

# LIMITES À CUMULAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL COM OUTROS INSTITUTOS DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

LIMITS TO THE CUMULATION OF THE PENALTY CLAUSE WITH OTHER CONTRACTUAL LIABILITY DOCTRINES

*Barbara Veltri Filgueiras Teixeira\**

## Resumo:

O estudo pretende explorar os critérios para limitação da incidência e cumulação da cláusula penal com outros institutos inseridos no gênero de acordos sobre a responsabilidade civil contratual. Para tal, primeiramente serão examinadas as regras específicas do Código Civil sobre o instituto, que estabelecem suas modalidades substitutiva e cumulativa. A seguir, serão analisadas as construções sistemáticas da doutrina e da jurisprudência, que majoritariamente sobrepoem tais modalidades com as possíveis funções, indenizatória e punitiva, que podem ser atribuídas à cláusula penal. Neste ponto, pretende-se esclarecer que a função e a modalidade da cláusula penal podem ser aferidas de forma apartada. A partir dessa noção, será explorada a incidência de cláusulas gerais capazes de limitar a cumulação da cláusula penal com outras penalidades e remédios indenizatórios e restitatórios, depurando seus elementos essenciais a partir da análise de entendimentos jurisprudenciais e doutrinários considerados imprecisos. Em conclusão, pretende-se demonstrar, com apoio em exemplos de casos práticos, que cláusulas penais de regime cumulativo podem ter natureza tanto punitiva como indenizatória, o que influencia os limites de sua eficácia em virtude da incidência das cláusulas gerais da vedação ao *bis in idem* e ao enriquecimento sem causa.

Palavras-chave: Cláusula penal. Responsabilidade contratual. Contratos. Inadimplemento das obrigações.

## Abstract:

The study intends to explore the criteria for limiting the incidence and cumulation of the penalty clause with other types of agreements regarding contractual civil liability. To this end, we will first examine the specific rules about penalty clauses in the Civil Code, which foresees its modalities as substitutive or cumulative. Then we will analyze doctrinal and case law understandings, which mostly overlap such modalities with the potential functions that can be attributed to the penalty clause, that are compensatory and punitive. At this point, we intend to clarify the possibility of separately assessing the modality of the penalty clause and its function. Based on this idea, we will explore the incidence of general clauses on the limitation for joint implementation of penalty clauses and other penalties, compensation, and restitution remedies, clarifying its essential elements from the analysis of case law and doctrinal understandings that are considered imprecise. In conclusion, we intend to demonstrate, based on examples of practical cases, that penalty clauses

---

\* Barbara Veltri Filgueiras Teixeira. Graduada e mestranda em Direito na Universidade de São Paulo. Pós-graduada em Contratos Empresariais pela FGV-SP. Advogada.

that are cumulative with the execution of the obligation can have both punitive or compensatory nature, which influences the limits of their effectiveness due to the incidence of the general clauses that prohibits *bis in idem* and unjust enrichment.

Keywords: Penalty clause. Contractual liability. Contracts. Default of obligations.

## 1. Noções Introdutórias

A cláusula penal é espécie no gênero de acordos sobre a responsabilidade civil contratual, se inserindo entre as práticas comerciais que buscam reduzir os riscos relacionados ao inadimplemento (SEABRA, 2020, p. 11). Trata-se de pacto acessório, sempre originado por convenção das partes em negócio jurídico e exigível apenas em caso de inadimplemento imputável (PEREIRA, 2020, p. 141). Em virtude de seu primeiro pressuposto, a liberdade contratual, o estudo da cláusula penal é indissociável da análise dos limites do negócio jurídico, bem como de seus fatores de eficácia (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2010, p. 71).

Observando as especificidades da cláusula penal e, principalmente, suas potenciais funções, o objetivo do presente estudo é investigar como regras específicas, cláusulas gerais, construção doutrinária e entendimentos jurisprudenciais contribuam para traçar possíveis critérios para limitação da incidência da cláusula penal e aferição da possibilidade de sua cumulação com outras figuras afins.

Não há exigência legal quanto à forma ou ao emprego de expressões específicas para estabelecimento da modalidade e/ou função da cláusula penal, que devem ser apuradas com fundamento na intenção das partes contratantes. Assim, a análise das concessões e acomodações realizadas pelas partes para sua estipulação, tendo em vista a quantificação e alocação dos riscos do negócio (BERGER, 2019, p. 91), será extremamente importante para a análise das possibilidades de sua cumulação com outros institutos da responsabilidade civil.

Nesse contexto, a judicialização envolvendo a cláusula penal se concentra basicamente nas discussões acerca da correta apuração da intenção das partes quando de sua fixação (SEABRA, 2020, p. 24). De um lado, é comum que haja confusão em relação a outras figuras tipificadas de delimitação da responsabilidade civil enquanto, de outro, por vezes nem mesmo as partes sabem ao certo qual a função pretendida em sua negociação.

No presente estudo, não seguiremos as denominações tradicionalmente adotadas pela doutrina majoritária, que divide as cláusulas penais entre compensatórias e moratórias (PEREIRA, 2020, p. 143). De maneira diversa, seguiremos os termos expressos na legislação, sem adentrar, em um primeiro momento, o juízo quanto à possível função de cada modalidade de cláusula (SEABRA, 2020, p. 24).

A primeira modalidade de cláusula penal é a que substitui a indenização das perdas e danos decorrentes do inadimplemento e abrange os cenários de impossibilidade ou inutilidade de cumprimento da obrigação. Nos termos do art. 410 do Código Civil, esta cláusula penal, aqui referida como substitutiva, será pactuada para o “*total inadimplemento da obrigação*” e sua consequência será a conversão em “*alternativa a benefício do credor*” que, em face do descumprimento, poderá optar pela execução *in natura* ou pela cláusula penal (NANNI, 2021, p. 392). Trata-se do remédio, portanto, para o inadimplemento definitivo. Evidentemente, não haverá alternativa no caso de impossibilidade de cumprimento da obrigação: não podendo perseguir o cumprimento específico, a única opção para o credor será receber a cláusula penal.

