

# AS PENAS PRIVADAS CONVENCIONAIS NA REALIDADE JURÍDICA LUSÓFONA

---

## THE CONVENTIONAL PRIVATE PENALTIES IN THE PORTUGUESE-SPEAKING LEGAL REALITY

MARCELO MATOS AMARO DA SILVEIRA

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.  
marcelomatosamaro@gmail.com

Recebido em: 20.08.2018  
Aprovado em: 03.09.2019

### ÁREA DO DIREITO: Civil

**RESUMO:** O objetivo do presente trabalho é apresentar a noção das penas privadas convencionais, utilizando-se para tanto o recorte jurídico lusófono. Para isso, inicialmente serão apresentadas a noção e a classificação das penas privadas, para posteriormente serem evidenciadas as principais figuras que compõem a classe das penas privadas convencionais. Será posteriormente evidenciada a noção mais moderna sobre a cláusula penal e o sinal, como forma de demonstrar a superação da teoria monista, e a existência de espécies de cada uma das figuras cuja função é coercitiva. Ao final será indicado o enquadramento dessas espécies na classe das penas privadas convencionais, sendo apresentadas suas principais características, dinâmica e importância prática.

**PALAVRAS-CHAVE:** Penas privadas – Cláusula penal – Sinal – Obrigação – Cumprimento.

**ABSTRACT:** The purpose of this essay is to present the notion of conventional private penalties, using for this purpose the Portuguese-speaking legal reality. Thus, initially it will be presented the notion and classification of the private penalties, to later be shown the main figures that make up the class of the conventional private penalties. Later, the contemporary notion of the penalty clause and the earnest money will be pointed, to demonstrate the overcoming of the unitary theory, and the existence of coercive species of each figure. At the end, these species will be framed in the class of conventional private penalties, presenting their main characteristics, dynamics, and practical importance.

**KEYWORDS:** Private penalties – Penalty clause – Earnest money – Obligation – Performance.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Das penas privadas. 1.1. Breve noção. 1.2. Espécies de penas privadas. 2. Da visão contemporânea sobre a cláusula penal. 2.1. Panorama geral. 2.2. Cláusula penal como liquidação antecipada dos danos. 2.3. Cláusula penal *stricto sensu*. 2.3.1. Considerações gerais sobre a espécie. 2.4. Da subespécie puramente compulsória. 3. Da visão contemporânea sobre sinal. 3.1. Panorama geral. 3.2. Sinal confirmatório-indenizatório. 3.3. Sinal confirmatório-coercitivo. 4. A cláusula penal e o sinal como penas privadas convencionais. Conclusão. Referências.

faceta coercitiva/sancionatória. No segundo caso, essas cláusulas terão feição atípica, não encontrando guarida no ordenamento jurídico lusófono.

A cláusula penal *stricto sensu* e o sinal confirmatório-coercitivo estabelecem sanções punitivas destinadas a tutelar interesses privados, sendo que sua constituição é convencional, ou seja, através da celebração de um negócio jurídico. Dessa forma, inegavelmente, devem ser caracterizados como penas privadas convencionais. Elas agem inicialmente de forma preventiva, pressionando as partes em direção ao cumprimento da obrigação, e posteriormente punindo aquele que eventualmente não realizar a prestação. Não são figuras cuja intenção primordial é punir o lesante, pelo contrário, sua principal função é valorizar o cumprimento das obrigações, procurando evitar que as partes em uma relação pratiquem ato ilícito, que é o incumprimento do contrato.

As penas privadas não funcionam através do terror, do medo. Sem dúvida há pressão sobre o devedor para cumprir a obrigação, mas tal coerção não deve ser vista de forma pejorativa. É fundamental que o Direito Civil contemporâneo valorize os institutos destinados à proteção do princípio do cumprimento, já que é somente com a realização da prestação que efetivamente a função da obrigação é plenamente satisfeita. Trata-se, portanto, de uma classe de figuras destinada a tutelar o cumprimento das obrigações, e, com isso, valorizar as relações contratuais e econômicas.

## REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Henrique Sousa. *Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual: a sua legitimação pelo dano*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- ANTUNES, Henrique Sousa. Nótula sobre as penas privadas na responsabilidade civil em Portugal. In: CAMPOS, Diogo Leite de (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. v. 1.
- ARANA DE LA FUENTE, Isabel. Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la propuesta de modernización del código civil en materia de obligaciones y contrato. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 275-293, jan.-mar. 2015.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: direito de autor e direitos conexos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. 18. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- BIANCA, Cesare Massimo. Riflessioni sulla pena privata. In: BUSNELLI, Francesco D.; SACLFI, Gianguido (Coord.). *Le pene private*. Milano: Giuffrè, 1985.

