

## CLÁUSULA PENAL E ASTREINTE: DIFERENÇAS ESTRUTURAIS E FUNCIONAIS

### *PENALTY CLAUSE AND ASTREINTE: STRUCTURAL AND FUNCIONAL DIFFERENCES*

Felipe Bizinoto Soares de Pádua<sup>1</sup>

#### RESUMO

Cláusula penal e astreinte são penas fixadas pela ordem legal. Apesar da gênese legal comum (*nulla poena sine lege*), este artigo intenta desenhar um panorama que mostre similaridades e diferenças entre as penas convencional e judicial. Serão definidas as cláusulas penais em sentido amplo e em sentido estrito, esta última acepção comparada com a astreinte sob várias ópticas: da origem à cumulação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cláusula penal; Astreinte; Penalidade.

**ABSTRACT:** Penal clause and astreinte are penalties fixed by the legal order. Despite the common legal genesis (*nulla poena sine lege*), this article intends to draw a panorama that shows similarities and differences between conventional and judicial penalties. Will be defined the penal clauses in a broad sense and strict sense, the latter meaning compared with the astreinte from various optics: from origin to accumulation.

**KEYWORDS:** Penal clause; Astreinte; Penalty.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto de Direito Público de São Paulo (IDPSP) (2022). Pós-graduado em Direito Constitucional e Processo Constitucional, em Direito Registral e Notarial, em Direito Ambiental, Processo Ambiental e Sustentabilidade, tudo pelo Instituto de Direito Público de São Paulo/Escola de Direito do Brasil (IDPSP/EDB) (2019). Pós-graduando em Direito Civil pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC) (2023-). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC) (2017). É professor assistente nas disciplinas Direito Constitucional I, Prática Constitucional e Direito Civil na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. É membro do grupo de pesquisa Hermenêutica e Justiça Constitucional: STF, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), do grupo de pesquisa Direito Privado no Século XXI, do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP), e do grupo de pesquisa Responsabilidade Civil em Perspectiva Comparada, do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP) e da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado e consultor jurídico. E-mail: [bizinoto.felipe@hotmail.com](mailto:bizinoto.felipe@hotmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4671403724849984>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7453-5081>.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

Objeto de estudos desde o Direito Romano, a responsabilidade jurídica tem como principal divisão entre civil (ou privada) e penal. Tal diferenciação não era muito detalhada tal qual na modernidade, particularmente em razão de certa mistura de “fronteiras” que persistiu do Direito Romano até a Idade Moderna, tendo como principal marco distintivo entre as searas jurídicas privada e penal o *Code Civil* francês de 1804.

Ante o processo erosivo de deslegitimação do Estado, particularmente daqueles de discurso democrático, percebe-se um retorno – ou uma “refeudalização” – às estruturas jusprivatísticas modernas, ao menos em certos aspectos tendentes ao particular poderes mais amplos. Dentro desse processo que se retoma uma noção de pena que não a do Direito Penal nem do Direito Administrativo, e sim do Direito Privado.

Volta-se ao Direito Romano, que encontra parte da mistura entre as responsabilidades jurídicas civil e penal na tendência romanística de que a disciplina jurídica fosse fortemente influenciada pela seara privada, a partir da qual muito se desenvolveu o que seria o Direito Público (DALLA; LAMBERTINI, 2001, p. 282). Como expõe Antonio Guarino (1963, p. 559-560), a mescla entre penal e privado envolvia a praticidade romanística – não muito pautada em sistematizações e grandes teorizações -, o que levava à elaboração de fórmulas que conferiam ao particular o exercício da vingança, que ora derivava do que visão contemporânea denomina ilícito civil, ora derivava de um ilícito penal.

Entre antiguidade e contemporaneidade há uma linha temporal, eis que ideias são permanecem em maior ou menor intensidade, surgindo e ressurgindo em movimento pendular. E esse movimento pendular é aplicável à ideia de pena, que reputou ao Estado o poder punitivo, de apenar, mas que a contemporaneidade identifica certa fuga ao atribuir ao particular poderes punitivos. Sobre isso, cabível a lição de Antonio Junqueira de Azevedo de que

O momento que estamos vivendo, especialmente no Brasil, de profunda insegurança quanto à própria vida e incolumidade física e psíquica deveria levar todos os juristas, independentemente do seu campo de atuação, a refletir e procurar soluções para aquilo que poderíamos afirmar, pedindo

desculpas, se for o caso, aos penalistas, como ineficiência do direito penal para impedir crimes e contravenções – atos ilícitos, na linguagem civilista. Segue-se daí que a tradicional separação entre direito civil e direito penal, ficando o primeiro com a questão da reparação e o último com a questão da punição, merece ser repensada. Do nosso lado, o lado civilista, cumpre lembrar, antes de mais nada, que não é verdade que o direito civil não puna (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2009, p. 378-379).

