 Cláusula Penal e Lucros Cessantes.....	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

INTRODUÇÃO

A cláusula penal configura-se como importante dispositivo nas relações negociais, seja nas empresariais, civis ou consumeristas, auxiliando para que haja o devido cumprimento das obrigações estabelecidas entre as partes, uma vez que concede aos contratantes segurança e celeridade.

Tendo em vista as muitas funções que a cláusula penal pode ter, bem como as dificuldades que há muitas vezes para a sua aplicação, tal instituto mostra-se ser uma figura bastante complexa.

Nesse sentido, ainda, cumpre destacar que tal cláusula, oriunda da autonomia privada e da liberdade contratual, vem sendo pesquisada e discutida ao longo do tempo no âmbito jurídico.

Nesse cenário, e levando-se em conta a sua complexidade, uma das discussões mais importantes e em voga a respeito desse assunto refere-se à possibilidade da cumulação da cláusula penal com indenização suplementar e, de forma mais específica, com os lucros cessantes.

Verifica-se, inclusive, que a possibilidade de cumulação de cláusula penal com os lucros cessantes está sendo atualmente debatida no STJ, com os processos que tratam sobre o tema por ora suspensos, a fim de que haja a pacificação a respeito dessa controvérsia.¹

O presente trabalho tem como objetivo justamente trazer à tona essa discussão e tentar responder a seguinte questão: *é possível a cumulação da cláusula penal com os lucros cessantes?*

Importante mencionar que a discussão nos Recursos Afetados pelo STJ se refere à possibilidade de cumulação com lucros cessantes nos casos de inadimplemento do vendedor em virtude do atraso na entrega de imóvel em construção objeto de contrato ou promessa de compra e venda.

¹ Sobre o assunto, importante explicar que o REsp 1.635.428 e do REsp 1.498.484 estão em afetação para que o STJ possa orientar às instâncias ordinárias da Justiça para a solução de casos fundados na mesma controvérsia. A respeito do tema, disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Repetitivos-definir%C3%A3o-possibilidade-de-cumular-lucros-cessantes-com-cl%C3%A1usula-penal-em-atraso-na-entrega-de-im%C3%B3vel.> – acesso em 01º/04/2018, às 20:05.

Todavia, a discussão da presente pesquisa se refere a todas as situações, seja nas relações empresariais, civis ou nas consumeristas, envolvendo a possibilidade de cumulação da cláusula penal e lucros cessantes, utilizando-se da análise dos Recursos Afetados a título demonstrativo.

Ainda, a fim de delimitar o objeto da pesquisa, não será discutida sobre a possibilidade de cumulação de cláusula penal com outros danos materiais, como, por exemplo, os danos emergentes, com o presente trabalho limitando-se aos lucros cessantes.

Para responder à questão objeto da pesquisa, o presente trabalho, através do método dedutivo, indo do geral ao específico, irá se debruçar sobre a doutrina que trata tanto a respeito da cláusula penal, quanto a respeito dos lucros cessantes, analisando, ainda, a legislação que trata sobre o tema.

Assim, delimitado o tema objeto da pesquisa e no intuito de organizar e facilitar a compreensão sobre o assunto, o trabalho será dividido em dois momentos: no primeiro capítulo, serão abordados os aspectos gerais da cláusula penal.

Já no segundo capítulo, será feita a discussão a respeito do objeto da pesquisa, qual seja, a discussão sobre a possibilidade de cumulação de cláusula penal com lucros cessantes.

Cumprido dizer que o primeiro capítulo dessa pesquisa será subdividido em duas partes.

Na primeira, será feita uma breve contextualização histórica da origem da cláusula penal no Direito Romano – em que era chamada de *stipulatio poenae* –, com enfoque para a finalidade pela qual ela foi criada, com índole sancionatória, e como era a sua aplicação.

Ainda, será visto, brevemente, como a cláusula penal, na Idade Média, passou a ter uma função indenizatória.

Após a análise do contexto histórico, serão vistas as principais características da cláusula penal.

Nesse sentido, será dado enfoque no conceito de cláusula penal dado pela doutrina, nos aspectos da acessoriedade e da condicionalidade, no seu objeto, nos seus limites de fixação, no fato de ser expressa e ter que ser estipulada pelos próprios contratantes.

Ademais, outro aspecto da cláusula penal a ser analisado é o da possibilidade de redução da cláusula penal pelo juiz em determinados casos, se considerar manifestamente excessiva.

Na segunda parte do primeiro capítulo, será analisada a função da cláusula penal, através de uma comparação das duas teses que tratam sobre esse tema: a visão tradicional, chamada de natureza híbrida da cláusula penal, e a visão que a doutrina está passando, recentemente, a adotar, chamada de tese da duplicidade de espécies da cláusula penal.

A título comparativo, irá ser analisada a perspectiva funcional da cláusula penal em outros países, principalmente no direito português, que tem grande influência sobre o brasileiro.

Ademais, será feito um comparativo entre a cláusula penal moratória e a cláusula penal compensatória, com destaque para as suas diferenças, consequências no âmbito jurídico e a importância da intenção das partes ao estipularem a cláusula penal para a sua diferenciação. Para tanto, será utilizada a doutrina e o disposto no Código Civil a esse respeito.

No segundo capítulo, serão explicados os lucros cessantes, dividindo-se tal tema em dois momentos: em um primeiro, será explicado o seu conceito e a necessidade de comprovação.

Ademais, será dada ênfase em alguns conceitos importante para uma melhor compreensão a respeito dos lucros cessantes, como dano, danos patrimoniais, prejuízo futuro e perdas e danos.

Em um segundo momento, será destacado o princípio da razoabilidade que o norteia, os danos diretos e imediatos, bem como a necessidade do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil para que haja a configuração dos lucros cessantes.

Por fim, será discutido a respeito da possibilidade de cumulação de cláusula penal com a indenização suplementar, também com a divisão desse ponto em duas partes.

Na primeira parte, através de pesquisa doutrinária sobre o tema, será feita uma análise crítica do art. 416, do CC², sendo feito um comparativo com o disposto no Código Civil português a esse respeito.

Posteriormente, será abordada a questão da possibilidade de cumulação de cláusula penal com os lucros cessantes propriamente ditos, tendo como análise os Recursos Repetitivos que tratam sobre o tema, bem como os conceitos abordados ao longo deste trabalho.

Dessa maneira, a presente pesquisa, através do caminho acima descrito, irá debater tema de suma importância nas relações negociais, oferecendo, na discussão do objeto de pesquisa do trabalho, compreensão sobre a possibilidade de cumulação de cláusula penal com lucros cessantes.

² Art. 416, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro: "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. 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."

1. DA CLÁUSULA PENAL

1.1. ASPECTOS GERAIS DA CLÁUSULA PENAL

Para que se faça uma melhor análise da possibilidade de cumulação da cláusula penal com os lucros cessantes, objeto da pesquisa, é necessário, antes de tudo, realizar uma abordagem mais específica sobre a figura da cláusula penal.

Dessa maneira, a primeira parte do presente trabalho tem como escopo fazer uma descrição da cláusula penal.

Para tanto, faz-se necessário, primeiramente, uma contextualização histórica da cláusula penal na sua origem, qual seja, o Direito Romano, em que era chamada de *stipulatio poenae*, analisando a função pela qual foi originalmente criada e como era a sua aplicação.

Após essa análise, será feita uma descrição das características da cláusula penal, com enfoque no seu conceito dado pela doutrina, nos aspectos da acessoriedade e da condicionalidade, no fato de ser expressa e ter que ser estipulada pelos próprios contratantes, no seu objeto, nos seus limites e na possibilidade de redução pelo juiz em determinados casos.

1.1.1 A Cláusula Penal no Direito Romano

Historicamente, o instituto da cláusula penal tem origem no Direito Romano, chamado pelos romanos de *stipulatio poenae*, e cuja finalidade consistia em impor ao promitente uma prestação em favor do estipulante, para o caso do fato estipulado entre as partes não viesse a se realizar.³

Nesse sentido, cabe dizer que o instituto da *stipulatio poenae* era a única sanção dos pactos.⁴

³ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil: obrigações em geral**, volume II. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 188.

⁴ MATTIA, Fábio Maria de. **Cláusula Penal Pura e Cláusula Penal Não Pura**. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, vol. 2, pp. 1.117/1150, junho/2011, p. 1.117.

Sobre a *stipulatio poenae* e suas funções no Direito Romano, afirma Serpa Lopes que:

“Essa *stipulatio* tinha dois objetivos: o primeiro, garantir indiretamente a execução da obrigação principal submetendo o *promissor* ao pagamento de uma pena, no caso de inexecução da obrigação; o segundo, desonerar o credor do encargo da prova, no caso de inadimplemento da obrigação.”⁵

Cumprido o dever, não cumprindo o devedor a sua obrigação, o credor poderia escolher entre exigir o seu cumprimento ou o da pena, inclusive reclamando em valor superior à que fora determinada, no caso de o montante da pena ficar abaixo da quantia do seu interesse lesado.⁶

Antes da existência da *stipulatio poenae*, era exigida prova rigorosa dos prejuízos experimentados pelo credor ao reclamar de indenização decorrente do inadimplemento, principalmente quando a obrigação tinha por objeto obrigação de fazer ou de não fazer.⁷

Com a *stipulatio poenae*, o credor, em vez de ter que provar o montante do seu prejuízo, poderia tão somente demonstrar a inexecução do prometido e a reclamar o pagamento da multa estabelecida.⁸

Ainda, importante mencionar que a *stipulatio poenae* era um negócio eminentemente formal que se estruturava por meio de uma pergunta solene que o credor fazia ao devedor, à qual ele respondia com a palavra *spondeo* e, com o uso solene de tais palavras, surgia a obrigação.⁹

Nelson Rosenvald destaca que eram feitas duas promessas: “a primeira, a respeito de determinada prestação; a outra, relativa ao pagamento da pena, em caso de descumprimento da prestação originária.”¹⁰

Dessa maneira, verifica-se que a *stipulatio poenae* se trata de esquema que remete o perfil atual da cláusula penal de figura acessória da obrigação principal.¹¹

Cabe destacar que a *stipulatio poenae*, ainda, consistia numa sanção particularmente severa ao devedor inadimplente, uma vez que a pena: (i) não tinha

⁵ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁶ PINTO MONTEIRO, António. **Cláusula Penal e Indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 357.

⁷ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Parte Geral das Obrigações**. Volume 2. 30ª ed. Saraiva: São Paulo, 2002, p. 266.

⁸ *Ibidem*, p. 267.

⁹ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 5.

¹⁰ *Ibidem*, p. 6.

¹¹ *Ibidem*.

limites; (ii) não era suscetível de redução, nem em razão do cumprimento parcial da obrigação; (iii) poderia ser cumulada, havendo declaração nesse sentido, com o cumprimento da obrigação principal; (iv) era devida independentemente de culpa do devedor.¹²

Nesse sentido, destaca Pinto Monteiro:

(...) Cremos que de todo o exposto uma conclusão poderá, seguramente, extrair-se: a *stipulatio poenae* constituía uma *sanção* particularmente *severa* contra o devedor inadimplente. O regime a que ela estava submetida evidencia bem o seu particular rigor: recorde-se que a pena não tinha limites; não era susceptível de ser reduzida, mesmo havendo cumprimento parcial; podia crescer, existindo declaração nesse sentido, ao cumprimento da prestação principal; não impedia o credor de reclamar uma soma maior, caso o montante da pena ficasse aquém do valor do seu interesse lesado; e, segundo a opinião dominante, a pena seria devida, em princípio, independentemente de culpa do devedor.¹³

Verifica-se que a *stipulatio poenae* servia como medida de pressão sobre o devedor, com o objetivo de reforçar o cumprimento da obrigação e, dessa forma, tutelar o interesse do credor.¹⁴

Todavia, em que pese o seu rigor, não se configurava como uma pena privada, com eficácia punitiva, uma vez que, da análise das fontes, não se percebe que o não cumprimento fosse caracterizado como um delito.¹⁵

Sobre a pena estabelecida entre as partes no Direito Romano, Pinto Monteiro esclarece:

Quanto à pena, criada por meio da *stipulatio*, essa consistia, quase sempre, numa prestação de natureza pecuniária, que o *promissor* se obrigava a satisfazer. Mas não estava excluído que pudesse revestir outra natureza. Em qualquer caso, se o obrigado não observasse determinado comportamento, *poena committitur*, quer dizer, o *stipulator* tornava-se credor da pena, podendo exigí-la do devedor.¹⁶

Em que pese tivesse como função garantir indiretamente a execução da obrigação principal, conforme já visto, há uma divergência na doutrina quanto à possibilidade da *stipulatio poenae* ter função indenizatória.

¹² TAVARES, Fernanda Girardi. **Redução da Cláusula Penal: uma releitura baseada no perfil funcional**, 2008, p. 22.

¹³ PINTO MONTEIRO, António. *Op. cit.*, p. 361.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*, p. 353.