Destaque-se que a cláusula penal substitutiva não constitui obrigação alternativa, tendo em vista que é o credor que poderá optar por sua execução, sendo o inadimplemento imputável pressuposto de sua exigibilidade (ROSENVALD, 2020, p. 43). O devedor, por sua vez, estará vinculado a uma única prestação, sendo certo que não poderá optar pelo pagamento da cláusula penal para liberar-se da obrigação pactuada (NANNI, 2021, p. 392).

A segunda modalidade de cláusula penal estabelecida no Código Civil é a que admite que seu pagamento seja exigido em conjunto com a execução da obrigação em caso de inadimplemento relativo. Esta modalidade, aqui referida como cláusula penal cumulativa, é pactuada adicionalmente à obrigação, não representando uma forma de substituir eventuais perdas e danos ocasionados pelo inadimplemento absoluto. Nos termos do art. 411 do Código Civil, pode ser pactuada “*para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada*”.

### 1.1. Funções da cláusula penal

A cláusula penal pode ter como uma de suas funções a liquidação antecipada de danos para o caso de descumprimento contratual imputável ao devedor. Além disso, pode ter função sancionatória, que pretende atribuir reforço do compromisso assumido pelo devedor, que se obriga por mais um vínculo a satisfazer a prestação, sem que seu valor considere uma estimativa dos potenciais danos causados pelo descumprimento.

É comum, na doutrina e na jurisprudência, que se pretenda justificar a distinção estabelecida no Código Civil com a vinculação de cada uma das modalidades de cláusula a uma função: a cláusula cumulativa seria punitiva, enquanto a substitutiva teria natureza indenizatória (GOMES, 2019, p. 151; VENOSA, 2019, p. 405; TEPEDINO, 2020, p. 382). Debate-se ainda se haveria uma função central e outra acidental para o instituto (PEREIRA, 2020, p. 138; SILVA, 2007, p. 241), ou se poderiam estar presentes

as duas funções concomitantemente (RODRIGUES, 2002, p. 263), sem que se possa vislumbrar consenso doutrinário a respeito.

Para a finalidade do presente trabalho, mostra-se irrelevante buscar definir qual função é preponderante. Por outro lado, mostra-se central observar que o reconhecimento da cumulatividade da cláusula penal não necessariamente impõe sua função punitiva (MARTINS-COSTA, 2009, p. 610; SEABRA, 2020, p. 96).

Para a cláusula penal substitutiva, aplicável na hipótese de inadimplemento absoluto, é verificável a função de prefixação dos danos decorrentes do descumprimento tendo em vista que, optando pela cláusula penal, não poderá o credor exigir nada mais, e esta servirá como compensação pelos prejuízos sofridos, admitindo-se a indenização suplementar apenas no caso de disposição expressa. Por isso, a denominação corriqueira da cláusula penal substitutiva na prática jurídica é cláusula penal compensatória (CASSETARI, 2017, p. 68).

Por outro lado, para a cláusula penal cumulativa, aplicável em caso de mora ou descumprimento de cláusula especial, largamente referida como moratória, há o entendimento de que, por não ter o condão de substituir a obrigação ou as perdas e danos decorrentes em caso de inadimplemento, esta não teria função indenizatória, sendo-lhe associada principalmente a função sancionatória ou coercitiva, como punição pelo retardamento da obrigação ou forma de constranger o devedor ao adimplemento, sem interferência na responsabilidade civil correlata (GOMES, 2019, p. 151). Neste contexto, no caso de inadimplemento relativo, poderia o credor pleitear o cumprimento da obrigação, a cláusula penal, devida como forma de punição, e a indenização pelas perdas e danos decorrentes do cumprimento imperfeito (PEREIRA, 2020, p. 146).

Contudo, a atribuição de efeito exclusivamente punitivo à cláusula cumulativa se revela insuficiente. A despeito de significativa desconsideração da doutrina a este respeito, não há no ordenamento limitação inerente da função da cláusula com relação à sua modalidade ou a depender de sua denominação. Para afastamento de imprecisões na análise da possibilidade de cumulação da cláusula penal com outros institutos, mostra-se essencial reconhecer que a cláusula cumulativa pode ter função indenizatória, de prefixação da compensação pelos danos decorrentes de descumprimento de obrigação específica ou mora (SEABRA, 2020, p. 97).

O afastamento do potencial caráter indenizatório da pena fixada para a hipótese de inexecução relativa, que decorre da divisão clássica em cláusula compensatória com finalidade indenizatória (art. 410) e moratória com natureza sancionatória (art. 411), faz com que haja aparente incongruência das regras jurídicas aplicáveis quando seja fixada cláusula cumulativa com função indenizatória.

A imprecisão deste entendimento se revela de forma evidente no tratamento da cláusula penal fixada para a inexecução de cláusula especial, que reconhecidamente

pode ter caráter indenizatório. De forma inconsistente, em face da função indenizatória e a despeito de ser expressamente regida pelo art. 411 do Código Civil, parte da doutrina confere a este tipo de cláusula penal o título de compensatória, que, a rigor, se refere às cláusulas em que o regime legal aplicável é aquele do art. 410 (CASSETARI, 2017, p. 65; VENOSA, 2019, p. 406).

Apesar de referida incongruência, a imposição da prática forçou o reconhecimento de que a cláusula fixada em segurança de cláusula especial pode ter natureza indenizatória. Como observaremos no item 2.2, tal reconhecimento não alcançou a cláusula penal substitutiva fixada para a hipótese de mora.