O Direito Privado, e não apenas o Direito Civil, pune, estatui suas penas nos conformes do desiderato constitucional brasileiro de que “não há (...) pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, XXXIX).

A figura a ser tratada neste texto tem como centro o Direito Privado punitivo. Especificamente, tratar-se-á da cláusula penal, que tem disciplina específica nos 408 a 416 do Código Civil brasileiro de 2002 (CCB/2002).

Mais ainda: não será tratada tão somente a cláusula penal, mas suas distinções de outra figura a que o cotidiano também denomina de multa: a multa judicial, ou astreinte.

Concebe-se este artigo em dois níveis, que são representados pelos itens a seguir. O primeiro é essencialmente terminológico e voltado a definir o que são a cláusula penal e a astreinte. O segundo é técnico-prático, porquanto visa expandir as similaridades e diferenciações dos instrumentos com aspectos práticos relevantes numa medida judicial na qual se debate uma ou ambas as multas.

## **2. DISTINÇÕES CONCEITUAIS: O QUE SÃO ASTREINTE E CLÁUSULA PENAL?**

Inicia-se pela astreinte. De acordo com Alexandre Freitas Câmara (2017, p. 279), o Judiciário detém diversos instrumentais voltados a compelir o que o autor define como executado para que pratique ou deixe de praticar algo, destacando dentre os vários meios de coerção a multa periódica, a que denomina astreinte.

Na mesma entoadada de situar a multa judicial dentro de uma plêiade de meios coercitivos voltados a forçar a que a parte devedora realize ou não alguma prestação, Cássio Scarpinella Bueno declara que “A multa deve ser compreendida como uma das diversas técnicas executivas com viés coercitivo que tem como finalidade

convencer o executado de que é melhor acatar a decisão do magistrado” (2020, p. 862).

Com mais detalhes, Gabriel Teixeira Santos e Rafael Caselli Pereira expõem que astreinte “designa uma condenação pecuniária, pronunciada com a finalidade de vencer a resistência injusta de um devedor que se recusa a cumprir seu compromisso” (2021, p. 316).

Vê-se três características da astreinte: (i) trata-se de um dentre vários mecanismos por meio dos quais o Estado-Juiz visa instigar certo comportamento, comissivo ou omissivo, no destinatário de um dever; (ii) o comportamento buscado não consiste em um pagamento, mas em adimplir com condutas de dar não pecuniárias, fazer ou não fazer; e (iii) trata-se de um mecanismo de cunho eminentemente pecuniário.

Destaque terminológico deve ser dado ao item (ii) acima, porquanto há clara menção à figura do pagamento e à figura do adimplemento. Apesar do Código Civil de 2002 enunciar como sinônimos, fato é que não o são. Na terminologia de F. C. Pontes de Miranda (2012a, p. 142), adimplemento tem duas acepções, quais sejam, em largo sentido corresponde a toda forma de extinção de uma relação jurídica, e em sentido estrito consiste na realização da prestação pela parte devedora.

Na entoada pontesiana é que se define adimplemento como ato-fato geral de realização de uma prestação, enquanto o pagamento é a espécie de adimplemento cuja prestação envolve determinada soma pecuniária (PONTES DE MIRANDA, 2012a, p. 142). Melhor dizendo, adimplemento é gênero de prestar qualquer comportamento, enquanto pagamento é espécie de prestação em pecúnia<sup>2</sup>.

Das características acima que se concebe a astreinte como penalidade pecuniária e periódica imposta judicialmente, a fim de que o destinatário realize um comportamento específico e que não seja o pagamento (ROSENVALD, 2020, p. 162; SANTOS; PEREIRA, 2021, p. 316).

Por outro lado, a cláusula penal tem certa controvérsia em razão da tradição cultural jurídica que é pendular entre a figura da *stipulatio poena* e o que persiste no

---

<sup>2</sup> Deve-se atentar ao efeito tríplice do gênero adimplemento: satisfação creditícia, extinção da relação obrigacional e liberação da parte devedora (PONTES DE MIRANDA, 2012a, p. 142).