- BRUNI, Alessandra. Clausola penale e poteri riduttivi del giudice. In: BUSNELLI, Francesco D.; SACLFI, Gianguido (Coord.). *Le pene private*. Milano: Giuffrè, 1985.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BUSNELLI, Francesco D. Verso una ricoperta delle pene private? In: BUSNELLI, Francesco D.; SACLFI, Gianguido (Coord.). *Le pene private*. Milano: Giuffrè, 1985.
- CARNELUTTI, Francesco. *O problema da pena*. Trad. Ricardo Pérez Banega. São Paulo: Pílares, 2015.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2017. v. 2.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. Coimbra: Almedina, 2016. v. 7.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. Coimbra: Almedina, 2014. v. 8.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. v. 9.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- DÍAZ ALABART, Silvia. *La cláusula penal*. Madrid: Reus, 2011.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3.
- FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1996.
- GOMES, Júlio. Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal? *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, p. 105-144, 1989.
- GRIVOT, Débora Cristina Hohenbach. Limites ao Valor da Indenização: O Problema da Função Punitiva da Responsabilidade Civil. In: RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Org.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.
- GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro. Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil. *Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Lisboa, v. 15, t. 1, p. 159-206, 2001.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Por Uma Nova Categoria de Dano Na Responsabilidade Civil: O Dano Social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.
- LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 14. ed. Lisboa: Almedina, 2017. v. 1.
- LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2017. v. 2.
- LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, v. 43, n. 2, p. 1019-1111, 2002.
- LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- MARINI, Annibale. *La clausola penale*. Napoli: Jovene, 1984.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5. t. 2.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da reparação. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 19, 2001.
- MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro). *Revista do CEJ*, Brasília, v. 9, n. 28, p. 15-32, jan.-mar. 2005.
- MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 2014.
- MONTEIRO, António Pinto. Anotação ao acórdão do STJ de 27 de setembro de 2011. *Revista Legislação e Jurisprudência*, ano 141, n. 3972, p. 177-199, 2012.
- MONTEIRO, António Pinto. O “modelo” aberto de cláusula penal no movimento de harmonização do direito europeu dos contratos. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 6, p. 181-196, jan.-mar. 2016.
- MOSCATI, Enrico. Pena privada e autonomia privada. In: BUSNELLI, Francesco D.; SACLFI, Gianguido (Coord.). *Le pene private*. Milano: Giuffrè, 1985.
- MAZZARESE, Silvio. Clausola penale e pena privada. In: BUSNELLI, Francesco D.; SACLFI, Gianguido. *Le pene private*. Milano: Giuffrè, 1985.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Ensaio Sobre o Sinal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas acessórias ao contrato: cláusulas de exclusão e de limitação do dever indemnizar: cláusulas penais*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Conceito e regime(s) do sinal no direito civil português. In: DUARTE, Rui Pinto; ALMEIDA, Marta Tavares de; CRISTAS, Assunção; FREITAS, José Lebre de (Org.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*. Coimbra: Almedina, 2011. v. 2.
- OLIVEIRA, Rodrigo Pereira Ribeiro de. A responsabilidade civil por dano moral e seu caráter desestimulador. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- OWEN, David G. A Punitive damages overview: functions, problems and reform. *Villanova Law Review*, Villanova, v. 39, n. 2, p. 363-413, 1994.
- PARDOLESI, Roberto. Liquidazione contrattuale del danno. In: BUSNELLI, Francesco D.; SACLFI, Gianguido (Coords.). *Le pene private*. Milano: Giuffrè, 1985.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 3.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 2.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: direito das obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. 24.
- RODRIGUES, Lia Palazzo. *Das arras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Considerações sobre a coação como elemento accidental da estrutura da norma jurídica: a ideia de pena e sanção premial. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, ano 51, n. 190, p. 287-322, jul.-dez. 2006.
- ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Almedina, 1987.
- SILVA, João Calvão da. Direitos de autor, cláusula penal e sanção pecuniária compulsória. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 47, v. 1, p. 129-156, 1987.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 2.

- TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano Moral Coletivo: a configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão aos interesses difusos*. Curitiba: Juruá, 2014.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina: 1996. v. 1.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Sobre o contrato-promessa*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. Resolução do contrato. *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 68, p. 117-117, 1957.
- VOCI, Pasquale. *Risarcimento e pena privada nel diritto romano classico*. Milano: Giuffrè, 1939.

#### PESQUISAS DO EDITORIAL

##### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Da cláusula penal, de José Philadelpho de Barros e Azevedo – RDCC 13/469-482 (DTR\2017\6880);
- O "modelo" aberto de cláusula penal no movimento de harmonização do direito europeu dos contratos, de António Pinto Monteiro – RDCC 6/181-196 (DTR\2016\439); e
- Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira, de Maria Vital da Rocha e Davi Guimarães Mendes – RDCC 12/211-252 (DTR\2017\5693).