Diante do exposto, conclui-se que, apesar de ser largamente utilizada a classificação de cláusulas penais entre moratórias e compensatórias, deve-se atentar à disciplina do Código Civil, que não considera a função da cláusula, mas sim se esta se refere ao inadimplemento definitivo ou relativo, seja hipótese de mora ou de dever específico. Ignorar que a cláusula fixada para a hipótese de inadimplemento relativo poderá ter natureza indenizatória tem potencial de acarretar efeitos práticos relevantes e alterar a expectativa das partes quanto à regulação da responsabilidade civil contratual.

Por isso, é a identificação da cláusula penal como substitutiva ou cumulativa que deve ensejar a atração das regras para o regime jurídico correspondente, enquanto sua função pode impor outras limitações relacionadas a regras gerais do ordenamento, como exploraremos a seguir.

## 2. Limites à cumulação da cláusula penal

Nos termos dos arts. 412 e 413 do Código Civil, a cláusula penal está sujeita a um duplo controle: a limitação de seu valor ao da obrigação principal e a possibilidade de sua redução equitativa. Trata-se, portanto, de uma limitação prévia e de uma intervenção *a posteriori* em caso de cumprimento parcial da obrigação ou excesso manifesto da penalidade.

Contudo, o controle dos limites da cláusula penal não diz respeito apenas à aferição da adequação de seu valor. A fixação da cláusula penal em negócios jurídicos deve observar ainda limitações relacionadas à possibilidade de sua cumulação com outras penalidades e remédios indenizatórios e restitutórios para garantir a executoriedade nos termos contratados.

Como passaremos a analisar no presente tópico, a quantificação de danos pode enfrentar grau significativo de indeterminação no caso de previsão de cumulação de cláusulas penais e outras regras que disponham sobre os efeitos do inadimplemento, principalmente considerando as dificuldades no estabelecimento de suas funções, como já

observado, e tendo em vista que os contornos das limitações dessas cumulações não são facilmente verificáveis a partir do disposto nas normas já exploradas.

## 2.1. Cláusulas gerais restritivas

Cláusulas gerais são normas jurídicas abertas, de cunho valorativo, que se dirigem a uma grande variedade de conteúdo sem que haja especificação descritiva dos elementos da hipótese legal específica de incidência e das consequências correlatas. Entre as cláusulas gerais existem aquelas de tipo restritivo, como as que limitam a liberdade contratual e/ou promovem o controle de seu conteúdo (MARTINS-COSTA, 2018, p. 145).

Estas normas, apesar de serem marcadas por vagueza que lhes é característica, são obrigatórias, interessando ao presente estudo observar sua aplicação no contexto específico da cumulação da cláusula penal com outras regras que regulam a responsabilidade civil contratual.

Primeiramente, faz-se necessário observar a vedação do *bis in idem*, que proíbe a dupla punição pelos mesmos fatos e fundamentos e se espalha por qualquer esfera que tenha natureza sancionadora. A regra tem sua origem no Direito Penal e tem o princípio da proporcionalidade como fonte de seu aspecto de direito material (COSTA, 2015, p. 79).

Apesar de se tratar de norma reconhecida pela jurisprudência e pela doutrina, não há base normativa específica no Direito nacional que a estabeleça e seu tratamento em tratados internacionais adotados pelo Brasil é heterogêneo, o que amplia a margem para debate quanto ao seu conteúdo e a dificuldade na fixação de critérios para identificação de sua ocorrência (MASCARENHAS, 2020, p. 17).

Para os fins do presente trabalho, é suficiente considerar a aceitação nos Tribunais brasileiros da aplicabilidade da vedação do *bis in idem* na determinação das consequências da responsabilidade civil, observadas as regras e princípios que são próprios a este sistema de índole eminentemente reparatória (CAVALIERI FILHO, 2021, p. 38). Nesse contexto, tal vedação significa a impossibilidade de se condenar a multas com a mesma finalidade, quando haja identidade de natureza e fundamento, bem como seja o mesmo bem jurídico tutelado, para que não ocorra a dupla penalização.

A vedação do *bis in idem* em matéria de responsabilidade civil, além de evitar a dupla penalização em observância ao princípio da proporcionalidade, tem a função de garantir a observância da segunda cláusula geral relevante para análise da possibilidade de cumulação de regras relacionadas à responsabilidade civil, que é a vedação ao enriquecimento sem causa, disposto no art. 884 do Código Civil.

Tal regra estabelece a ilicitude de uma parte sofrer acréscimo patrimonial em detrimento de outra sem causa jurídica (VENOSA, 2019, p. 783) e pode ser aferida

também considerando a proporção entre a indenização e a extensão do dano, prevista no art. 944, servindo para impedir que a responsabilidade civil seja desmesurada e dê causa para enriquecimento injustificado (SANSEVERINO, 2010, p. 58).

Sendo certo que a cláusula penal constitui forma de ajuste quanto aos efeitos da responsabilidade civil pelas partes e estabelece obrigação de pagamento de valor determinado no caso de descumprimento de obrigação específica, já exploramos as possibilidades de que estas cláusulas sejam cumulativas ou substitutivas.

Assim, a disciplina do Código Civil poderia indicar a existência de relativa objetividade na conceituação de cláusulas penais e, conseqüentemente, a possibilidade de cumulação entre tipos distintos de cláusula e entre as cláusulas cumulativas e outros tipos de acordo sobre a responsabilidade civil contratual sem que houvesse afronta às vedações ao *bis in idem* e ao enriquecimento sem causa.

Nesse sentido vai o entendimento de parte relevante da doutrina, que, utilizando as classificações tradicionais, entende pela possibilidade de cumulação de cláusula penal compensatória e moratória no mesmo negócio jurídico (CASSETARI, 2017, p. 71; GOMES, 2019, p. 151; VENOSA, 2020, p. 412).