Direito contemporâneo (ROSENVALD, 2020, p. 5-33). O antigo ganha seus revestimentos presentes, então uma exposição histórica acaba por ser de certa forma invertida em aspectos cronológicos.

O CCB/2002 não estatui um conceito de cláusula penal, o que, todavia, não inviabiliza uma primeira visão acerca do que seja a partir da definição trazida pelo Código Civil de Portugal, que enuncia o seguinte:

ARTIGO 810º (Cláusula penal)

1. As partes podem, porém, fixar por acordo o montante da indemnização exigível: é o que se chama cláusula penal.

Na visão jurídica portuguesa, Catarina Monteiro Pires leciona em obra acerca das perturbações que incorrem na inexecução contratual que “Naturalmente que as partes podem, por meio de convenção, fixar previamente o *quantum* do dano, através de uma cláusula penal, conforme prevê o artigo 810.º” (2019, p. 107).

Ainda no regime jurídico português, J. M. Antunes Varela expõe uma definição a partir do artigo 810º do Código Civil português de que “a cláusula penal é a estipulação pela qual as partes fixam o objecto da indemnização exigível do devedor que não cumpre, como sanção contra a falta de cumprimento” (1997, p. 139).

A ideia sedimentada pelo que se definiu como visão jurídica contemporânea é a de que a cláusula penal consiste em um pacto adjeto cuja essência é estatuir uma prefixação indenizatória, acidentalmente tendo carga coercitiva (ROSENVALD, 2020, p. 73-75). Adota-se um modelo unitário com bifuncionalidade (compensatória e punitiva).

No Brasil, Flávio Tartuce destaca uma tendência doutrinária tendente a adotar uma visão unitária:

De acordo com a melhor doutrina, a cláusula penal tem basicamente duas funções. Primeiramente, a multa funciona como uma coerção, para intimidar o devedor a cumprir a obrigação principal, sob pena de ter que arcar com essa obrigação acessória (caráter punitivo). Por derradeiro tem função de ressarcimento, prefixando as perdas e danos no caso de inadimplemento da obrigação (TARTUCE, 2018, p. 230).

Carlos Roberto Gonçalves concebe a cláusula penal sob a óptica unitária, porquanto define como fim a liquidação indenizatória:

A cláusula penal consiste, pois, em previsão, sempre adjeta a um contrato, de natureza acessória, estabelecida como reforço ao pacto obrigacional, com a finalidade de fixar previamente a liquidação de eventuais perdas e danos devidas por quem descumpri-lo (GONÇALVES, 2013, p. 411).

A tendência a adotar a postura de que a cláusula penal é voltada a prefixar indenização recesso no âmbito judicial, eis que o STJ (AgInt no REsp n. 1.710.524/SP) analisou caso que as funções compensatória e moratória se alinhavam a uma definição indenizatória, particularmente a vedação à cumulação do pacto acessório com indenizações pela via ordinária (lucros cessantes e danos emergentes):

2. A Segunda Seção do STJ, no julgamento do REsp nº 1.635.428/SC, de relatoria do eminente Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, firmou a seguinte tese: "A cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação, e, em regra, estabelecida em valor equivalente ao locativo, afasta-se sua cumulação com lucros cessantes".

3. Havendo cláusula penal (moratória ou compensatória, a depender de cada caso) no sentido de prefixar, em patamar razoável, a indenização, não cabe a cumulação posterior com danos emergentes ou lucros cessantes.

De acordo com Nelson Rosenvald (2020, p. 73), essa visão unitária e bifuncional consta em diversas legislações em voga<sup>3</sup>, bem como sofre muitas críticas em razão da citada reascensão do Direito Privado e da compreensão de que o Direito Privado também tem mecanismos punitivos. O chamado modelo unitário, que sagra a cláusula penal como meio essencialmente liquidador de prejuízos, sofre erosões, eis que o mecanismo em comento também pode servir para essência punitiva.

Apesar da orientação da doutrina unitarista e bifuncional, Nelson Rosenvald (2020, p. 73-81) destaca que não se deve adotar uma postura de preponderância de uma ou outra função, o que soa como uma corrosão do modelo unitário e remete a uma dualidade da cláusula penal. Destaca-se a insurgência acerca do modelo unitário e bifuncional de Darcy Bessone (1997, p. 187-188) ao tempo do Código Civil brasileiro de 1916, porquanto três visões eram captáveis ao tempo sobre a cláusula penal acerca da sua função e, portanto, da sua essência: majoritária naquele tempo, a doutrina entendia que cláusula penal tem como essência a prefixação indenizatória;

---

<sup>3</sup> O autor trata das ordens legais de Portugal, França, Alemanha Espanha, Itália, EUA, União Europeia e Brasil, assim como traz visão panorâmica no Direito medieval e no Direito Romano acerca da visão do que seja cláusula penal (ROSENVALD, 2020, p. 5-33).

uma segunda corrente compreende que existe essência punitiva ou coercitiva; e a visão do autor, dualidade de essências, podendo as partes determinarem uma cláusula compensatória ou moratória.