Por um lado, Mattia entende que a *stipulatio poenae* no Direito Romano teve uma evolução gradual, mas não totalmente atingida, podendo, ao final, ter como função servir de pena, de pena e acumulação de indenização ou tão somente de predeterminação dos danos decorrentes do inadimplemento da obrigação.¹⁷

Nesse mesmo sentido, Serpa Lopes destaca que, mais do que a reparação do prejuízo, o objetivo da *stipulatio poenae* era a repressão do inadimplemento do devedor.¹⁸

Todavia, à medida que o Direito foi se desenvolvendo no Direito Romano, perdeu-se esse caráter fortemente penal, evoluindo para o papel de elemento reparador, de composição das perdas e danos.¹⁹

Adota-se aqui, todavia, o mesmo entendimento de Pinto Monteiro, no sentido de que atribuir à *stipulatio poenae* uma dupla função, tal como esta é concebida no presente, compelindo o devedor a uma indenização previamente fixada, é pretender compreender e inserir o passado em quadros jurídicos preconcebidos.²⁰

Nesse passo, o fato da pena dispensar o credor de provar o seu interesse não significava que ela equivaleria a uma fixação antecipada de indenização.²¹

Tal situação serviria tão somente para fixar o valor da prestação, facilitando, dessa forma, a própria execução das obrigações.²² Assim, verifica-se que a cláusula penal foi concebida, no Direito Romano, como medida sancionatória²³.

Importante destacar ainda que, durante a História, a cláusula penal continuou evoluindo, através dos canonistas no período da Idade Média até chegar às codificações na era moderna.²⁴

Na Idade Média, a cláusula penal passou a figurar de forma habitual nas relações negociais, e era utilizada com o objetivo de iludir a proibição de empréstimos e juros, o que motivou teólogos e canonistas a se ocuparem da matéria, sendo o grande legado da doutrina canonista na Idade Média a respeito da cláusula penal o assentamento da sua figura para o campo da indenização.²⁵

¹⁷ MATTIA, Fábio Maria de. *Op. cit.*, p. 1.118.

¹⁸ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Op. cit.*, p. 189.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ PINTO MONTEIRO, António. *Op. cit.*, p. 363.

²¹ ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 6.

²² PINTO MONTEIRO, António. *Op. cit.*, p. 365.

²³ *Ibidem*, p. 757.

²⁴ PINTO MONTEIRO, António. *Op. cit.*, p. 350.

²⁵ TAVARES, Fernanda Girardi. *Op. cit.*, p. 24.

Dessa maneira, verifica-se que foi na Idade Média, e não no Direito Romano, que houve uma reação à índole sancionatória da cláusula penal, que culminou por remeter a figura ao campo indenizatório.²⁶

Essa identificação de função indenizatória, influenciada também pelos estudos de Pothier, viria a ser proclamada no Código Civil Francês de 1804 e por outros códigos da era moderna.²⁷

Foi no Direito Romano, todavia, em que se percebe a legitimação histórica da cláusula penal, através das fontes romanas e da construção jurídica da figura da *stipulatio poenae*.²⁸

1.1.2 Características da Cláusula Penal

No Direito Brasileiro atual, o Código Civil de 2002, assim como o Código Civil de 1916, não definiu o conceito de cláusula penal²⁹, permitindo à doutrina determiná-lo através de uma perspectiva funcional, conforme o complexo das funções efetivamente desempenhadas pela figura segundo o escopo visado pelas partes.³⁰

Atualmente, entende-se que a cláusula penal é um pacto acessório pelo qual as partes, por convenção expressa, submetem o devedor que descumprir a obrigação a uma pena em caso de mora ou de inadimplemento³¹. Acrescenta-se o fato de não haver a necessidade de o credor alegar prejuízo.³²

Nesse passo, ainda, Martins-Costa conceitua a cláusula penal da seguinte maneira:

Gerada pelo exercício da autonomia privada, a cláusula penal é uma figura complexa. Consiste na estipulação em que ambas as partes, ou apenas uma, se obriga (m) antecipadamente a efetuar certa prestação, normalmente em

²⁶ ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 7.

²⁷ PINTO MONTEIRO, António. *Op. cit.*, p. 756.

²⁸ *Ibidem*, p. 350.

²⁹ Nesse sentido, ao contrário do direito brasileiro, outras legislações da família romano-germânica conceituaram a cláusula penal em seus códigos civis. A título exemplificativo, o Código Civil português conceitua a cláusula penal em seu art. 810, §1º, da seguinte maneira: "As partes podem, porém, fixar por acordo o montante da indemnização exigível: é o que se chama cláusula penal."

³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 607.

³¹ WALD, Arnoldo. **Direito Civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**, 2. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 192.

³² GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 190.

dinheiro, em caso de inadimplemento de determinada obrigação, para proceder a liquidação do dano ou para compelir o devedor ao cumprimento.³³

Ainda, importante destacar o fato de que a cláusula penal não pode ser imposta unilateralmente, devendo haver, assim, o consentimento expresso de ambos os contratantes.³⁴

Nesse passo, acrescenta-se que deve ser ajustada pelas próprias partes contratantes, tornando-se inadmissível, dessa maneira, que seja delegada a terceiro a fixação do seu valor.³⁵

Ainda, destaca-se que deve ser expressa, não se admitindo cláusula penal implícita.³⁶

Para Martins-Costa, pode ser chamada de "pena", "multa", "cláusula" ou equivalentes; o que importa é resultar do instrumento constitutivo da obrigação a existência de uma obrigação acessória.³⁷

Acrescenta que, no caso de inadimplemento, substituirá a prestação principal ou se somará a ela, sendo todas as formas de expressão, a princípio, utilizáveis, entendendo-se que, caso pactuada em negócio posterior ao principal, não há exigência de identidade de forma.³⁸

Importante mencionar que, como ensina Jorge Cesa, é essência da cláusula penal ser acessória à obrigação principal, com a pena só se justificando na medida da existência de outra obrigação.³⁹

Como consequência, se a dívida principal for inválida, a cláusula penal será também inválida; se a dívida se extingue pelo adimplemento, extingue-se também a cláusula penal.⁴⁰

Todavia, a situação inversa não se mostra verdadeira: se a cláusula penal for nula, essa nulidade não irá afetar a obrigação principal.⁴¹

³³ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 608.

³⁴ PINTO MONTEIRO, António. **Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor** in *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro nº 25, p. 128, 2004.

³⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações – 2ª Parte**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 197.

³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 638.

³⁷ *Ibidem*, pp. 640/641.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 235.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 235/236.

⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 638.

Seguindo essa linha de acessoriedade, identificam-se os sujeitos da cláusula penal como os que figuram na obrigação principal, ou seja, a identidade entre ambas pressupõe que a pena convencional será invariavelmente subscrita pelo devedor da obrigação que se assegura em favor do credor que nela está inserido.⁴²

Se assim não o fosse, não se trataria de uma cláusula penal propriamente dita, mas de uma caução pessoal qualquer, como uma fiança, na qual alguém se responsabilizaria patrimonialmente pelo adimplemento de obrigação alheia.⁴³

Ademais, faz-se necessário destacar o aspecto de *condicionalidade* da cláusula penal, ou seja, ela só é chamada para atuar na hipótese de ocorrência de inadimplemento.⁴⁴

Nesse sentido, importante mencionar o art. 408 do CC⁴⁵, que declara expressamente ser requisito para incorrer em cláusula penal, além do descumprimento do devedor, a existência de culpa.

Necessário referir que o descumprimento pode ser definitivo ou a violação positiva do contrato, ou pode consistir na mora.⁴⁶

Nesse passo, mostra-se importante trazer o conceito jurídico de cumprimento para uma melhor compreensão.

Segundo Ruy Rosado de Aguiar, o cumprimento é quando o devedor, voluntariamente ou à instância do credor, por intimação ou notificação, antes ou durante a tramitação do processo de conhecimento ou de execução, realiza a prestação devida, satisfazendo o interesse do credor, em atenção aos princípios da boa-fé, nos termos do art. 422 do CC⁴⁷, e da pontualidade.⁴⁸

Ainda, destaca-se que a cláusula penal pode ter como objeto coisa que não seja o dinheiro.⁴⁹

Assim, ela pode ser convencionalizada em prestação de outra natureza que não seja a pecuniária, como a entrega de uma coisa, a realização de um ato ou serviço, a

⁴² ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 49.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Op. cit.*, p. 236.

⁴⁵ Art. 408 do Código Civil Brasileiro: "Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora."

⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 634.

⁴⁷ Art. 422 do Código Civil Brasileiro: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

⁴⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003, pp. 91/92.

⁴⁹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil: obrigações em geral**, volume II. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 201.

abstenção de um fato ou mesmo a perda de determinada vantagem, como de uma benfeitoria ou melhoramento.⁵⁰

Sobre a possibilidade da pena não ser na forma pecuniária, afirma Arnaldo Wald que:

A cláusula penal apresenta-se geralmente sob a forma de pagamento de determinada quantia em dinheiro, admitindo-se, todavia, a cláusula cujo conteúdo seja a prática de ato ou mesmo uma abstenção por parte do inadimplente (v.g., enquanto não entregar a mercadoria não poderá ausentar-se do País; se não construir a casa dentro do prazo convencionado o empreiteiro deverá fazer mais um quarto).⁵¹

É estipulada normalmente no próprio contrato firmado, podendo, todavia, ser instituída em aditamento, desde que em momento anterior à inexecução da obrigação principal.⁵²

Nesse sentido, as partes podem deliberar sobre a cláusula penal em momento posterior ao contratado para, por exemplo, atribuir maior segurança jurídica à relação ou facilitar a liquidação do dano.⁵³

Ainda, importante destacar que a cláusula penal é instituto que interessa ao âmbito das obrigações autônomas negociais, podendo figurar tanto nos negócios jurídicos bilaterais, quanto unilaterais.⁵⁴ Nesse sentido, é lícito inserir cláusula penal no testamento, que é ato unilateral, forçando, assim, a obrigação do herdeiro de pagar o legado.⁵⁵

Cumprir referir ainda o art. 409 do CC⁵⁶, que declara que a cláusula penal estipulada pode se referir à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou à mora.

Em outras palavras, para Martins-Costa, a cláusula penal pode se referir (i) à inexecução completa da obrigação; (ii) apenas a algumas, ou a uma cláusula especial, cujo inadimplemento o credor queira evitar; (iii) apenas à mora, seja da prestação

⁵⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. Cit.*, pp. 196/197.

⁵¹ WALD, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 193.

⁵² GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 191.

⁵³ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Op. cit.*, p. 254.

⁵⁴ FERRIANI, Carlos Alberto. **Da Cláusula Penal**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 55/2012, p. 133-165, Jan - Mar / 2012, p. 138.

⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, volume II**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 131.

⁵⁶ Art. 409 do Código Civil Brasileiro: "A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora."

principal, seja da prestação secundária; (iv) à violação positiva do contrato, pela violação do dever de proteção.⁵⁷

No que tange aos limites da cláusula penal, o art. 412 do CC⁵⁸ mostra-se expresso ao afirmar que o valor da cominação imposta não pode exceder o da obrigação principal.

No que tange à definição de obrigação principal, Jorge Cesa possui o entendimento de que seria aquela realizada pela parte à qual o inadimplemento enseja a aplicação da pena, devendo-se entender como o conjunto de prestações que dizem respeito à prestação principal da outra parte.⁵⁹

Assim, a título exemplificativo, na compra e venda de um automóvel a obrigação principal equivaleria não só ao preço do automóvel, mas a este acrescido do frete, uma vez que essa é a prestação correspondente à obrigação principal da outra parte.⁶⁰ Tal restrição serve para coibir abusos e injustiças.⁶¹

Ainda, cabe explicar que a garantia da ordem pública e a proibição dos negócios usurários, a título demonstrativo, para a tutela do contraente hipossuficiente, são exemplos significativos desta atitude legislativa de se impor limites ao valor da cláusula penal.⁶²

Nessa sentido, para aquelas situações que ensejam uma tutela especial, há a fixação de limites rígidos na cláusula penal, como, por exemplo, nos negócios que configuram relações jurídicas de consumo, em que o art. 52, §1º, do CDC⁶³ é expresso ao afirmar que o valor da cláusula penal não pode ultrapassar o limite de 2% do valor da dívida.⁶⁴

⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 639.

⁵⁸ Art. 412 do Código Civil Brasileiro: "O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal."

⁵⁹ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Op. cit.*, p. 268.

⁶⁰ *Ibidem.*

⁶¹ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 190.

⁶² PINTO MONTEIRO, António. **Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor** in *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro nº 25, p. 114, 2004.

⁶³ Art. 52, §1º, do Código de Defesa do Consumidor: "As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação."

⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, pp. 676/677.

Ainda sobre os limites da cláusula penal, importante destacar o art. 413 do CC⁶⁵, que declara que o juiz pode reduzir a pena se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo.