Ocorre que, na prática, a análise da possibilidade de cumulação perpassa necessariamente pela análise mais aprofundada do objetivo de cada cláusula. Como exposto no item anterior, a distinção tradicional entre cláusulas penais em moratórias e compensatórias não é suficiente para o estabelecimento da intenção de sua estipulação, como tampouco são, muitas vezes, os termos utilizados pelas partes no contrato.

Isso porque, por decorrência lógica do exposto quanto às vedações ao *bis in idem* e ao enriquecimento sem causa, seria admissível apenas a cumulação entre normas com objetivos e/ou fatos geradores distintos (MASCARENHAS, 2020, p. 19).

Assim, verificado que determinada cláusula penal não interfere na responsabilidade civil que deflui naturalmente da prática de ato lesivo, nos termos do art. 944 do Código Civil, seria viável sua cumulação com outra que objetiva a reparação de dano, justamente por seus objetivos distintos.

A indeterminação sobre a possibilidade de cumulação e da quantificação da indenização decorre, portanto, da margem de incerteza que invariavelmente existe na apuração dos interesses e objetivos das partes no momento da pactuação e na aferição da possibilidade de coexistência entre estes interesses e outras regras contratuais relacionadas à responsabilidade civil que exijam a aplicação de regimes jurídicos próprios.

## 2.2. O desafio teórico na prática

Para melhor ilustrar a questão teórica que se propõe, examinaremos os argumentos e conclusões apresentadas na análise de recursos especiais repetitivos, que

deram origem ao Tema 970 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que estabeleceu a impossibilidade de cumulação da indenização por danos materiais com cláusula penal que estabeleça multa por atraso na entrega de imóvel em construção objeto de contrato ou promessa de compra e venda. O atraso e a multa correspondente não afastam obrigação de entrega do imóvel, tratando-se, portanto, de cláusula penal cumulativa. Contudo, a controvérsia residia em sua função.

Antes do acolhimento da afetação do recurso representativo de controvérsia ao rito dos recursos repetitivos (BRASIL, 2017b), o entendimento da Corte era pela possibilidade de cumulação da cobrança de lucros cessantes e da cláusula penal que estabelecesse as consequências da mora, justificando-se que tal cláusula seria moratória, em oposição à compensatória. Assim, enquanto esta última teria função indenizatória, a cláusula moratória não teria caráter de prefixação de danos, mas tão somente punição pela imperfeição no cumprimento, tendo em vista que ainda seria possível o adimplemento da obrigação (BRASIL, 2017a, 2016a, 2016b).

No recurso representativo da controvérsia, o recorrido, que pretendia que fosse mantido o reconhecimento da impossibilidade da cumulação da multa por atraso com indenização por perdas e danos, argumentava que deveria ser reconhecido o caráter indenizatório da cláusula, que foi fixada de forma semelhante ao que se consideraria para cálculo dos lucros cessantes decorrentes da não disponibilização do imóvel no prazo.<sup>1</sup>

Interessante observar que o fundamento utilizado para justificar a impossibilidade de tal cumulação se fundava no parágrafo único do art. 416 do Código Civil, que veda ao credor a exigência de indenização suplementar se assim não foi convencionado, aplicável às cláusulas substitutivas. Alegava-se que a função indenizatória, cujo reconhecimento se pretendia, exigiria a aplicação das regras atinentes às cláusulas penais compensatórias. Assim, a pena, apesar de ser cumulativa com relação a obrigação principal, deveria ser encarada como substitutiva em referência à cláusula que estabelecia o prazo da entrega, para a qual o atraso corresponderia a inadimplemento absoluto, mesmo que não substituída a obrigação principal. A ausência de previsão da possibilidade de indenização suplementar seria, portanto, um óbice para a cumulação com perdas e danos.

A argumentação nos parece problemática. Apesar de ser justificável a pretensão de que fosse reconhecida a natureza compensatória (no sentido de indenizatória) da cláusula, o desacerto está em atribuir-lhe a característica de substituição da obrigação, argumentando que nesse caso a obrigação substituída é a de indenizar por perdas e danos em caso de inadimplemento.

---

<sup>1</sup> Sobre o tema, cf. STJ. REsp n. 1.635.428-SC. Petição de contrarrazões do Recurso Especial. e-STJ fl. 373.



É verdade que é reconhecido o caráter eminentemente indenizatório das cláusulas substitutivas (TARTUCE, 2021, p. 284), mas isso não justifica a aplicação de sua disciplina a cláusulas cumulativas quando estas demonstrem função indenizatória. O art. 411 é claro ao dispor que a cláusula será cumulativa quando exigível juntamente com a obrigação principal ou fixada para descumprimento de cláusula específica, sendo imprecisa a aplicação de norma distinta por pretensa apuração da função da cláusula.

A Segunda Seção da Corte negou provimento ao recurso nos termos do voto do Ministro Relator e afastou a possibilidade de cumulação da cláusula com lucros cessantes. Em voto divergente, a Ministra Nancy Andrichi manifestou entendimento pela possibilidade de cumulação, reiterando os fundamentos dos entendimentos até então consolidado no STJ de que a cláusula moratória não compensa inadimplemento.

O fundamento do entendimento vencedor foi o reconhecimento da natureza eminentemente indenizatória da cláusula penal, independentemente de sua classificação, e que, portanto, sua cumulação com outra verba a título indenizatório resultaria em *bis in idem*:

(...) é consabido que a cláusula penal constitui pacto secundário acessório – uma condição – por meio do qual as partes determinam previamente uma multa (geralmente em pecúnia), consubstanciando indenização para o caso de inadimplemento absoluto ou de cláusula especial, hipótese em que se denomina cláusula penal compensatória. Ou ainda, como no presente caso, a cláusula penal pode ser estabelecida para prefixação de indenização por inadimplemento relativo (quando se mostrar útil o adimplemento, ainda que tardio, isto é, defeituoso), recebendo, assim, a denominação de cláusula penal moratória. (BRASIL, 2019).