No Direito português, Antônio Pinto Monteiro (2004, p. 165) coloca que a ruptura com o modelo unitário decorre de um reavivamento da figura jurídica romanista da *stipulatio poena*. Em obra acerca do assunto, a visão comparatista do autor português demonstra tendências disruptivas e diferenciadoras do que seja uma cláusula penal propriamente dita de uma cláusula de prefixação indenizatória:

Devo dizer-vos que esse modelo está a ser fortemente contestado – é o mínimo que se pode dizer a esse respeito. Hoje, no direito comparado, distingue-se a cláusula penal de outras figuras próximas, que outrora estavam abrangidas no conceito de cláusula penal e que hoje se distinguem. Distingue-se, no direito anglo-americano, a penalty clause da liquidated damages clause, isto é, distingue-se uma cláusula penal em que há o intuito compulsório, de uma cláusula meramente indenizatória. No direito alemão, distingue-se a Vertragsstrafe da Schadensersatzpauschalierung; no direito francês, distingue-se a clause pénale da clause de dommages-intérêts; e distingue-se, no direito italiano, a clausola penale da liquidazione convenzionale del danno (MONTEIRO, 2004, p. 169-170).

Considerando a ruptura que se inicia a partir da ventilação da *stipulatio poena* e da destinação a partir da vontade das partes negociantes que a cláusula penal tem duas acepções (ROSENVALD, 2020, p. 95-101; MONTEIRO, 2004, p. 169-171): (i) em sentido largo, trata-se de pacto acessório que impõe determinada prestação a quem descumpre certo dever ou o cumpre de forma tardia; e (ii) em sentido estrito, ou propriamente dito (cláusula penal *stricto sensu*), consiste na pena privada imposta como meio substitutivo de certo dever incumprido ou cumprido de forma insatisfatória.

É especificamente a visão estrita ou propriamente que será comparada à astreinte no próximo item. São as bases conceituais acima que servirão de ponto de partida e linha de *ratio* para as comparações a seguir.

### 3. VISÕES TEORÉTICA E PRÁTICA DA CLÁUSULA PENAL E DA ASTREINTE.

Sob a óptica da relação entre atos jurídicos, tanto astreinte quanto cláusula penal *stricto sensu* consistem em meios acessórios, isto é, gravitam em torno de um

dever principal a ser cumprido (ROSENVALD, 2020, p. 162-164; SANTOS; PEREIRA, 2021, p. 316-317).

Sobre a acessoriedade, Nelson Rosenvald explica acerca da cláusula penal:

É clara na generalidade dos ordenamentos a referência à forçosa acessoriedade da cláusula penal, quer pela expressa alusão à sua dependência da existência e validade da obrigação [*rectius*, dever] principal (...), quer pela indicação clara de que a cláusula penal se deve no caso de inexecução ou mora no cumprimento (...) (ROSENVALD, 2020, p. 35).

No que diz respeito à acessoriedade da astreinte, Gabriel Teixeira Santos e Rafael Caselli Pereira lecionam:

De fato, trata-se de medida prevista como estímulo ao cumprimento de ordens judiciais, que é aplicável exclusivamente no processo e para atingir a efetividade da decisão judicial à qual é acessória, ou seja, é criada como pressão psicológica intimidatória, mas não deve possuir a expectativa de ser executada (SANTOS; PEREIRA, 2021, p. 318).

Outra similaridade entre as penalidades é o fato de serem penas, medidas que prestigiam a coerção, voltadas a imprimir na parte destinatária um temor quanto ao incumprimento de certo dever pelo sancionamento punitivo que impõe prestação relacionada ao dever violado. Remetendo à Teoria Geral do Direito, pena remete à sanção na sua acepção clássica, definida por Norberto Bobbio da seguinte maneira: “A ação que é cumprida sobre a conduta não conforme para anulá-la, ou pelo menos para eliminar suas consequências danosas, é precisamente aquilo que se chama de sanção” (2016, p. 151).