Sobre a questão da redução equitativa da cláusula penal pelo juiz que trata esse artigo, Jorge Cesa afirma que:

A pena deve ser reduzida *equitativamente*. Muito embora a "proporcionalidade" faça parte do juízo de equidade, ela não foi referida no texto e tal circunstância não é isenta de conteúdo normativo. Ocorre que o juízo de equidade é mais amplo do que o juízo de proporcionalidade, entendida esta como "proporcionalidade direta" ou "matemática. Assim, por exemplo, se ocorreu adimplemento de metade do devido, isso não quer dizer que a pena prevista deva ser reduzida em 50%. Serão as circunstâncias do caso que determinarão. Estarão em questão os interesses do credor, não só patrimoniais, na prestação, o grau de culpa do devedor, a situação econômica deste, a importância do montante prestado, entre outros elementos de cunho valorativo. Entre eles, ganha relevo interpretativo o caráter predominante da cláusula no negócio jurídico concreto, ou seja, se mais punitiva ou se mais voltada a pré-liquidar os danos." ⁶⁶

Para Martins-Costa, se o inadimplemento não se estendeu ao todo, mas tão somente à parte do negócio, seria injusto permitir que o credor, que já se beneficiou com o cumprimento parcial da prestação, receba, por inteiro, a cláusula penal convencionada.⁶⁷

Nesse sentido, ainda, possui o entendimento de que deve ser observada a utilidade, para o credor, da prestação parcialmente cumprida pelo devedor.⁶⁸

Nesse passo, a hipótese do excesso manifesto da cláusula penal deve ser aferida com base na equidade-razoabilidade e com a ponderação do juiz tendo como base determinados elementos concretos.⁶⁹

Tais elementos concretos seriam: as condições negociais, a própria estrutura econômica da operação, a identificação de eventuais contrapartidas que possam beneficiar o devedor, a conduta do mesmo, a gravidade da infração, a natureza e a finalidade do negócio, por exemplo.⁷⁰

⁶⁵ Art. 413 do Código Civil Brasileiro: "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."

⁶⁶ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Op. cit.*, p. 273.

⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 687

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ TAVARES, Fernanda Girardi. **Redução da Cláusula Penal: uma releitura baseada no perfil funcional**, 2008, p. 146.

⁷⁰ *Ibidem*.

Ademais, a intervenção judicial referente à redução da cláusula penal constitui medida de exceção em contratos paritários, e não pode ocorrer de ofício, obedecendo ao princípio da demanda.⁷¹

Ainda sobre esse artigo, Pinto Monteiro destaca que se trata de uma evolução no Direito Brasileiro, ao afirmar que se conseguiu conciliar a autonomia privada com os ditames da justiça material, proporcionando, dessa forma, um justo equilíbrio nas relações negociais.⁷²

Em síntese, observa-se que as principais características da cláusula penal são: o fato de ter de ser expressa e imposta pelos próprios contratantes, bem como a sua acessoriedade (sendo a pena nula se a obrigação principal assim for) e a sua condicionalidade.

Ainda, verifica-se que o seu objeto não precisa ser necessariamente em forma de pecúnia, além do fato da cláusula penal poder se referir à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou à mora.

Por fim, percebe-se que o valor da cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal, podendo, ainda, haver redução em caso de ser manifestamente excessiva, levando-se em conta determinados aspectos, como, por exemplo, as condições negociais, a natureza e a finalidade do negócio.

1.2 A PERSPECTIVA FUNCIONAL DA CLÁUSULA PENAL E SUA FINALIDADE

Nessa segunda parte do primeiro capítulo, será analisada, em um primeiro momento, a cláusula penal através da perspectiva funcional, descrevendo as duas visões sobre a sua natureza jurídica, a saber: a visão tradicional, chamada de natureza híbrida da cláusula penal e a tese da duplicidade de espécies da cláusula penal.

A partir disso, serão analisadas as diferenças entre cada visão, com enfoque dado na função da cláusula penal.

Em um segundo momento, serão explicadas as diferenças entre cláusula penal moratória e compensatória, analisando as diferenças entre essas modalidades, as

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² PINTO MONTEIRO, António. **Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor** in *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro nº 25, p. 141, 2004.

dificuldades que há muitas vezes em distingui-las e as consequências de cada uma nas relações negociais.

1.2.1 A Função da Cláusula Penal

A noção da cláusula penal através de uma perspectiva finalista e funcional tem como objetivo atingir a declaração de vontade das partes e a finalidade visada pelos contratantes.⁷³

No que tange à função da cláusula penal, importante destacar que há duas visões sobre a sua natureza jurídica: a tradicional, chamada de *natureza híbrida da cláusula penal* e a *tese da duplicidade de espécies da cláusula penal*.

Quanto à primeira visão, para Martins-Costa, a tese da natureza mista a cláusula penal é destinada, a um só tempo, a estimular o devedor ao cumprimento e a liquidar antecipada e convencionalmente o dano.⁷⁴

Ainda sobre a tese da natureza híbrida, ensina Jorge Cesa que:

Com efeito, talvez influenciada pelo movimento histórico de extinção de penas de natureza civil, a doutrina viu e acostumou-se a ver na cláusula penal um instituto unitário, mas função dúplice ou híbrida: ela seria um misto de pena e indenização. Por um lado, ela coage psicologicamente, atuando para que o devedor, temeroso dos efeitos da cláusula penal, pague corretamente. Por outro lado, caso houvesse inadimplemento, os danos já estariam liquidados, de modo que o credor não precisaria ocupar-se com a demonstração da existência do prejuízo e do montante deste, o que lhe poupa muito trabalho e, por outro lado, torna seu crédito mais efetivo. Como dito: um instituto com função dupla ou híbrida.⁷⁵

Dessa maneira, na visão tradicional, verificam-se duas funções da cláusula penal: (i) a de reforçar o vínculo obrigacional, intensificando, com o ajuste da referida cláusula, o dever de prestar por parte do devedor ao credor; e (ii) a de indenizar, admitindo que a inexecução faculta, assim, a liquidação antecipada das perdas e danos.⁷⁶

⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 610/611.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 611.

⁷⁵ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 237.

⁷⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, volume II**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 128.

Sobre a primeira função, cumpre explicar que, para Pontes de Miranda, a cláusula penal serve para estimular o devedor ao cumprimento do contrato.⁷⁷ Nesse sentido, o devedor, conhecendo o valor da sanção, será estimulado a cumprir o acordado.⁷⁸

Dessa forma, a cláusula penal traz consigo a representação de uma pena, ou seja, de coerção exercida contra o devedor, com o objetivo de melhor assegurar o cumprimento de determinada obrigação.⁷⁹

Ainda, como ensina Serpa Lopes, o devedor não pode fugir dos efeitos da cláusula penal sob a alegação de não ter ocorrido prejuízo, compelindo, assim, a efetuar o adimplemento e, ainda, eximindo o credor do ônus da prova.⁸⁰

Já sobre a finalidade de prefixação de perdas e danos, Cavalieri Filho entende que as partes, ao estimarem previamente as perdas e danos a serem ressarcidas por aquele que descumprir o contrato, possuem a vantagem de evitar a tarefa de liquidar o dano.⁸¹

Destaca que tais danos, em muitos casos, mostram-se de difícil demonstração, de tal maneira que a penalidade estipulada na cláusula pode ser exigida independentemente de prova de qualquer prejuízo.⁸²

A pena representa o montante das perdas e danos preestabelecidos entre as partes, calculados com base no eventual prejuízo decorrente do descumprimento da obrigação.⁸³

Verifica-se que a doutrina passou a rejeitar a ideia de uma natureza híbrida agregadora de dupla função.⁸⁴ Nesse passo, como ensina Jorge Cesa, observa-se uma forte tendência na doutrina, ainda que não absoluta, de romper com essa visão da cláusula penal composto por um núcleo duplo, de caráter penal e de pré-fixação de danos.⁸⁵

⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, tomo XXVI, p. 59.

⁷⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit. loc. cit.*

⁷⁹ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Op. cit., loc. cit.*

⁸⁰ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil: obrigações em geral, volume II**. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 198.

⁸¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. Atlas: São Paulo, 2015, p. 386.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Parte Geral das Obrigações. Volume 2**. 30ª ed. Saraiva: São Paulo, 2002, p. 264.

⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 613.

⁸⁵ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Op. cit.*, pp. 239/240.

Nesse sentido, Pinto Monteiro critica a visão tradicional do modelo unitário, de natureza híbrida:

Essa construção apresenta três vícios fundamentais: o primeiro, concerne 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*. Tudo somado, somos de opinião que a perspectiva tradicional, *no mínimo*, não prima pela clareza. Mas vamos mais longe: a nosso ver, qualquer daqueles três pontos é impossível de sustentar, o que, por si só, nos impele a procurar uma *alternativa* ao modelo tradicional.⁸⁶

Nesse passo, Nelson Rosenvald, também critica o modelo unitário, afirmando que cogitar uma cláusula com uma indenização sancionatória constitui uma impossibilidade lógica, uma contradição de termos, uma vez que ou a cláusula funcionará como uma sanção compulsória ou como pré-estimativa convencional de danos.⁸⁷

Dessa forma, verifica-se a necessidade de diferenciar a cláusula penal com escopo coercitivo de uma com a finalidade de pré-fixar o montante da indenização: enquanto a primeira é uma sanção, a segunda se configura tão somente como liquidação do dano.⁸⁸

Essas duas espécies de cláusula penal, conforme a finalidade concretamente visada entre os contratantes, distinguem-se em duas, a saber: (i) cláusula de fixação de perdas e danos e (ii) cláusula de coerção ou de pressão ao adimplemento, com essa última se dividindo em cláusula penal em sentido estrito e cláusula penal puramente coercitiva.⁸⁹

No que tange à cláusula de perdas e danos, a sua finalidade é estabelecer o montante indenizatório, especialmente para casos em que seja difícil ou custoso liquidar o dano, facilitando, dessa forma, a posição do credor, ao mesmo tempo que dá segurança ao devedor, não só pelo fato de evitar que pague quando inexistente o dano, mas também por melhor pré-dimensionar a sua responsabilidade.⁹⁰

Sobre essa questão de pré-fixação de perdas e danos na cláusula penal, Pinto Monteiro ensina:

⁸⁶ PINTO MONTEIRO, António. **Cláusula Penal e Indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 497.

⁸⁷ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 83.

⁸⁸ PINTO MONTEIRO, António. *Op. cit.*, p. 647.

⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 614.

⁹⁰ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Op. cit.*, pp. 241/242.

O credor, temendo não conseguir provar todos os danos que eventualmente possa sofrer, o que, além disso, implicaria um moroso processo judicial, de resultado sempre incerto, prefere acautelar-se, através de uma avaliação prévia do dano que, *previsivelmente*, o incumprimento lhe causará. O devedor, por seu lado, receando que o dano efectivo possa atingir proporções exageradas, fora das suas previsões, prefere, igualmente, prevenir-se contra essa eventualidade, acordando com o credor a indemnização a que este terá direito. Qualquer das partes retira vantagens, pois, de uma *fixação antecipada da indemnização*, ainda que ficando ambas sujeitas ao risco de o dano efectivo poder divergir sensivelmente da soma acordada.⁹¹

Ainda sobre isso, Almeida Costa destaca:

(...) salvo em convenção ao contrário, é exigível sob os mesmos pressupostos da responsabilidade civil. Apenas com a diferença de que não há que apurar se o credor sofreu prejuízos efectivos e qual o montante destes. Precisamente, a estipulação de uma cláusula penal destina-se a dispensar tais averiguações e, por conseguinte, também a prova do nexo de causalidade e entre o facto e quaisquer danos. A função que predomina consiste, pois, em evitar as despesas, os atrasos e as dificuldades de um recurso ao tribunal, através da fixação antecipada da indemnização para o caso de incumprimento.⁹²

Quanto à cláusula penal propriamente dita, Jorge Cesa ensina que a mesma tem a finalidade de gerar pressão ao devedor, de maneira a conduzi-lo ao adimplemento e, em função disso, ela não dependeria da existência concreta do dano, aplicando-se, portanto, mesmo que o dano não exista, tendo em vista que o objetivo é o cumprimento da obrigação.⁹³

Dessa maneira, na hipótese de a cláusula penal estipular valor superior ao do dano, caso não haja excesso, não há que se falar em redução, uma vez que é da natureza das penas que elas representem algo que aquele que a ela se sujeita busca evitar.⁹⁴

Sobre a cláusula penal em sentido estrito, Pinto Monteiro afirma que ela é um meio específico de compulsão ao cumprimento, que não se confunde, contudo, com o efeito típico e normal da obrigação de indenizar.⁹⁵

⁹¹ PINTO MONTEIRO, António. **Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor** in *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro n° 25, p. 118, 2004.

⁹² ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das Obrigações**. 12ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, p. 799/800.

⁹³ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Op. cit.*, p. 241.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ PINTO MONTEIRO, António. **Cláusula Penal e Indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 627.

Ainda, conforme Martins-Costa, a cláusula penal em sentido estrito terá caráter substitutivo à prestação, tendo em vista que seu valor abarca a satisfação do interesse do credor.⁹⁶

No que concerne à cláusula puramente coercitiva, a especificidade dessa cláusula está no fato de que a mesma se configura como um *plus*, acrescentando-se, por conseguinte, à execução específica da prestação ou à indenização pelo não cumprimento.⁹⁷

Ainda sobre a cláusula puramente coercitiva, Martins-Costa acrescenta o seguinte:

Nesse caso o montante acordado não valerá como substituição à prestação devida, mas se *agregará* à indenização (ou à prestação a final realizada). Tal ocorre quando a cláusula penal é pactuada com o intuito exclusivamente compulsivo-sancionatório. Atua como estímulo ao adimplemento, através de ameaça, ao devedor, de ter que efetuar uma outra prestação, mais gravosa, a especificidade residindo no fato de a cláusula ser acordada como um *plus*, como algo que *acresce* à execução específica da prestação ou à indenização pelo inadimplemento.⁹⁸

Como forma a demonstrar essa mudança na doutrina, verifica-se, na prática, tanto no sistema romano-germânico, quanto no sistema anglo-saxônico, a diferenciação da cláusula penal com escopo coercitivo de uma com a finalidade de pré-fixação de perdas e danos.