Relevante observar, contudo, que se reconheceu a necessidade de que a cláusula penal moratória seja fixada “*em patamar razoável a indenização*” para que seja reconhecida sua natureza indenizatória e que “*diferente seria a hipótese em que uma cláusula penal moratória (...) se mostrasse insuficiente (...) ataindo a incidência do princípio da reparação integral, insculpido no art. 944 do CC*” (BRASIL, 2019).

As razões do Acórdão também nos parecem insuficientes. Isso porque se atribuiu função indenizatória para qualquer cláusula penal, mas, de forma contraditória, reconheceu-se que esta função pode estar ausente a depender da quantificação da indenização. Ora, evidente, portanto, que a função indenizatória não está sempre presente em qualquer cláusula, e que, dessa forma, não deve ser sua suposta prevalência que leve à avaliação sobre a possibilidade de cumulação, sendo necessária que a avaliação se faça caso a caso.

Na realidade, o que se reconheceu é que a cláusula penal cumulativa pode ostentar também natureza reparatória. Desvinculou-se o entendimento que toda

cláusula cumulativa (referida como moratória) seria naturalmente punitiva e reconheceu-se a existência da possibilidade de fixação de cláusula penal cumulativa com função indenizatória. Se vislumbrou, mesmo que de forma intrincada, que a cláusula penal cumulativa pode servir à indenização dos danos decorrentes de outra obrigação que não a principal, neste caso a indenização pelo atraso na possibilidade de fruição do imóvel.

### 2.3. Desconsideração da literalidade da cláusula

Como já explorado, grande parte dos litígios existentes em torno da aplicação e limitação da cláusula penal ocorrem em virtude de lacunas, falta de clareza quanto às intenções das partes ou utilização de expressões como compensatória, não compensatória ou moratória de forma imprecisa para o que as partes pretenderam declarar ou incompatível com sua finalidade.

Independentemente da nomenclatura adotada, a possibilidade e necessidade de investigação da real vontade das partes para aferição dos limites da cláusula penal é amplamente reconhecida (MARTINS-COSTA, 2009, p. 625). Contudo, como demonstrado, a investigação de se sua fixação ocorreu para mora ou para o inadimplemento absoluto não se mostra suficiente. Nesse sentido reconhece André Seabra (2020, p. 21):

Uma vez definido que se está diante de uma cláusula penal, surgem as dificuldades de identificação do regime pretendido, se substitutivo ou cumulativo e, neste caso, se cumulativo compensatório ou cumulativo punitivo. Além disso será determinante a consideração sobre as finalidades envolvidas na estipulação da cláusula penal.

Nesse contexto, surge a questão sobre a adequação de se desconsiderar a literalidade da cláusula em relações paritárias, em que se presume a cuidadosa e prévia qualificação da cláusula, fixada com o objetivo justamente de facilitar a definição das consequências do inadimplemento, e o interesse das partes que a questão não seja modificada pelo judiciário.

Isso porque enquanto a cláusula é fixada com o objetivo de aumentar as chances de adimplemento e fortalecer o vínculo contratual (MARTINS-COSTA, 2009, p. 626), a desconsideração de sua literalidade tem potencial de abrir margem para comportamentos oportunistas que supostamente pretendam a investigação da intenção da cláusula, mesmo quando a quantificação da indenização esteja suficientemente fixada e, conseqüentemente, causem insegurança jurídica e econômica em face do potencial de desconstituição dos planos restitutórios e indenizatórios entendidos como devidos pelas partes quando da pactuação.

Assim, para que não seja injustificadamente limitada a liberdade dos contratantes para estipularem sobre as consequências do inadimplemento, deve-se

observar a importância dos parâmetros orientativos da interpretação, colocando em primeiro plano a declaração negocial e a análise de suas circunstâncias e possíveis motivações, nos termos das regras dos arts. 112 e 113 do Código Civil, seguida pela adequada leitura e compatibilização das limitações impostas pelas normas específicas do instituto da cláusula penal e pelas cláusulas gerais aplicáveis.

Interessante observar, neste ponto, os contornos interpretativos inseridos pela Lei n. 13.874/2019, a Lei da Liberdade Econômica, especialmente com relação aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao negócio celebrado e a consideração da racionalidade econômica dos agentes quando da análise do sentido da cláusula por um terceiro. Como analisaremos a seguir, estes são fatores essenciais na apuração da finalidade das cláusulas.

Além disso, reconhecendo a dificuldade na interpretação e delimitação de sua modalidade e função, a doutrina e a jurisprudência passaram a reconhecer o valor da cláusula penal como um elemento de grande relevância para aferição de sua substitutividade ou cumulatividade (PEREIRA, 2020, p. 146; BRASIL, 2007). Considera-se que a cláusula fixada em valor próximo à obrigação principal indicaria que se trata de pena substitutiva, caso contrário, seria cumulativa (SALLES, 2014, p. 78).

Nesse sentido, o indicativo realmente pode ser útil, como ocorreu no caso analisado, que deu origem ao Tema 970 do STJ, em que se considerou que a indenização por lucros cessantes pelo atraso na entrega é normalmente fixada no valor de 0,5 a 1% do valor do imóvel. Sendo este o valor da cláusula penal, reconheceu-se que esta teria finalidade de compensar pelo inadimplemento desta obrigação específica, mesmo que não substitutiva da obrigação principal, tendo em vista que:

[...] habitualmente, nos contratos de promessa de compra e venda, há cláusula estabelecendo multa que varia de 0,5% a 1% do valor total do imóvel a cada mês de atraso, pois representa o aluguel que o imóvel alugado, normalmente, produziria ao locador. [...] a cláusula penal moratória avençada pelas partes prevê a incidência de multa no percentual de 0,5% do preço do imóvel (estabelecido no contrato) por mês de mora, razoável à reparação dos danos patrimoniais. (BRASIL, 2019).