Apenas a título ilustrativo, observa-se no Direito Alemão a existência de uma cláusula penal, fundamentada frente ao dever de prestação que visa reforçar e aplicável independente da existência de prejuízo efetivo, ("*Vertragsstrafe*") e uma de perdas e danos ("*Schadenersatzpauchale*"), que diz respeito tão somente ao âmbito da pretensão indenizatória que decorre do direito de prestação, e não aplicável se inexistir prova de dano concreto.⁹⁹

Já no sistema da "*common law*" percebe-se a distinção entre a cláusula de índole compulsória ("*penalty clause*"), com o objetivo de compelir o devedor ao cumprimento e assegurar a realização da prestação, e a com escopo meramente indenizatório

⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 619.

⁹⁷ PINTO MONTEIRO, António. **Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor** in *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro n° 25, p. 124, 2004.

⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 620.

⁹⁹ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Op. cit.*, pp. 240/241.

("liquidated damages clause"), que tem como função liquidar o dano, procurando antecipadamente avaliar o seu montante.¹⁰⁰

Dessa forma, ainda que a teoria da tese híbrida, entendendo a cláusula penal como um modelo unitário, seja a visão mais tradicional a respeito do tema, verifica-se, inclusive no direito estrangeiro, uma tendência de se utilizar a tese da duplicidade da cláusula penal.

1.2.2 A Cláusula Penal Moratória e Compensatória

Deve-se atentar para as diferenças entre as modalidades da cláusula penal, quais sejam, a compensatória e a moratória. Nesse sentido, importante destacar os seus conceitos conforme a doutrina, e cuja distinção principal está na consequência jurídica que produzem.¹⁰¹

Sobre esse assunto, entende-se que a cláusula penal compensatória se substitui à obrigação principal, utilizando-se essa modalidade quando as partes têm por finalidade estipular previamente as perdas e danos.¹⁰²

Como ensina Pontes de Miranda, a exigência da cláusula penal compensatória exclui a pretensão ao adimplemento ou à indenização de perdas e danos, já que acontece a substituição.¹⁰³

Outrossim, é compensatória pois, no lugar da obrigação individualizada não cumprida, é devida a pena particularmente indicada.¹⁰⁴

Dessa maneira, compete ao credor exigir ou o cumprimento do contrato, ou o pagamento da cláusula penal convencionada, ou as perdas e danos que demonstrar ter sofrido.¹⁰⁵

¹⁰⁰ PINTO MONTEIRO, António. **Cláusula Penal e Indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 499.

¹⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 623.

¹⁰² MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 624.

¹⁰³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, tomo XXVI, pp. 64/65.

¹⁰⁴ FERRIANI, Carlos Alberto. **Da Cláusula Penal**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 55/2012, p. 133 165, Jan - Mar / 2012, p. 143.

¹⁰⁵ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Parte Geral das Obrigações. Volume 2**. 30ª ed. Saraiva: São Paulo, 2002, p. 270.

O art. 410 do CC¹⁰⁶, ao dispor que a cláusula penal se converterá em alternativa ao credor em caso de total inadimplemento da obrigação, relaciona-se ao conceito de compensatória.

Sobre esse artigo, sustenta Martins-Costa que cabe ao credor escolher entre a exigência da pena ou a obrigação principal – se ainda for possível atendê-la – e, escolhendo a primeira opção, desaparece a pretensão da obrigação originariamente devida, sem abrir-se ensejo a ulterior pedido de perdas e danos, já que prefixados na pena¹⁰⁷.

Nesse sentido, Jorge Cesa complementa afirmando que *"ao devedor, por sua vez, não há alternativa, não lhe cabendo escolher entre prestar in natura ou prestar a pena."*¹⁰⁸

No que tange à cláusula penal moratória, Martins-Costa a conceitua como aquela que se aplica em virtude da mora do devedor e com a finalidade de coagir o devedor ao cumprimento.¹⁰⁹

Para Serpa Lopes, tal cláusula se refere a uma cláusula especial da obrigação ou à sua mora¹¹⁰.

Com efeito, aplica-se essa cláusula sem prejuízo da exigência da prestação principal.¹¹¹

Nesse sentido, a cláusula penal moratória supõe um cumprimento defeituoso, mas ainda sim um cumprimento, uma vez que a prestação penal foi ou será cumprida, em que pese de maneira distinta à pactuada.¹¹²

Dispõe sobre essa cláusula o art. 411 do CC¹¹³, em que afirma que o credor terá o arbítrio de exigir a satisfação da pena, em conjunto com o desempenho da obrigação principal, quando for estipulada para o caso de mora.

¹⁰⁶ Art. 410 do Código Civil Brasileiro: "Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor."

¹⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 661.

¹⁰⁸ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Inadimplemento das Obrigações**: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 258.

¹⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 623.

¹¹⁰ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil: obrigações em geral, volume II**. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 201.

¹¹¹ WALD, Arnoldo. **Direito Civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**, 2. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 194.

¹¹² FERRIANI, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 143.

¹¹³ Art. 411 do Código Civil Brasileiro: "Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal."

Sobre a questão da cumulação que trata o referido artigo, Martins-Costa afirma que:

A diferença funcional da cláusula penal moratória em relação à cláusula penal compensatória explica a razão de aqui vigorar a regra da cumulatividade. A pena se agrega à prestação principal e seu valor estará em direta relação com a importância do inadimplemento relativo (mora), pois, em regra, essa modalidade atua quando ainda purgável a mora, essa purgação não exclui a incidência de cláusula penal. É que, diferentemente do que ocorre com a cláusula penal compensatória, na moratória a penalidade não tem por função substituir a prestação que *não houve*, em razão do inadimplemento total. A sua função é – a par de garantir o cumprimento, coagindo o devedor a prestar – punir o devedor que *presta morosamente*.¹¹⁴

Ademais, como ensina Caio Mário Pereira da Silva, é lícito ajustar em contrato o acúmulo de ambas as penas, não havendo na doutrina ou na legislação nenhuma razão para que se repute isso.¹¹⁵

Nesse sentido, Nelson Rosenvald dá o exemplo de que figuras jurídicas distintas podem constar em um contrato que determine que o atraso do pagamento da locação implicará multa de 10% do valor da locação e que a extinção do contrato antes do prazo de trinta meses por desistência do locatário gere em favor do credor uma pena equivalente a três meses do valor locatício.¹¹⁶

Oportuno esclarecer que, conforme ensina Jorge Cesa, as cláusulas penais não dizem respeito exclusivamente ao inadimplemento absoluto, e as moratórias não compreendem exclusivamente a mora.¹¹⁷

A esse respeito, destaca Nelson Nery Jr.:

A regra, por certo, é de que só se considera compensatória a pena se a cláusula penal alude ao total inadimplemento. Porém, diante da importância que adquire, na dogmática obrigacional contemporânea, o princípio da confiança, podem ser frequentes as hipóteses em que o descumprimento de uma obrigação secundária, anexa ou instrumental, ou mesmo de dever lateral, correspondente a interesse de proteção, efetivamente frustra as legítimas expectativas do credor e distorça ou desvie a objetiva finalidade do contrato, conduzindo à imprestabilidade da prestação eventualmente (mal) feita. Nesses casos a infração, ainda que não atingindo a totalidade da prestação,

¹¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 667.

¹¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, volume II**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 134.

¹¹⁶ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 84.

¹¹⁷ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Op. cit.*, pp. 254/255.

pode conduzir à cláusula penal compensatória, acarretando a eficácia de substituição.¹¹⁸

Com efeito, o elemento essencial de distinção encontra-se na consequência jurídica: enquanto as cláusulas penais compensatórias são satisfativas, isto é, substituem a execução do dever originalmente prevista, as cláusulas penais moratórias são cumulativas, ou seja, não substituem a prestação e, em função disso, podem ser exigidas juntamente com ela.¹¹⁹

Sobre essa questão, esclarece Jorge Cesa que:

Os art. 410 e 411 do Código Civil cuidam dessas distinções, mas as estabelecem de modo questionável. Para eles, o elemento fundamental é a espécie de inadimplemento: se for total, a cláusula penal é compensatória (art. 410) e, tratando-se de mora ou de descumprimento de cláusula especial, a cláusula penal é moratória. Contudo, tal modo de classificar não atenta para as especificidades dos deveres referidos em cláusulas especiais e dos casos de inadimplemento parcial.¹²⁰

A esse respeito, importante destacar o conceito de inadimplemento parcial. Para Ruy Rosado de Aguiar, o cumprimento imperfeito compreende "*violações contratuais por prestação incompleta ou defeituosa, gerando insatisfação do credor, que pode ser de variada graduação.*"¹²¹

Nesse sentido, complementa:

O cumprimento imperfeito pressupõe a existência da prestação, mas efetivada de modo contrário à lei ou ao convencionado. Assim ocorre quando a prestação da obrigação de dar é concretizada sem que a coisa entregue tenha a qualidade ou a quantidade previstas, quando o fornecimento foi por período inferior ao determinado, ou quando o serviço é executado com deficiência, e aí se incluem os casos de violação ao contrato de fornecimento de serviços profissionais de médicos, advogados, engenheiros etc.¹²²

Ainda, é necessário esclarecer que a distinção prática para distinguir se uma cláusula penal é compensatória ou se é moratória às vezes pode apresentar dificuldades.¹²³

¹¹⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Cláusula Penal - Multa Compensatória que não pode ser tida como Moratória**. Soluções Práticas de Direito, vol. 1/2014, pp. 751/765, setembro/2014, p. 756.

¹¹⁹ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Op. cit.*, pp. 254/255.

¹²⁰ *Ibidem.*, p. 255.

¹²¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 124.

¹²² *Ibidem.*

¹²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 133.

Para Sílvio Rodrigues, um dos critérios de distinção consiste em atentar para o valor da multa: se é de valor elevado, aproximando-se do valor da obrigação principal, há que se considerá-la compensatória, uma vez que é provável que as partes a tenham estipulado antevendo a possibilidade de inadimplemento absoluto.¹²⁴

Ao contrário, se reduzido for o valor da estipulação penal, sensivelmente inferior ao da obrigação principal, há que se compreender que a cláusula é moratória, tendo em vista que seria ilógico que para substituir as perdas e danos advindos da inexecução se fixasse indenização excessivamente modesta.¹²⁵

Todavia, para Caio Mário Pereira da Silva esse critério encontra-se desprestigiado, uma vez que não é absoluto, sendo a vontade das partes o seu melhor intérprete.¹²⁶

Nesse sentido, ainda, Jorge Cesa menciona que *"entra em questão a intenção das partes (ou da parte, quando o negócio jurídico for unilateral) em relação à pena."*¹²⁷

Nesse passo, acrescenta que, se a intenção das partes for exigir a cobrança da pena, junto com a cobrança prevista, a cláusula penal é moratória; se, contudo, a intenção for pela opção do credor entre exigir a cláusula ou a prestação original, a cláusula penal é compensatória.¹²⁸

Ainda a respeito da importância da intenção das partes, ensina Jorge Cesa o seguinte:

Um exemplo melhor esclarece. Na compra e venda de um automóvel, pode-se fixar a cláusula penal relativa à cor dos bancos do veículo (cláusula especial). A cláusula penal pode determinar que o credor, ao receber o bem com bancos de cor distinta, possa cobrar a pena e possa exigir a prestação conforme prevista. No primeiro caso, a multa será moratória; no segundo, compensatória.¹²⁹

Sobre esse aspecto, ainda, Nelson Rosenvald destaca que o intérprete, em caso de dúvida no julgamento, deverá buscar a intenção das partes materializada na

¹²⁴ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Parte Geral das Obrigações. Volume 2.** 30ª ed. Saraiva: São Paulo, 2002, p. 272.

¹²⁵ *Ibidem.*

¹²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, pp. 133/134.

¹²⁷ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Op. cit.*, p. 255.

¹²⁸ *Ibidem.*

¹²⁹ *Ibidem.*, p. 255/256.

declaração de vontade para, diante das circunstâncias, inferir e proclamar a natureza da pena.¹³⁰

Essa questão sobre a intenção das partes será vista com maior profundidade no capítulo a seguir, ao ser abordado a possibilidade de cumulação de cláusula penal com indenização suplementar no ordenamento jurídico brasileiro.

¹³⁰ ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 84.

2. A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM LUCROS CESSANTES

2.1. OS LUCROS CESSANTES

Analisado os aspectos gerais da cláusula penal, como a sua formação histórica, principalmente no Direito Romano, suas características, suas funções através das teorias e a distinção entre cláusula moratória e compensatória, o presente capítulo tem por objetivo realizar uma análise sobre a possibilidade de cumulação com os lucros cessantes.

Para tanto, é necessário explicar, antes, as características gerais dos lucros cessantes. Assim, esse primeiro tópico será dividido em dois momentos, a fim de haver uma melhor compreensão.

Primeiramente, será visto o conceito de lucros cessantes e a necessidade de sua comprovação, com ênfase em alguns conceitos importante relacionados a essa matéria, como dano, danos patrimoniais, prejuízo futuro e perdas e danos.

Após, serão abordados o princípio da razoabilidade e a necessidade do dano ser direto e imediato, bem como a necessidade do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil para que haja lucros cessantes.

2.1.1 Conceito de Lucros Cessantes e a Necessidade de Prova

Os lucros cessantes consistem na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro e na diminuição potencial do patrimônio da vítima, podendo decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo, como ainda da frustração daquilo que era razoavelmente esperado.¹³¹

¹³¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. Atlas: São Paulo, 2015, p. 105.

Nesse mesmo sentido, Martins-Costa entende os lucros cessantes como o ganho que ficou privado o credor pelo inadimplemento do devedor, consistindo na frustração de um enriquecimento patrimonial.¹³²

Pontes de Miranda destaca ser *o impedimento de elevação do patrimônio*.¹³³ Acrescenta que não se distingue se o lucro advém de direito ou de simples fato que ocorreu.¹³⁴

Destaca-se o fato de que os lucros cessantes se encaixam como danos patrimoniais, uma vez que atingem os bens integrantes do patrimônio da vítima, ainda que futuros, referindo-se, dessa forma, ao conjunto de relações jurídicas apreciáveis economicamente.¹³⁵

Para Jorge Cesa, os danos patrimoniais consistem na diferença entre a condição do patrimônio da vítima após o efeito danoso e a projeção de como ela estaria se esse evento não houvesse ocorrido.¹³⁶

Ainda, faz-se necessário trazer o conceito de dano para melhor compreensão dos lucros cessantes.

Para Serpa Lopes, o dano constitui como a diminuição ou subtração de um bem jurídico.¹³⁷

Cavaliere Filho vai nesse sentido, ao conceituar o dano "*como sendo lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc.*"¹³⁸

Retornando ao conceito de lucros cessantes, Pontes de Miranda destaca o seguinte:

Tem-se de considerar lucro cessante todo ganho ou lucro frustrado pela ocorrência de fato ilícito. Frustrado é o ganho ou lucro seria de esperar-se, tomando-se por base o curso normal das coisas e as circunstâncias especiais, determináveis, do caso concreto, inclusive a organização, as medidas e previsões que se observavam. O ganho ou lucro não precisa já existir no

¹³² MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 478.

¹³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1971, tomo XXII, p. 213.

¹³⁴ *Ibidem*, pp. 214.

¹³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. Cit.*, pp. 103/104.

¹³⁶ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 156.

¹³⁷ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil: obrigações em geral, volume II**. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 469.

¹³⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. Cit.*, p. 103.

momento da lesão. Pode ser o que, nas circunstâncias em que se achava o bem ofendido, seria de prever-se. Se A, em abril, montou a fábrica para ser inaugurada em junho, quando começaria o seu lucro, na indenização tem-se de computar esse lucro futuro, pois o dano mediato há de ser ressarcido pelo importe que se possa calcular, ainda que seja pelo estudo do mercado e pela comparação com outras empresas ou montagens semelhantes.¹³⁹

Ademais, faz-se necessário destacar o conceito de prejuízo futuro, que representa o marco referencial do momento da prolação da identificação dos lucros cessantes.¹⁴⁰

O prejuízo futuro engloba aquele ainda não materializado à época da sentença, mas que já surge como objetivamente previsível de acordo com as circunstâncias do caso e as experiências da vida.¹⁴¹

Sobre a questão da necessidade de prova dos lucros cessantes por parte da vítima, o STJ já possui entendimento pacífico de ser necessária a sua comprovação, em caso, a título exemplificativo, em que a recorrente alega ter ficado sem serviços de telefonia, mas que, todavia, não comprova o lucro que deixou de ganhar em razão disso.¹⁴²

Ainda sobre a questão dos lucros cessantes e a sua necessidade de comprovação, Bruno Miragem ensina:

Os lucros cessantes devem ser demonstrados pela vítima para efeito de atribuição de indenização, segundo padrões objetivos. Devem permitir aferir, caso não houvesse ocorrido a conduta antijurídica do agente, se o curso normal da atividade da vítima teria permitido que obtivesse, no futuro, determinada vantagem econômica. Assim, por exemplo, ocorre com quem utiliza o automóvel como instrumento de sua atividade de trabalho e, em razão de um acidente de trânsito ao qual não deu causa, deixa de poder utilizá-lo pelo tempo necessário para conserto. Nesse caso, o período que deixa de poder utilizar o veículo deve ser considerado para efeito de determinação do valor da indenização, em acordo com os valores que habitualmente receberia.¹⁴³

Nesse mesmo entendimento, sobre a comprovação dos lucros cessantes, Martins-Costa exemplifica:

¹³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1971, tomo XXVI, p. 47.

¹⁴⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da Reparação Integral: Indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 187.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² STJ. AgRg no AResp nº 414.734/RJ. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 08/05/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1313644&num_registro=201303526980&data=20140508&formato=PDF> – acesso em 13/05/2018, às 19:00.

¹⁴³ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 170/171.

(...) É necessário, tendo em conta as circunstâncias concretas, os dados objetivos e elementos racionalmente controláveis da o que normalmente aconteceria (*id quod plerunque accidit*) se a vítima não tivesse sofrido a lesão. Assim o caso de um concessionário de certa marca de produtos agrícolas que costuma vender, em média, "x" caixa de produto, mensalmente, mas vem a sofrer com a conduta injustificável da empresa concedente, que ora não entrega o material, para entrega com atrasos, diminuindo os ganhos do distribuidor que ainda perde parte da clientela já formada. Nesse caso é possível comprovar, razoavelmente, com base na experiência pretérita, não apenas a existência de lucro cessante como a sua quantificação.¹⁴⁴

Paulo de Tarso Sanseverino destaca ser complexa a determinação dos lucros cessantes para efeito de sua completa reparação, exigindo cautela do julgador na sua aferição.¹⁴⁵

Quanto à sua disposição legal, importante destacar o art. 402 do CC¹⁴⁶, que declara que as perdas e danos devidas ao credor abrangem o que razoavelmente deixou de lucrar.

Sobre esse artigo, Sanseverino critica o tempo verbal pretérito empregado ("deixou de lucrar"), devendo haver a conceituação de lucros cessantes no presente ou no futuro, uma vez que abrangem toda a diminuição potencial do patrimônio do lesado decorrente do evento danoso.¹⁴⁷

Para Martins-Costa, as perdas e danos consistem na concessão de uma indenização em dinheiro, abrangendo, em princípio, o equivalente pecuniário do prejuízo sofrido em função do inadimplemento.¹⁴⁸

Sobre as perdas e danos, Serpa Lopes destaca:

A reparação do dano mediante o pagamento de perdas e danos é representada por uma soma de dinheiro equivalente ao valor da prestação descumprida e aos prejuízos sofridos com esse inadimplemento. É sempre uma forma subsidiária de reparação, por isso que só a específica, a *in natura*, realiza a prestação descumprida, tal qual se previra, mediante o acordo das partes. A composição do dano mediante perdas e danos é, como não podia deixar de ser, a que se caracteriza por meio do pagamento de uma soma em dinheiro, que repõe, tanto quanto possível, o credor num estado de reequilíbrio.¹⁴⁹

¹⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. Cit.*, pp. 479/480.

¹⁴⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Op. Cit.*, p. 183.

¹⁴⁶ Art. 402 do Código Civil Brasileiro: "Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar."

¹⁴⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Op. Cit.*, pp. 184/185.

¹⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. Cit.*, p. 470.

¹⁴⁹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Op. Cit.*, p. 489.

Ainda sobre a questão das perdas e danos, importante mencionar o art. 389 do CC¹⁵⁰, que afirma que não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos.

Para Martins-Costa, tal artigo é uma das regras centrais da responsabilidade negocial, que é aquela consequente ao incumprimento imputável do dever nascido no âmbito obrigacional.¹⁵¹

Verifica-se, portanto, que os lucros cessantes constituem na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro e na diminuição potencial do patrimônio da vítima, com tal figura disposta no art. 402 do CC. Ainda, para que haja lucros cessantes, deve haver comprovação segundo padrões objetivos.

2.1.2 O Princípio da Razoabilidade e os Danos Diretos e Imediatos

No que toca ao princípio da razoabilidade consagrado no art. 402 do CC, Sérgio Cavalieri destaca que razoável é tudo aquilo que seja, ao mesmo tempo, adequado, necessário e proporcional, ou seja, aquilo que o bom-senso diz que o credor lucraria, apurado tendo em vista um juízo de probabilidade, em conformidade com o normal desenrolar dos fatos.¹⁵²

Sobre o princípio da razoabilidade para apuração dos lucros cessantes, Jorge Cesa destaca o seguinte:

(...) Neste, é razoável o que é esperável, o que é presumível, em razão do andar normal dos acontecimentos e das especiais medidas adotadas pelo lesado. Em outras palavras, pressupondo-se que a economia permaneça nessas mesmas condições, é de se cogitar que o mesmo lucro experimentado antes do evento se reproduziria no futuro, se o evento dano não tivesse ocorrido. No mesmo sentido, se a curva de ganhos era ascendente ou descendente. Na hipótese de ser atingido um negócio recente, ou acidentado um jovem, é de se verificar o que um outro negócio semelhante ou outro jovem ganharia, posto nas mesmas condições. Se o negócio foi objeto de investimentos, ou se a pessoa se qualificava para o mercado, é de se preverem ganhos maiores do que os ordinários. Pelas ideias de probabilidade e de razoabilidade, ficam afastados, assim, os danos meramente hipotéticos,

¹⁵⁰ Art. 389 do Código Civil Brasileiro: "Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogados."

¹⁵¹ **Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 216.

¹⁵² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 12ª ed. Atlas: São Paulo, 2015, p. 103.

remotos, ou que, pelo seu vulto, dependeriam de um conjunto relativamente extenso de circunstâncias positivas.¹⁵³

A esse respeito, destaca Miragem:

(...) Aqui, será exigido pela legislação que se trate de probabilidade razoável e objetiva, o que deve ser demonstrado e não meramente presumido. Ou seja, embora não haja certeza quanto à sua existência, mas, sim, a expectativa de ganho futuro que vem a ser frustrado em razão da lesão, esta deve ser calcada em elementos fáticos que permitam concluir razoavelmente que a vítima obterá a vantagem, não fosse a interferência do ofensor.¹⁵⁴

Nesse sentido, ainda, verifica-se que a aferição concreta da razoabilidade é delicada, uma vez que não basta a mera possibilidade de uma vantagem econômica, sendo necessária a existência de uma grande probabilidade de que ela viesse a ocorrer.¹⁵⁵

Destaca-se, portanto, que, quanto aos lucros cessantes, não serão atendidos se não ao menos plausíveis ou verossímeis, não se levando em conta, dessa maneira, danos potenciais, eventuais, supostos ou abstratos.¹⁵⁶

Sobre esse aspecto, sintetiza Miragem:

Entre os critérios determinantes para a verificação dos lucros cessantes, há de se considerar a própria experiência do lesado até a ocorrência do dano e sua real aptidão para obter a vantagem econômica, cuja ausência se reclama em razão da conduta do ofensor. Compreendem-se aí as circunstâncias concretas em que se deu a lesão e sua aptidão para excluir a possibilidade de ganho, assim como as condições de mercado - em especial para verificar se a vantagem, cuja perda é alegada pelo lesado, é compatível com o que comumente ocorre no curso de relações econômicas semelhantes.¹⁵⁷

Ainda, conforme entendimento de Martins-Costa, o dano a ser ressarcido é aquele que se identifica com as consequências prejudiciais originadas da injusta lesão, determinando *in concreto* o conteúdo da obrigação de ressarcir a cargo do responsável.¹⁵⁸

¹⁵³ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 165.

¹⁵⁴ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 372/373.

¹⁵⁵ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Op. Cit.*, p. 165.

¹⁵⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações – 2ª Parte**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 334.

¹⁵⁷ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Op. Cit.*, pp. 373/374.

¹⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. Cit.*, p. 455.

Sobre essa questão do ressarcimento, Paulo de Tarso Sanseverino destaca que os modos de reparação do prejuízo estão relacionados à função de restabelecer o equilíbrio social rompido pelo dano.¹⁵⁹

Assim, deve-se tentar, na medida do possível, recolocar o prejudicado, mesmo que de maneira aproximativa, da situação em que se encontraria caso o ato danoso não tivesse acontecido.¹⁶⁰

Assim, a título exemplificativo, se o vendedor deixa de entregar a mercadoria vendida, causando, dessa forma, prejuízos ao comprador, estará sujeito ao ressarcimento.¹⁶¹

Dessa maneira, o ressarcimento consiste em substituir, no patrimônio do credor, soma correspondente à utilidade que teria obtido se tivesse sido cumprida a obrigação.¹⁶²

Cumprir destacar também o art. 403 do CC¹⁶³, que declara que as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, mesmo que a inexecução resulte de dolo do devedor.

Nesse aspecto, mostra-se importante fazer uma breve explicação da teoria do dano direto e imediato para melhor compressão da expressão "efeito dela direto e imediato" contida no artigo.

Para Miragem, "*em essência, propugna identificar como critério de terminação da causa do dano o seu caráter necessário, de modo que seja possível afirmar que sem tal causa o evento danoso não teria ocorrido.*"¹⁶⁴

A respeito desse assunto, ainda, Miragem ensina:

(...) Nesse sentido, ao adotar-se a teoria do dano direto e imediato, não se submete o autor do dano a toda e qualquer consequência de sua conduta, senão apenas àquelas que sejam diretamente ligadas a ele. Assim, ao mesmo tempo que apresenta um critério para imputação da responsabilidade, limita a extensão desta responsabilidade apenas aos danos que decorrerem diretamente da atuação do agente, ou seja, sem que haja a interposição de qualquer fato natural, ou que possa ser atribuído à própria vítima, ou a

¹⁵⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Op. Cit.*, p. 34.

¹⁶⁰ *Ibidem.*

¹⁶¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. Cit.*, p. 333.