Contudo, este critério não pode ser considerado de forma absoluta, considerando que não tem condão de demonstrar se a cláusula cumulativa foi estabelecida com a função de indenizar os danos decorrentes do inadimplemento para o qual se fixa ou se tem caráter meramente punitivo, distinção que, como já exposto, se mostra relevante para aferição da possibilidade de cumulação com os efeitos da responsabilidade civil e outros institutos da responsabilidade contratual. Ademais, tal indicativo também será insuficiente quando não for possível estimar o valor da obrigação.

## 2.4. Cumulação da cláusula penal com institutos da responsabilidade contratual

Considerando todo o exposto, passamos a explorar os efeitos das cláusulas gerais analisadas com relação às possibilidades de cumulação da cláusula penal com institutos da responsabilidade contratual, considerando a classificação que admite cláusulas penais de regime substitutivo ou cumulativo, reconhecendo-se que estas últimas podem ter natureza tanto punitiva quanto indenizatória.

O exame da função da cláusula para estabelecimento dos limites de sua eficácia está alinhado com a possibilidade de sujeição da mesma obrigação a duas cláusulas penais, uma cumulativa e uma substitutiva (SIMÃO, 2021, p. 294). Isso porque, mesmo que ambas tenham natureza indenizatória, o que se deverá analisar é qual o dever jurídico violado que deu origem à obrigação de indenizar, de forma a serem observadas as cláusulas gerais da vedação ao *bis in idem* e ao enriquecimento sem causa.

A cumulação entre cláusula penal e indenização por perdas e danos somente será viável no caso da cláusula penal cumulativa, tendo em vista que a cláusula penal substitutiva tem sempre função indenizatória. Como observamos na análise do Tema 970 do STJ, é possível a cumulação quando a cláusula penal cumulativa tiver natureza punitiva ou quando, mesmo que tenha natureza indenizatória, seja fixada para obrigação distinta, de forma que os fatos geradores sejam diversos.

Deve-se observar ainda a possibilidade de as partes estabelecerem as consequências do inadimplemento com outras redações, acreditando estarem adotando institutos diversos da cláusula penal. Contudo, presentes os requisitos, as partes podem acabar por estabelecer cláusula penal mesmo que a pactuem de forma diversa, o que levanta dúvidas sobre as consequências do inadimplemento, os contornos e a exigibilidade da penalidade.

Como observado, os pressupostos necessários para que uma estipulação seja enquadrada como uma cláusula penal, com a consequente subsunção às normas correspondentes do Código Civil, são (i) o exercício da liberdade de contratar; (ii) acessoriedade. Além disso, a cláusula penal somente entra em vigor quando presentes as condições de: (i) inadimplemento contratual imputável ao devedor; e (ii) impossibilidade do cumprimento da obrigação principal ou desinteresse do credor em persegui-la.

### 2.4.1. Cláusula de *take or pay*

Interessante notar, a título exemplificativo, o que ocorre na cláusula de *take or pay*, comum em contratos de longo prazo, que oferece opção ao usuário de usufruir do fornecimento de bens ou serviços ou efetuar o pagamento de um valor mínimo relativo a tais bens ou serviços a despeito de não os ter adquirido/usufruído. Portanto, são cláusulas

que estabelecem consumo mínimo e garantia de fluxo de caixa ao vendedor e fornecimento mínimo ao comprador (VIEIRA, 2020).

A controvérsia reside em apurar se tais cláusulas constituem espécie de cláusula penal, como remédio estabelecido por ato de vontade para prefixação dos danos devidos em caso de inadimplemento imputável, ou se seria obrigação alternativa ao devedor e corresponderia, portanto, à contraprestação devida pelo adquirente pela disponibilização de bens ou serviços (MEDEIROS, 2019; SEABRA, 2020, p. 84). Não há manifestação doutrinária ou jurisprudencial firmes a respeito, mas os argumentos utilizados são ilustrativos da relevância da distinção.

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP), há decisões que reconhecem a cláusula de consumo mínimo como uma compensação pela disponibilidade dos produtos, sendo, portanto, contraprestação e não cláusula penal, já que não há inadimplemento. Nesse caso, é reconhecida a possibilidade de cumulação de obrigações de *take or pay* com cláusulas penais, tanto na sua modalidade moratória (cumulativa) como compensatória (substitutiva), pois não haveria finalidade indenizatória na cláusula *take or pay* (SÃO PAULO, 2007, 2009, 2011).

Por outro lado, há julgados que entendem pela equiparação da cláusula de *take or pay* à cláusula penal compensatória (SÃO PAULO, 2021) e vedação de sua incidência cumulativa, que configuraria *bis in idem* por se referirem ao ressarcimento dos mesmos prejuízos decorrentes do inadimplemento (SÃO PAULO, 2019a, 2019b). Conforme este entendimento, ao fixar previamente os valores a serem pagos em caso de inadimplemento, se estaria diante de cláusula compensatória, a despeito de se tratar de inexecução que não acarreta, necessariamente, a resolução do contrato.

Entende-se adequado o reconhecimento da finalidade da cláusula que, ao estabelecer pagamento em caso de solicitação e não utilização de capacidade de serviços ou bens, é indenizatória, funcionando o pagamento como prévia estipulação de perdas e danos. Assim, em observância às cláusulas gerais de vedação do *bis in idem* e ao enriquecimento sem causa, subscrevemos ao entendimento que observa a impossibilidade de sua cumulação com cláusula penal substitutiva, que tem finalidade indenizatória.

#### 2.4.2. Cláusula penal às avessas

A cláusula penal pode ser encarada como uma penalidade ou, se vista da perspectiva inversa, sua não incidência corresponderia a um prêmio, como o caso em que se disponha que a realização da prestação em determinadas condições dá ao devedor vantagens, como um desconto, e o inadimplemento resultaria na perda de tal vantagem.