¹⁶² *Ibidem.*

¹⁶³ Art. 403 do Código Civil Brasileiro: "Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual."

¹⁶⁴ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Op. Cit.*, p. 235.

terceiro. Isto é, impede que haja a responsabilidade ilimitada do autor do primeiro dano.¹⁶⁵

Destaca-se, nesse passo, que essa é a teoria aplicada a respeito de nexos de causalidade no Direito Brasileiro, conforme se observa pelo RE 130.734/PR, em que o Ministro Moreira Alves afirma que

Em nosso ordenamento jurídico, como resulta do disposto no art. 1.060 do Código Civil [art. 403 do CC de 2002], a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada Teoria da Interrupção do nexo causa. Não obstante aquele dispositivo diga respeito a impropriamente responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e da causalidade adequada.¹⁶⁶

Nesse sentido, ainda, Martins-Costa entende que nem sempre a causa direta e imediata seria a mais próxima da existência do dano, mas, sim, aquela que necessariamente o ensejou.¹⁶⁷

Sobre isso, Jorge Cesa entende que o liame causal não pode ser rompido pela intervenção de outro fato gerador de efeito danoso e, havendo esse rompimento, o novo fator se torna a causa próxima que, por isso, exclui as demais.¹⁶⁸

A esse respeito, exemplifica:

Suponha-se que um automóvel de A tenha sido abalroado por culpa de B. Cabe a B, portanto, indenizar os prejuízos de A (que se constituem nos danos decorrentes do acidente), repondo o bem na condição em que ele se encontrava anteriormente. O automóvel, contudo, não é diretamente conduzido a uma oficina, mas é deixado em um local ermo, exposto às mudanças climáticas e assaltos, que acabam se sucedendo antes do conserto do bem. B deve arcar com o conserto, porque causou o acidente, mas não com o aumento dos danos decorrentes das fortes chuvas e do assalto, visto que esses danos têm causa em outro fator, que exclui os anteriores, *ainda que eles só tenham ocorrido porque o acidente tenha se processado anteriormente* e, por isso, possa ser entendido também como "causa" (no caso, causa remota) desses danos.¹⁶⁹

¹⁶⁵ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Op. Cit.*, p. 236.

¹⁶⁶ RE 130.734/PR. Rel. Min. Moreira Alves. Brasília, 07/08/1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207632>> — acesso em 01º/05/2018, às 10:10.

¹⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. Cit.*, p. 214.

¹⁶⁸ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Op. cit.*, p. 184.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p.185.

Ainda, Sílvio Rodrigues destaca que os lucros e danos que possivelmente oriundos do inadimplemento, mas não diretamente deles advindos, não são indenizáveis.¹⁷⁰

Deve-se analisar também as condições da responsabilidade civil para haver lucros cessantes.

Nesse passo, importante trazer o ensinamento de Miragem, "*são condições para a constituição de relação jurídica de responsabilidade civil, assim entendidos os pressupostos do dever de indenizar, a conduta antijurídica, o dano e o nexo de causalidade.*"¹⁷¹

Dessa maneira, já conceituado o dano anteriormente, faz-se necessário conceituar também as outras condições da responsabilidade civil, quais sejam, a conduta antijurídica e o nexo de causalidade.

A conduta antijurídica representa a contrariedade ao direito, decorrendo, dessa forma, da violação de disposição de lei ou de preceito integrante do ordenamento jurídico.¹⁷²

Nesse aspecto, cabe destacar que, tradicionalmente, é o ato ilícito que é visto como um pressuposto da responsabilidade civil.¹⁷³ Todavia, o conceito de antijuridicidade é mais amplo, uma vez que indica a objetiva violação de um dever jurídico, estabelecida à luz de certos valores sociais.¹⁷⁴

Nesse sentido, ainda, importante destacar que é sempre um comportamento voluntário que infringe um dever jurídico, e não que simplesmente prometa ou ameace infringi-lo.¹⁷⁵

Já o nexo de causalidade é estabelecido se uma determinada ação pode ser considerada causa de determinado resultado, de forma que se reconheça que um dano é consequência de uma certa atividade ou omissão.¹⁷⁶

Ainda a respeito do nexo de causalidade e a sua importância, ensina Miragem o seguinte:

¹⁷⁰ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Parte Geral das Obrigações. Volume 2.** 30ª ed. Saraiva: São Paulo, 2002, p. 256.

¹⁷¹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Op. Cit.*, p. 116.

¹⁷² *Ibidem*, p. 118.

¹⁷³ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Op. Cit.*, p. 124.

¹⁷⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 24.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 27.

¹⁷⁶ MARTINS-COSTA. *Op. Cit.*, p. 196.

O nexo de causalidade é, atualmente, o grande protagonista da responsabilidade civil. Trata-se do vínculo lógico entre determinada conduta antijurídica do agente e o dano experimentado pela vítima, a ser investigado no plano dos fatos, para a identificação da causa apta a determinar a ocorrência do dano. A identificação do nexo causal não se admite que se dê como puro arbítrio do intérprete. É atividade de investigação, exigindo-se fundamento e método para a devida precisão.¹⁷⁷

Sobre o nexo de causalidade, Sérgio Cavalieri afirma ser necessário que o dano sofrido pela vítima tenha sido causado pela conduta antijurídica do agente, ou seja, que exista entre ambos uma relação de causa e efeito.¹⁷⁸ Nesse sentido, não há responsabilidade civil sem nexo causal, sendo elemento verdadeiramente indispensável ao dever de indenizar.¹⁷⁹

Deve-se atentar também ao fato de que os lucros cessantes não se confundem com os danos emergentes, que consistem nos prejuízos econômicos que sofre a vítima diretamente no seu patrimônio devido a uma conduta antijurídica.¹⁸⁰

Nesse sentido, via de regra, importará no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; assim, o valor a ser ressarcido será a diferença do montante do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ilícito.¹⁸¹

A título exemplificativo, Paulo de Tarso Sanseverino destaca que, em um acidente de automóvel com perda total, os prejuízos na carroceria do veículo constituem danos emergentes, ao passo que os valores que o taxista deixará de auferir enquanto o automóvel permanecer parado constituem lucros cessantes.¹⁸²

Nesse sentido, Pontes de Miranda destaca:

Se B quebrou a máquina que pertence a A, ou está alugada ou emprestada a A, o dano pode consistir no conserto da máquina (ou na prestação do valor correspondente à diminuição do valor da máquina) *mais* o que resultou pela interrupção na exploração da máquina (ou na prestação do que medeou de perda de lucro devido à interrupção da exploração).¹⁸³

Em síntese a esse ponto, os lucros cessantes representam aquilo que se deixou de ganhar pelo inadimplemento do devedor, e, para ser configurado, deve haver (i) prova da ocorrência de dano segundo padrões objetivos; (ii) estar em consonância com o

¹⁷⁷ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Op. Cit.*, p. 219.

¹⁷⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. Cit.*, p. 65.

¹⁷⁹ MARTINS-COSTA. *Op. Cit.*, p. 195.

¹⁸⁰ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Op. Cit.*, p. 169.

¹⁸¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. Cit.*, p. 104.

¹⁸² SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Op. Cit.*, p. 183.

¹⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1971, tomo XXII, p. 215.

princípio da razoabilidade, devendo a restituição ser necessária, proporcional e adequada; (iii) os danos que geraram os prejuízos devem ser diretos e imediatos, devendo decorrer diretamente da atuação do agente; e (iv) o preenchimento das condições da responsabilidade civil, quais sejam, a conduta antijurídica, o nexo de causalidade e o dano.

2.2. CLÁUSULA PENAL E A INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR

O presente tópico tem como objetivo fazer uma análise aprofundada entre a relação da cláusula penal com a indenização suplementar e a sua possibilidade de ocorrência.

Para tanto, em um primeiro momento, será feita uma análise do art. 416 do CC, tanto no seu *caput*, quanto no seu parágrafo único, com enfoque na possibilidade das partes poderem convencionar indenização suplementar, desde que comprovado o dano.

Em um segundo momento, será analisada, através dos Recursos Repetitivos que tratam sobre o assunto, a possibilidade de cumulação de cláusula penal com lucros cessantes.

A fim de ser feita essa análise, será levado em conta os aspectos observados sobre a pena (principalmente no que tange às teorias que tratam sobre a sua função e a distinção entre cláusula moratória e compensatória), bem como as características e os pressupostos para haver lucros cessantes.

2.2.1 O artigo 416 do Código Civil

No que toca à questão da cláusula penal e da indenização suplementar, faz-se necessário realizar uma análise do art. 416, do CC¹⁸⁴, que declara no seu *caput* que, para ser exigida a pena convencional, não é preciso que o credor alegue prejuízo.

¹⁸⁴ Art. 416, do Código Civil Brasileiro: "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."

Ademais, o parágrafo único desse artigo afirma que o credor, se não tiver sido convencionado entre as partes, não pode exigir indenização suplementar. Ainda, caso tenha sido, a pena vale como mínimo da indenização, devendo o credor provar o prejuízo excedente.

Sobre o *caput*, Jorge Cesa afirma que, "*muito mais do que afirmar que o credor não precisa alegar prejuízo, o texto está a dizer que o prejuízo não é relevante para que a cláusula penal se faça aplicável.*"¹⁸⁵

Complementa afirmando que, ainda que não exista dano, nasce o direito à pena, na medida em que ela se constitui para evitar que o inadimplemento aconteça; todavia, destaca, isso não significa dizer que, não havendo prejuízo, o devedor não possa requerer, desde que provado o fato, a redução da cláusula penal.¹⁸⁶

O *caput* do artigo se refere à função coercitiva da cláusula penal, independentemente, dessa forma, do dano para que seja imposta.¹⁸⁷

Nesse sentido, não pode o devedor eximir-se de cumprir a estipulação penal, sob o argumento de ser excessiva, uma vez que, se a cláusula penal resultou de avença prévia, deve-se acreditá-la justa, já que decorreu da própria vontade das partes e foi fixada tendo como objetivo a reparação do prejuízo eventualmente derivado do inadimplemento.¹⁸⁸

A esse respeito, Martins-Costa ensina:

A compreensão funcional permite entender a razão pela qual a cláusula penal incide ainda que nenhum prejuízo tenha sido alegado, pois a cláusula penal tem a natureza de *promessa condicional de prestação*, a ser atuada para o caso de o devedor não cumprir a prestação, ou cumpri-la inadequadamente. Assim sendo, implementada a condição - que é o inadimplemento total ou a mora - incidem os seus efeitos (ressalvadas, naturalmente, a possibilidade de incidirem as limitações dos arts. 412 e 413, se for o caso). Pela mesma razão, o devedor não pode eximir-se de prestar alegando que, do inadimplemento, nenhum prejuízo decorreu ao credor, pois a condição não é o "prejuízo", *mas o inadimplemento*. Basta, pois, o incumprimento culposo, cabendo ao credor provar a inexecução culposa para que exija, do devedor.¹⁸⁹

¹⁸⁵ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 286.

¹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 286/287.

¹⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 724.

¹⁸⁸ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Parte Geral das Obrigações. Volume 2**. 30ª ed. Saraiva: São Paulo, 2002, p. 268.

¹⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. Cit.*, p. 725.

A respeito do parágrafo único desse artigo, Martins-Costa observa que incide tal dispositivo quando for estipulada entre as partes a função de prefixação de perdas e danos.¹⁹⁰

Acrescenta que o valor da cláusula penal é considerado como o mínimo de indenização, a ser suplementado conforme o prejuízo excedente, sendo fruto da autonomia privada.¹⁹¹

Jorge Cesa alega que a indenização suplementar segue as mesmas regras comuns à indenização, cabendo ao credor provar o dano e a sua extensão e, caso não o consiga, não lhe será retirado a indenização suplementar.¹⁹²

Sobre a questão da prova do prejuízo que trata o artigo, Martins-Costa destaca o seguinte:

A prova do prejuízo excedente ao prefixado não se presume, estando sujeita às regras comuns de prova. Tratando-se de pactuação que excepciona o regime geral, a interpretação há de ser feita estritamente, atendendo-se, além do mais, às diretrizes gerais da interpretação dos negócios jurídicos (arts. 112 e 113). Se se tratar de negócio jurídico contratual, e formado por adesão, a interpretação, na dúvida, opera em favor do aderente (art. 423). Por fim, se se tratar de negócio jurídico que caracterize relação de consumo (CDC, art. 2º e 3º), dever-se-á examinar se a pactuação de indenização suplementar que favoreça o fornecedor de serviços não incide na vedação do art. 51, inciso IV, que conduz à nulidade de cláusulas que "coloquem o consumidor em desvantagem exagerada (inciso I)".¹⁹³

Importante destacar ainda que as partes podem estabelecer um limite para a indenização suplementar, como no exemplo de que pactuaram 100, mas, mediante prova do prejuízo, a indenização pode chegar a 200.¹⁹⁴

Ainda, em que pese a cláusula de indenização pelo dano excedente permita ao credor optar pela percepção da indenização em detrimento da pena, não será lícita a convenção que lhe defira a possibilidade de obter um montante superior ao prejuízo obtido.¹⁹⁵

Nesse sentido, destaca Nelson Rosenvald:

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 726.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 728.

¹⁹² FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Op. Cit.*, p. 287.

¹⁹³ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. Cit.*, pp. 728/729.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 728.

¹⁹⁵ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 131.

Exemplificando: A e B estipulam uma pena de R\$ 10.000,00, pois esse é o valor aproximado dos prejuízos que o descumprimento causaria. Não será lícita a inclusão de cláusula que defira ao credor a faculdade de substituir a pena por uma indenização integral acrescida de 10% de seu montante. Se assim fosse, haveria um desvio na figura convencionada, eis que o instituto compulsório da pena a remeteria ao modelo da cláusula penal em sentido estrito. A coerção reside no fato de que se o credor não se contentar com a indenização, ele ameaça o devedor com um valor superior.¹⁹⁶

A título comparativo, verifica-se que o art. 811.º, 2, do Código Civil português¹⁹⁷, também prevê a possibilidade de cumulação da cláusula penal se convencionado entre as partes. Destaca-se a proibição do recurso à indenização nos termos gerais o caráter supletivo dessa proibição.¹⁹⁸

A respeito do disposto no Código Civil português, Pinto-Monteiro destaca o seguinte:

Em primeiro lugar, trata-se uma questão que só se põe quando as partes tiverem recorrido à cláusula penal a fim de liquidar antecipadamente o dano: justamente por isso é que se pergunta se o credor poderá obter uma reparação maior do que a fixada na pena, no caso de o dano efectivo superar a quantia prevista para esse efeito. Em ocorrência com a noção de que parte (art. 810.º, nº 1), a lei recusa essa reparação, salvo se as partes a tiverem convencionado. Neste caso, acordada a ressarcibilidade do dano excedente, o sentido desse acordo é o de uma reserva do credor a prosseguir a indemnização, nos termos gerais. E isto, porque, para provar um dano *excedente*, terá o credor de fazer a prova da totalidade do dano sofrido: só depois disso se poderá saber se este *excede* o *quantum* indemnizatório preestabelecido. Por outro lado, se a pena for estipulada a título de liquidação prévia do dano, tudo o que a lei permite é essa reserva quanto à reparação integral do prejuízo efetivo, atento o disposto no actual n.º 3 do art. 811.º, norma que foi introduzida pelo legislador de 1983 e veio prejudicar a concepção da pena como "indenização sancionatória".¹⁹⁹

Frise-se que o artigo 416, parágrafo único, do CC, está relacionado ao princípio da reparação integral, na qual Paulo de Tarso Sanseverino afirma que *"busca colocar o lesado, na medida do possível, em uma situação equivalente à que se encontrava antes de ocorrer o fato danoso."*²⁰⁰

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ Art. 811.º, 2, do Código Civil Português: "O estabelecimento da cláusula penal obsta a que o credor exija indemnização pelo dano excedente, salvo se outra for a convenção das partes."

¹⁹⁸ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das Obrigações**. 12ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, p. 798.

¹⁹⁹ PINTO MONTEIRO, António. **Cláusula Penal e Indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, pp. 703/704.

²⁰⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da Reparação Integral: Indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48.

No que toca à expressão "convencionada pelas partes" constante no parágrafo único do art. 416 do CC, cabe fazer uma análise sobre a importância da intenção das partes ao estipularem a cláusula penal no momento da contratação.

Na omissão ou ambiguidade dos termos ajustados, cabe ao juiz valer-se de todos os meios, a começar pela vontade das partes, para, das circunstâncias, inferir e proclamar, nos casos duvidosos, a natureza da pena.²⁰¹ Nesse passo, verifica-se fundamental a atenção às concretas circunstâncias do negócio.²⁰²

Sobre a importância da intenção das partes no momento de se estipular a cláusula penal, destaca Pinto-Monteiro:

Haverá que apurar, antes de tudo, por *interpretação* da referida cláusula, *qual o dano que as partes quiseram antecipadamente liquidar*. Em relação a esse dano, o credor não poderá exigir outra indemnização, para além ou em vez daquela cujo montante foi determinado, e que a pena representa. (...) Trata-se, assim para concluir, de uma questão de ordem essencialmente interpretativa, ou seja, de determinar o sentido e o alcance exactos da cláusula penal.²⁰³

Nesse sentido, oportuno destacar que a compatibilização entre o poder de autodeterminação das partes e a necessidade de se evitar o exercício abusivo da posição assumida pelo credor da obrigação assegurada pela cláusula penal só é possível no momento em que a intervenção judicial opera sobre uma base concreta, em que se vislumbra se o objetivo visado entre as partes era o de infligir uma sanção ou de reparar os danos.²⁰⁴

A respeito da importância da intenção das partes, Martins-Costa sintetiza do seguinte modo:

Da conjugação entre as distintas finalidades, funções, espécies, modalidades e consequências jurídicas da cláusula penal resulta consistir a cláusula penal numa *figura complexa*, verdadeiramente multifuncional, motivo pelo qual deve o julgador, antes de aplicar qualquer das regras legais incidentes à cláusula penal, apurar o escopo ou finalidade buscada pelo contraentes com a estipulação da pena, a fim de *qualificar a espécie acordada* pelas partes, cabendo registrar que a designação dada pelo contraentes conquanto indiciária, nem sempre é rigorosamente indicativa da finalidade. O decisivo

²⁰¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, volume II**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, pp. 134/135.

²⁰² NERY JÚNIOR, Nelson. **Cláusula Penal - Multa Compensatória que não pode ser tida como Moratória**. Soluções Práticas de Direito, vol. 1/2014, p. 751/765, setembro/2014, p. 756.

²⁰³ PINTO MONTEIRO, António. **Cláusula Penal e Indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, pp. 714/715.

²⁰⁴ TAVARES, Fernanda Girardi. **Redução da Cláusula Penal: uma releitura baseada no perfil funcional**, 2008, p. 145.

será o exame do conteúdo da cláusula, cabendo averiguar se as partes pactuaram ser a soma devida mesmo na ausência de qualquer dano; o tipo de obrigação que sanciona; os interesses em jogo; os usos habitualmente seguidos no segmento do mercado em que pactuado o contrato considerado; a relação entre o valor da pena e os danos previsíveis, e todas as demais circunstâncias aptas a esclarecer a sua finalidade.²⁰⁵

Nelson Rosenvald converge para esse entendimento, ao afirmar que a intenção dos contratantes é fundamental para lhe atribuir os efeitos práticos, conforme a finalidade que seja atribuída à cláusula penal.²⁰⁶

Portanto, verifica-se que, enquanto o *caput* do art. 416 do CC refere-se à função coercitiva da cláusula penal, o seu parágrafo único relaciona-se à função de prefixação de perdas e danos.

Ainda sobre o disposto no parágrafo único do art. 416 do CC, observa-se ser de suma importância a intenção das partes ao estipular a cláusula penal, pois é através dela que se analisa a possibilidade de cumulação com indenização suplementar.

2.2.2 Cláusula Penal e Lucros Cessantes

Destaca-se que, conforme já mencionado anteriormente, a discussão sobre a possibilidade de cumulação de cláusula penal e lucros cessantes encontra-se em discussão no STJ, através dos ProAfR no REsp 1.498.484/SC²⁰⁷ e ProAfR no REsp 1.635.428/DF²⁰⁸.

Nos recursos analisados, que já se encontram conclusos para decisão pelo Ministro Relator Luis Felipe Salomão, há o debate sobre a possibilidade de cumulação de cláusula penal com lucros cessantes nos casos de inadimplemento do vendedor em virtude do atraso na entrega de imóvel em construção objeto de contrato ou promessa de compra e venda.

²⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. Cit.*, pp. 625/626.

²⁰⁶ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 84.

²⁰⁷ ProAfR no REsp 1.498.484/SC. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 26/04/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1593675&nun_registro=201403066349&data=20170503&formato=PDF> – acesso em 05/04/2018, às 22:30.

²⁰⁸ ProAfR no REsp 1.635.428/DF. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 26/04/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1595450&nun_registro=201602850005&data=20170503&formato=PDF> – acesso em 05/04/2018, às 22:31.

Em ambos os casos houve decisão de que não seria possível a cumulação de cláusula penal com lucros cessantes, à medida que se entendeu como compensatória a multa referente ao atraso na obra.

O argumento utilizado seria de que a multa estipulada em questão visa compor os danos suportados pelo adquirente do bem, aí incluído o aluguel mensal que poderia estar aferindo, caso o promitente comprador estivesse na posse do imóvel.

Dessa maneira, entende-se que seria inviável a cumulação pelo fato da cláusula penal e os lucros cessantes, nos casos em tela, serem da mesma modalidade, qual seja, compensatória, com ambas abrangendo as perdas e danos.

Todavia, verifica-se divergência nesse entendimento, conforme se observa, a título exemplificativo, no Resp 1.642.314/SE²⁰⁹, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

Nesse julgado, também envolvendo atraso na entrega de imóvel, houve decisão no sentido de poder haver a cumulação de cláusula penal com lucros cessantes.

Isso porque houve o entendimento de que a multa em questão firmada pelas partes seria moratória, uma vez que se refere a atraso, não contendo em seu bojo qualquer fixação de perdas e danos, sendo, dessa maneira, de modalidade distinta da dos lucros cessantes.

Para uma melhor análise dessa questão, faz-se necessário relembrar as duas visões que há sobre a natureza jurídica da cláusula penal.

Nesse sentido, cabe destacar que há a tese da natureza híbrida, que é a visão tradicional e na qual, conforme já visto, a cláusula penal é destinada, a um só tempo, a estimular o devedor ao cumprimento e a liquidar antecipada e convencionalmente o dano.

Ademais, há a tese da duplicidade de espécies, em que há uma diferenciação da cláusula penal com escopo coercitivo de uma com a finalidade de pré-fixar o montante da indenização.

Verifica-se no direito brasileiro, conforme se observa da análise dos julgados, um predomínio da visão tradicional da cláusula penal, fazendo com que a cláusula penal tenha uma função dupla e gerando, dessa forma, uma maior discussão a respeito de sua finalidade.

²⁰⁹ REsp 1.642.314/SE. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 16/03/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1582382&num_registro=201602513782&data=20170322&formato=PDF> – acesso em 05/04/2018, às 22:30.

Com efeito, se fosse aplicada a visão da duplicidade das espécies, com uma cláusula de pré-fixação de danos, sequer haveria a discussão sobre a possibilidade de cumulação com lucros cessantes, uma vez que as partes, ao firmarem o contrato, teriam, expressamente, estabelecido previamente o montante indenizatório a ser ressarcido em caso de descumprimento por parte do devedor.

Só haveria a possibilidade de cumulação com lucros cessantes se as partes tivessem convencionado sobre a possibilidade de haver prejuízo excedente ao previsto na cláusula penal, competindo ao credor a sua comprovação, nos termos do art. 416, parágrafo único, do CC.

A esse respeito, importante destacar que a cláusula de prévia estipulação do quantitativo de perdas e danos é considerada uma modalidade da cláusula penal em sentido amplo.²¹⁰

No que tange ao modelo unitário em predomínio, Pinto Monteiro destaca que, independente da intenção das partes, a pena seria sempre uma indenização predeterminada, não sendo relevantes, dessa forma, a finalidade pretendida pelos contratantes, uma vez que não conduzia a uma diferenciada qualificação da figura da cláusula penal.²¹¹

A esse respeito, ainda, ensina Jorge Cesa:

(...) a intenção das partes em relação à cláusula penal assume um papel, em certa medida, secundário, pois ela não será decisiva para se traçar o perfil da cláusula delineada para o caso concreto. Fosse a intenção das partes mais voltada à imposição de uma pena ou fosse ela mais dirigida à quantificação antecipada dos danos, o instituto manteria a sua unicidade em face das suas funções, de sorte que a coação ou a pré-liquidação ocorreriam do mesmo modo. Somente a *posteriori*, quando do inadimplemento, é que se tornaria possível identificar, a partir da relação entre o prejuízo efetivo e o disposto na cláusula penal, se o efeito coercitivo fora mais ou menos intenso do que o efeito pré-liquidatório.²¹²

Ainda sobre o modelo unitário, Nelson Rosenvald destaca ser empobrecedor e asfixiante, uma vez que encerra as várias possibilidades que a autonomia negocial possa imprimir à cláusula penal.²¹³

²¹⁰ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 110.

²¹¹ PINTO MONTEIRO, António. **Cláusula Penal e Indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 497.

²¹² FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 238.

²¹³ ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit.*, p. 298/299.

Nelson Rosenvald destaca também que, na tese da dualidade das espécies, a cláusula penal *stricto sensu* e a de prefixação de perdas e danos não se confundem em um só conceito com nomes distintos, sendo relevantes as distinções entre os modelos jurídicos, com eficácias jurídicas diferenciadas.²¹⁴

Acrescenta que "*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.*"²¹⁵

Destaca ser essencial a busca, em cada caso concreto, da qualidade pela qual a cláusula penal foi estipulada, através da interpretação, em que se determina o alcance e o sentido da atuação dos particulares.²¹⁶

Todavia, aplica-se no direito a visão tradicional, conforme visto pela análise dos julgados, bem como afirmado por Jose Cesa, ao declarar que a visão de um instituto unitário com função dúplice corresponde à visão tradicional prevalente entre as doutrinas voltadas ao ordenamento da família romano-germânica e, por conseguinte, da doutrina brasileira.²¹⁷

Dessa forma, tendo em vista o predomínio da visão tradicional, a discussão sobre a possibilidade de cumulação de cláusula penal com lucros cessantes consiste em verificar se a cláusula seria moratória ou compensatória. Conforme já visto anteriormente, a cláusula penal moratória, por ter como finalidade coagir o devedor a prestar a obrigação, aceita cumulação.