Tais regras, qualificadas como sanções premiais ou abono de pontualidade (MARTINS-COSTA, 2009, p. 633), são reconhecidas pela doutrina como espécies de

cláusula penal, já que a “perda” do direito ao desconto ou prêmio seria uma forma de se cobrar multa mascarando o valor da prestação e a data real de vencimento. Assim, caso previstas contratualmente, o valor efetivo da prestação deverá levar em conta o valor de tal desconto ou prêmio, enquanto este constituiria a cláusula penal (SIMÃO, 2009).

Segundo este entendimento, seria vedada a cumulação destas sanções premiais a outras cláusulas que estabeleçam a prefixação das perdas e danos pelo atraso no cumprimento da prestação (GONÇALVES, 2020, p. 451). Note-se que ao reconhecer a impossibilidade de cobrança conjunta, admite-se, uma vez mais, a possibilidade de cláusulas penais cumulativas com função indenizatória e a limitação, decorrente das cláusulas gerais, de sua cumulação com outras penalidades de função indenizatória sobre o mesmo fato gerador.

Distinto é o posicionamento do STJ, que entende possível cumular o abono de pontualidade com a multa contratual, julgando que o desconto para pagamentos até o vencimento da obrigação é uma liberalidade do credor e representa incentivo para cumprimento pontual da obrigação, enquanto a multa teria natureza de sanção, incidindo apenas quando houver atraso no cumprimento da prestação, como desestímulo à infração contratual (BRASIL, 2015).

#### 2.4.3. Arras

É relevante, por fim, a distinção da cláusula penal com as arras, que têm a semelhança funcional de regularem, por convenção, a responsabilidade civil em complemento ou substituição às normas que regulam as consequências do inadimplemento, dispostas no art. 389 do Código Civil.

Nas arras, há transferência de um objeto ou valor de uma parte a outra como forma de definir as consequências do inadimplemento do contrato, no caso do sinal confirmatório, ou para criar um direito de arrendimento, no caso do sinal penitencial. De forma semelhante à cláusula penal, portanto, depende de declaração de vontade das partes e é ato acessório. Contudo, as arras têm natureza real enquanto a cláusula penal tem natureza obrigacional, isto é, a cláusula penal é prestação prometida exigível quando verificado o inadimplemento, enquanto as arras pressupõem a entrega no ato de sua constituição (SILVEIRA, 2017, p. 153).

Por considerar que as arras confirmatórias funcionam como indenização mínima “*representando o valor previamente estimado pelas partes para indenizar a parte não culpada pela inexecução do contrato*” (BRASIL, 2017c), o STJ entende não ser possível a cumulação de arras confirmatórias com a cláusula penal compensatória (substitutiva e indenizatória), “*sob pena de violação do princípio do non bis in idem*” (BRASIL, 2017c). Assim, se previstas cumulativamente para o inadimplemento

contratual, incidirá exclusivamente a pena de perda das arras, em razão do caráter real e de o regime das arras permitir à parte inocente o pedido de indenização suplementar se provar prejuízo.

Este julgamento representou superação de entendimento anterior que estabelecia que no caso de cumulação de arras confirmatórias e cláusula penal compensatória, deveriam ser restituídas as arras e aplicada, tão somente, a cláusula penal (BRASIL, 2014). Nesse sentido vai o entendimento de Guilherme de Mello Franco Faoro (2019), por entender que a cláusula penal foi concebida como o instrumento para regulação voluntária dos efeitos indenizatórios decorrentes do inadimplemento contratual. Por isso, seu quadro normativo seria mais adequado para regular e otimizar a autonomia das partes, o que conferiria maior segurança aos contratantes.

Na doutrina, Simão (2021, p. 303) entende que arras confirmatórias e cláusula penal compensatória têm a mesma função indenizatória, motivo pelo qual é vedada a cumulação sob pena de ocorrência de dupla indenização pelo mesmo ilícito culposo. Assim, o credor poderia optar entre um e outro, ficando adstrito ao regime jurídico correspondente.

### 3. Considerações finais

Diante do exposto, mostra-se essencial observar os escopos e finalidades das espécies de acordos sobre a responsabilidade civil contratual para apurar em que circunstâncias deve-se considerar lícita sua adoção conjunta, sejam estes classificados como cláusulas penais ou não.

A distinção das cláusulas penais entre moratórias e compensatórias, porquanto fixadas para mora ou para descumprimento da obrigação principal, se mostra insuficiente para definição dos limites para sua cumulação. Isso porque não bastaria verificar se é possível sua execução conjunta com o objeto do contrato, sendo necessário observar, caso seja admissível a cumulação, se sua natureza é meramente punitiva ou comporta caráter indenizatório, sendo capaz de interferir na responsabilidade civil correlata em razão da vedação do *bis in idem* e do enriquecimento sem causa.

Assim, considerar as cláusulas como apenas compensatórias ou moratórias não demonstra todas as restrições impostas às partes para disporem sobre as consequências do inadimplemento. Isso porque além dos mecanismos de limitação da eficácia, previstos no Código Civil, utilizados para efetivação do controle de conteúdo e a limitação à indenização suplementar, que permite a condenação por perdas e danos daquilo que sobejar a cláusula penal apenas em caso de disposição expressa, a possibilidade de cumulação decorre também da consideração de normas de ordem pública de caráter geral.

O que se conclui é que, quando tenha natureza indenizatória, é vedada a cumulação da cláusula com a cobrança de perdas e danos pelo descumprimento da obrigação para a qual esta foi fixada em decorrência da aplicação destas cláusulas gerais de ordem pública. No caso da cláusula substitutiva, esta vedação é expressa entre cláusula penal e perdas e danos, mas também deverá ser observada com relação a outros institutos de fixação convencional da responsabilidade civil.