Por outro lado, a compensatória, que se substitui à obrigação principal e é utilizada quando as partes têm por objetivo prefixar as perdas e danos, não aceita a cumulação.

Como já observado, a distinção entre cláusula penal moratória e compensatória é feita através da intenção que as partes tinham ao firmarem o contrato.

Conforme ensina Nelson Rosenvald, a cláusula penal compensatória estabelece a indenização facultada ao credor pelo descumprimento da obrigação principal, enquanto que a moratória objetiva apenas a reparação pelo dano decorrente da mora.²¹⁸

Se a intenção das partes for exigir a cobrança da pena, em conjunto com a cobrança prevista, a cláusula penal é moratória. Se, todavia, a intenção das partes for

²¹⁴ *Ibidem*, p. 112.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 113.

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Op. Cit.*, p. 238.

²¹⁸ ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit.*, p. 298.

pela opção do credor entre exigir a cláusula ou a prestação original, a cláusula penal é compensatória.

Dessa maneira, a discussão que trata os Recursos Afetados no STJ analisados está em saber se a cláusula convencionada entre as partes seria moratória ou compensatória.

Para isso, deve-se observar se a intenção das partes ao estipular a cláusula penal foi no intuito de prefixar perdas e danos em caso de descumprimento (compensatória) ou, por outro lado, se foi estabelecida para coagir o devedor e evitar o atraso na obra (moratória).

A cumulação só será possível caso se verifique que a cláusula pactuada for de natureza moratória, nos termos do art. 411, do CC.

Cabe destacar, todavia, que, se a cláusula penal for compensatória, ainda assim poderá haver cumulação, desde que convencionado entre as partes, nos termos do art. 416, parágrafo único, do CC.

Se for concluído que a cláusula é moratória, ou compensatória, mas convencionada entre as partes a possibilidade de se exigir indenização suplementar, nos termos do art. 416, parágrafo único, do CC, ainda assim, para que exista a possibilidade de cumulação da pena com lucros cessantes, é necessário verificar a existência dos mesmos.

Nesse sentido, conforme já observado, para a ocorrência de lucros cessantes, deve existir prova da ocorrência de dano segundo padrões objetivos, além de estar de acordo com o princípio da razoabilidade, com a restituição sendo necessária, proporcional e adequada.

Além disso, faz-se necessário que os danos que geraram os prejuízos devem ser diretos e imediatos, decorrendo diretamente da atuação do agente e de maneira que seja possível afirmar que sem tal causa o evento danoso não teria ocorrido.

Ainda, faz-se necessário haver o preenchimento das condições da responsabilidade civil, quais seja, a conduta antijurídica, o nexo de causalidade e o dano.

Portanto, para que haja a possibilidade de cumulação de cláusula penal com lucros cessantes, deve-se analisar, primeiramente, qual visão de modelo de cláusula penal que está sendo adotada, ou seja, se é a visão híbrida ou da duplicidade das espécies.

Se estiver sendo adotada a tese da duplicidade das espécies, não há que falar em cumulação, uma vez que já estão prefixados os danos em cláusula expressa de fixação de perdas e danos.

Nesse sentido, só poderia haver cumulação, nesse caso, se tivesse sido expressamente convencionado pelas partes, nos termos do art. 416, parágrafo único, do CC.

Por outro lado, se estiver sendo utilizada a visão tradicional, que é a que predomina no direito brasileiro e utilizada na jurisprudência atual, conforme visto, deve-se ver se as partes tiveram a intenção de estipular a cláusula moratória ou compensatória.

Só é possível haver a cumulação se as partes tiveram a intenção de estabelecer cláusula moratória.

Por fim, para haver a cumulação com os lucros cessantes, é necessário observar a existência dos mesmos, através das condições citadas anteriormente, quais sejam: a existência de comprovação, bem como estar em conformidade com o princípio da razoabilidade.

Além dos danos terem sido diretos e imediatos, deve haver o preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil, quais sejam, a conduta antijurídica, o nexo de causalidade e o dano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto, a cláusula penal, de fato, configura-se numa figura bastante complexa. Nesse sentido, verifica-se que a pena tem de ser expressa e imposta pelos próprios contratantes, além de ser acessória à obrigação principal, sendo nula se a obrigação principal assim for.

Ainda, tem-se como requisito para incorrer em cláusula penal, além do descumprimento do devedor, a existência de culpa.

Verifica-se também que o objeto da pena não precisa ser necessariamente dinheiro, além da cláusula penal poder se referir à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou à mora.

Ademais, percebe-se que o valor da cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal, podendo, ainda, haver redução em caso de ser manifestamente excessiva, como, por exemplo, quando se verifica o cumprimento parcial das prestações.

Ainda, observa-se que, a fim de garantir a ordem pública e a tutela do contratante hipossuficiente, a legislação impõe limites à pena, como, por exemplo, nas relações de consumo, em que o valor da cláusula penal não pode exceder 2% do valor da dívida.

Diante dessa complexidade no que se refere à pena, o objeto da pesquisa, qual seja, se é possível a cumulação de cláusula penal com lucros cessantes, apresenta mais de uma resposta, a depender de qual tese foi utilizada e, principalmente, qual foi a intenção das partes ao estipularem a cláusula.

A fim de se ter uma melhor compreensão acerca do tema, observa-se ser de suma importância a análise feita da origem da cláusula penal no Direito Romano, em que se observa que a *stipulatio poeane* teve, originalmente, uma função sancionatória, servindo como medida de pressão sobre o devedor, com o objetivo de reforçar o cumprimento da obrigação.

A função indenizatória da cláusula penal só surgiu efetivamente durante o período da Idade Média, com os canonistas, com o objetivo de iludir a proibição de empréstimos e juros.

Tal função indenizatória foi assentada na era das codificações, com destaque para o Código Civil francês.

Ainda, observa-se que há duas visões sobre a natureza jurídica da cláusula penal: por um lado, a de natureza híbrida, que é a visão tradicional e na qual a cláusula penal é destinada, a um só tempo, a estimular o devedor ao cumprimento e a liquidar antecipada e convencionalmente o dano.

Por outro lado, há a tese da duplicidade de espécies, em que existe uma diferenciação da cláusula penal com escopo coercitivo de uma com a finalidade de pré-fixar o montante da indenização.

Através dessa diferenciação, tal tese busca resgatar o conceito da cláusula penal *stricto sensu* originariamente previsto no Direito Romano, que previa uma função tão somente coercitiva.

Sobre a possibilidade de cumulação de cláusula penal com lucros cessantes, e tendo como análise os Recursos Repetitivos que tratam sobre o tema, verifica-se que a melhor solução para o deslinde dessa questão é a aplicação da tese da duplicidade das espécies.

Nesse sentido, caso fosse aplicada essa visão, com uma cláusula de pré-fixação de danos, sequer haveria a discussão sobre a possibilidade de cumulação com lucros cessantes.

Isso porque, nesse cenário, as partes, ao celebrarem o contrato, teriam, de maneira expressa, firmado previamente o montante indenizatório a ser ressarcido caso houvesse descumprimento por parte do devedor, afastando, dessa maneira, a discussão objeto da pesquisa.

Assim, só poder haver a possibilidade de cumulação com lucros cessantes caso as partes tivessem convencionado sobre a possibilidade de haver prejuízo excedente ao previsto na cláusula penal, competindo ao credor a sua comprovação, nos termos do art. 416, parágrafo único, do CC.

Todavia, observa-se no direito brasileiro ainda um predomínio da visão tradição da cláusula penal.

Dessa forma, tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem que a cláusula penal teria um modelo unitário, ao mesmo tempo fixando os danos e servindo como coerção.

Assim, aplicando-se a visão tradicional, a discussão consiste em saber se a cláusula seria compensatória ou moratória.

Nesse sentido, por um lado, a cláusula compensatória estabelece a indenização facultada ao credor pelo descumprimento da obrigação (relacionada, portanto, ao art. 410 do CC).

Por outro lado, a moratória objetiva apenas a reparação pelo dano decorrente da mora (relaciona-se com o art. 411 do CC).

Observa-se ainda que a distinção entre cláusula penal moratória e cláusula penal compensatória é realizada pela intenção que as partes tinham quando estipularam a pena.

Dessa maneira, se a intenção das partes, ao estipularem a cláusula penal, for exigir a cobrança da pena, conjuntamente com a cobrança prevista, a cláusula penal é moratória.

Se, entretanto, a intenção das partes for pela opção do credor entre exigir a cláusula penal estipulada ou entre a prestação original, a cláusula penal é compensatória.

A cumulação, dessa forma, só será possível na hipótese de a cláusula pactuada ser de natureza moratória ou, se for compensatória, caso seja convencionado entre as partes a possibilidade de indenização suplementar, nos termos do art. 416, parágrafo único, do CC.

Ainda assim, caso seja concluído que a cláusula é de natureza moratória, ou compensatória, mas convencionada entre as partes a possibilidade de se exigir indenização suplementar, conforme disposto no art. 416, parágrafo único, do CC, para que haja a possibilidade de cumulação com lucros cessantes, é necessário verificar a existência dos mesmos.

Nessa esteira, para que haja lucros cessantes, deve existir prova da ocorrência de dano segundo padrões objetivos, além de estar em conformidade com o princípio da razoabilidade.

Nesse passo, a restituição dos danos deve ser necessária, proporcional e adequada.

Ainda, os danos que geraram os prejuízos devem ser diretos e imediatos, decorrendo diretamente da atuação do agente, bem como deve haver o preenchimento das condições da responsabilidade civil, quais sejam, dano, conduta antijurídica e nexo de causalidade.

Portanto, para que haja a possibilidade de cumulação de cláusula penal com lucros cessantes, observa-se ser de fundamental importância a intenção das partes ao estabelecerem a pena no contrato.

Nesse sentido, deve-se levar em conta qual a função que elas visavam ao estipular a pena, ou seja, se ela foi feita prefixando as perdas e danos ou para funcionar de forma coercitiva.

Ainda, é necessário verificar qual tese da cláusula penal as partes estão utilizando, se a híbrida ou a da duplicidade das espécies, bem como se a cláusula penal estabelecida é de natureza compensatória ou moratória; e, caso seja compensatória, se foi convencionada a possibilidade de exigir, no termos do art. 416, parágrafo único, do CC, indenização suplementar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das Obrigações**. 12ª ed., Coimbra: Almedina, 2011.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set. 1990.

_____. STF. **Acórdão em Recurso Extraordinário nº 130.764/PR**. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 07/08/1992. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207632>> – acesso em 01º/05/2018, às 10:10.

_____. STJ. **Acórdão em Agravo Regimental no Agravo ao Recurso Especial nº 414.734 /RJ**. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 08/05/2014. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1313644&num_registro=201303526980&data=20140508&formato=PDF> – acesso em 13/05/2018, às 19:00.

_____. STJ. **Acórdão em Proposta de Afetação no Recurso Especial nº 1.498.484/SC**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 26/04/2017. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1593675&num_registro=201403066349&data=20170503&formato=PDF> – acesso em 05/04/2018, às 22:30.

_____. STJ. **Acórdão em Proposta de Afetação no Recurso Especial nº 1.635.428/DF**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 26/04/2017. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1595450&num_registro=201602850005&data=20170503&formato=PDF> – acesso em 05/04/2018, às 22:31.

_____. STJ. **Acórdão em Recurso Especial nº 1.642.314/SE**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 16/03/2017. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1582382&num_registro=201602513782&data=20170322&formato=PDF> – acesso em 05/04/2018, às 22:30.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12^a ed. Atlas: São Paulo, 2015.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRIANI, Carlos Alberto. **Da Cláusula Penal**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 55/2012, p. 133/165, Jan - Mar / 2012.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MATTIA, Fábio Maria de. **Cláusula Penal Pura e Cláusula Penal Não Pura**. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, vol. 2, pp. 1.117/1150, junho/2011.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações – 2ª Parte**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Cláusula Penal - Multa Compensatória que não pode ser tida como Moratória**. Soluções Práticas de Direito, vol. 1/2014, pp. 751/765, setembro/2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, volume II**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

PINTO MONTEIRO, António. **Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor in Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro n° 25.

_____. **Cláusula Penal e Indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, tomo XXII, 1971.

_____. **Tratado de Direito Privado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, tomo XXVI, 1971.

PORTUGAL. Decreto Lei n° 47344/66, de 22 de novembro de 1966. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação. **Diário do Governo n.º 274/1966**. Lisboa, 25 nov. 1966.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Parte Geral das Obrigações**. Volume 2. 30ª ed. Saraiva: São Paulo, 2002.

ROSENVOLD, Nelson. **Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da Reparação Integral: Indenização no Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2011.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil: obrigações em geral, volume II.** 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

STJ. Repetitivos definirão possibilidade de cumular lucros cessantes com cláusula penal em atraso na entrega de imóvel. Disponível em:

<[TAVARES, Fernanda Girardi. **Redução da Cláusula Penal: uma releitura baseada no perfil funcional,** 2008.](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Repetitivos-definir%C3%A3o-possibilidade-de-cumular-lucros-cessantes-com-cl%C3%A1usula-penal-em-atraso-na-entrega-de-im%C3%B3vel.> – acesso em 01º/04/2018, às 20:05.</p></div><div data-bbox=)

WALD, Arnoldo. **Direito Civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos,** 2. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.