A incerteza quanto à extensão possível do sancionamento pode gerar confusão quanto à quantificação e não levar aos efeitos preventivos por conta da insegurança jurídica que gera ao destinatário da norma em virtude do espaço que se abre para o comportamento oportunista.

Assim, para evitar tais divergências no momento da aplicação, a cláusula penal deve ser bem delineada tanto com relação à sua substitutividade ou cumulatividade, quanto à sua função indenizatória ou punitiva. Dessa forma, mostra-se possível a incidência de diversas penas convencionais com distintas funções e relacionadas a diferentes infrações (NANNI, 2021, p. 392) sem que sejam infringidas as cláusulas gerais examinadas, nem as normas específicas do Código Civil para as cláusulas penais.

São Paulo, setembro de 2022.

## Referências

BERGER, Renato. Cláusula penal nos contratos empresariais. In: BERGER, Renato (coord.). *Temas complexos de direito empresarial: resolução de questões concretas*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 139-158.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 759.982/DF*. Relator: Min. Moura Ribeiro. Brasília, DF, 21 fev. 2017a. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/443356825/inteiro-teor-443356835>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). *Recurso Especial n. 1.381.652/SP*. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 12 ago. 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/865013650/inteiro-teor-865013660>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). *Recurso Especial n. 1.536.354/DF*. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 7 jun. 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/862184880/inteiro-teor-862184890>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). *Recurso Especial n. 1.617.652/DF*. Relator: Nancy Andrighi. Brasília, DF, 26 set. 2017c. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/504695637/inteiro-teor-504695650>.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 324.762/DF*. Relator: Antonio Carlos Ferreira. Brasília, DF, 1 set. 2016a. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/386939863/inteiro-teor-386939894>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1179783/MS*. Relator: Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 19 abril 2016b. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/339914738/inteiro-teor-339914754>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). *Recurso Especial n. 734.520/MG*. Relator: Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, DF, 21 jun. 2007. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/10972/inteiro-teor-100020309>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). *Recurso Especial n. 832.293/PR*. Relator: Raul Araújo. Brasília, DF, 20 ago. 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/864134486/inteiro-teor-864134496>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Proposta de Afetação no Recurso Especial n. 1.635.428-SC*. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 26 abril, 2017b. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/455650782/inteiro-teor-455650791>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.635.428/SC*. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 22 maio 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/859662865/inteiro-teor-859662875>.

CASSETTARI, Christiano. *Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem e Lei Anticorrupção: sobre os limites para a imposição de sanção pelo Estado*. *Revista Fórum de Ciências Criminais*: RFCC, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 73-90, jan./jun. 2015.

FAORO, Guilherme de Mello Franco. Comentário sobre o REsp n. 1.617.652/DF e a sistematização da disciplina das arras e da cláusula penal nas perdas e danos contratuais. *Revista Brasileira de Direito Civil*: RBDCivil, Belo Horizonte, v. 19, p. 159-176, jan./mar. 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/365/274>.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 19. ed., rev. e atual. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 2. (Coleção Direito Civil Brasileiro).

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código civil: do inadimplemento das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, t. 2.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. A vedação do bis in idem no direito brasileiro: algumas reflexões e uma proposta de interpretação. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 13-41, 2020.

MEDEIROS, Pedro Lins Conceição de. A (não) incidência do regime jurídico das cláusulas penais compensatórias a obrigações de *take-or-pay*: uma análise à luz dos direitos inglês e nacional. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 19, n. 98, p. 189-225, mar./abr. 2019.

NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Comentários ao código civil: direito privado contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 2: Teoria Geral das Obrigações.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2: parte geral das obrigações.

ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.

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

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação n. 0050466-63.1998.8.26.0100*. 29ª Câmara de Direito Privado. Relator: Manoel de Queiroz Pereira Calças. São Paulo, 4 maio 2011. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5108088&cdForo=0>.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação n. 1009471-18.2020.8.26.0068*. 26ª Câmara de Direito Privado. Relator: Airton Pinheiro de Castro. São Paulo, 16 set. 2021. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15018522&cdForo=0>.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação n. 1052595-91.2015.8.26.0100*. 28ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Mourão Neto. São Paulo, 26 nov. 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13127172&cdForo=0>.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação n. 1119069-44.2016.8.26.0100*. 28ª Câmara de Direito Privado. Relator: Cesar Luiz de Almeida. São Paulo, 5 fev. 2019. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12183479&cdForo=0>.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação n. 1120599-0/3*. 35ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Arthur Marques. São Paulo, 26 nov. 2007. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2385946&cdForo=0>.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação n. 992.07.041975-1*. 36ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Pedro Baccarat. São Paulo, 24 set. 2009. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4105898&cdForo=0>.

SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. 2020. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*: comentários aos arts. 389 a 420 do código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVEIRA, Marcelo Matos Amaro da. *Cláusula penal e sinal*: as penas privadas convencionais na perspectiva do direito português e brasileiro. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017. Disponível em: [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37196/1/ulfd135719\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37196/1/ulfd135719_tese.pdf).

SIMÃO, José Fernando. Capítulo V: da cláusula penal. In: SCHREIBER, Anderson; TARTURCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SIMÃO, José Fernando. Cláusula penal e abono de pontualidade ou cláusula penal e cláusula penal disfarçada. *Jornal Carta Forense*, São Paulo, 20 out. 2009. Disponível em: <https://professorsimao.com.br/clausula-penal-e-abono-de-pontualidade-ou-clausula-penal-e-clausula-penal-disfarçada/>. Acesso em: 20 out. 2021.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil.

TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 2: obrigações.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil interpretado*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: obrigações e responsabilidade civil. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 21, n. 106, p. 101-150, out./dez. 2020.