Sanção punitiva tem como base a visão kelseniana de medida institucional jurídica que constrange certo sujeito em razão da adoção por ele de certo comportamento antijurídico, cabendo a essa resposta, através da coerção, conformar o fato ao desiderato jurídico (KELSEN, 1998, p.121).

Convergem-se cláusula penal *stricto sensu* e astreinte sob a óptica sancionatória punitiva, porquanto ambas consistem em reações ao incumprimento de determinado dever, negocial, legal ou judicial (ROSENVALD, 2020, p. 96; MONTEIRO, 2004, p. 169-171; SANTOS; PEREIRA, 2021, p. 317).

Uma terceira similaridade entre as penalidades convencional e judicial decorre do caráter penitencial de ambas. Como exposto, a Constituição do Brasil enuncia que



“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, XXXIX). É com base em tal preceito constitucional que Nelson Rosenvald (2017, p. 261-262) coloca que o regime das penas, penais, privadas ou civis, estão sujeitas à reserva legal, ou seja, só é possível penalizar alguém com base na prévia e expressa previsão legal.

Destacável comentário feito por Giulio Ponzanelli acerca de julgado emblemático da *Corte di Cassazione Civile* italiana acerca dos *punitive damages*, no que ficou conhecido como *Caso Fimez Spa* (*Cass., sentenza 1.183, 19 gennaio 2007*):

o instituto dos *punitive damages* apresenta clara conotação penalística e o poder punitivo compete apenas ao Estado. Como corolário indefectível, os danos punitivos só podem ser irrogados por expressa previsão legislativa, em atenção ao princípio da tipicidade da pena (PONZANELLI, 2007, p. 1461).

Deve-se obediência à definição da *fattispecie* pela ordem legal para que *in concreto* possa ser exercido um ato jurídico penalizante (negocial ou judicial). Apesar de haver diversos fundamentos constitucionais e infraconstitucionais que possam ser dessumidos, faz-se remissão a alguns reputados aqui centrais.

No bojo constitucional brasileiro, além do art. 5º, XXXIX, remete-se ao teor do mesmo dispositivo, mas ao inciso II, que enuncia a legalidade (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), assim como ao art. 37, *caput* (“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade (...”).

Atendendo à legalidade, o Código Civil brasileiro de 2002 disciplina *in abstracto* a cláusula penal, nos seus arts. 408 a 416. Já a astreinte pode ser encontrada, exemplificativamente, no art. 500, *caput* do CPC/2015 (“A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação”).

Outra particular aproximação entre as penalidades está na sua modificação pela via judicial. Os arts. 412 e 413 do CCB/2012 enunciam situações nas quais a cláusula penal deve ser alterada pelo Estado-Juiz, quais sejam, quando ela superar o principal, for manifestamente excessiva ou se houver parcial cumprimento pelo destinatário. Especificamente sobre o artigo 413 do Código Civil, as Jornadas de

Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal trataram de alguns detalhes, merecendo destaque os seguintes: (i) a possibilidade de revisão *ex officio* pela via judicial, conforme enunciado 356 (“Nas hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício”); (ii) a distinção da onerosidade genética da mudança superveniente, da onerosidade funcional e da frustração do fim negociado, consoante enunciado 358 (“O caráter manifestamente excessivo do valor da cláusula penal não se confunde com a alteração das circunstâncias, a excessiva onerosidade e a frustração do fim do negócio jurídico, que podem incidir autonomamente e possibilitar sua revisão para mais ou para menos”); (iii) a não proporção entre cumprimento e penalidade, com base no enunciado 359 (“A redação do art. 413 do Código Civil não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido”).

De forma aproximada nas hipóteses, os incisos I e II do § 1º do art. 537 do CPC/2015 estabelecem que a via judicial poderá alterar a multa processual “se tornou insuficiente ou excessiva” ou “o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento”. Sobre o assunto, o STJ (EREsp n. 650.536/RJ) se posicionou da seguinte forma:

2. **O valor das astreintes**, previstas no art. 461, caput e §§ 1º a 6º, do Código de Processo Civil de 1973, correspondente aos **arts. 497, caput, 499, 500, 536, caput e § 1º, e 537, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015, pode ser revisto a qualquer tempo** (CPC/1973, art. 461, § 6º; CPC/2015, art. 537, § 1º), **pois é estabelecido sob a cláusula rebus sic stantibus**, e não enseja preclusão ou formação de coisa julgada.

3. Assim, **sempre que o valor acumulado** da multa devida à parte destinatária **tornar-se irrisório ou exorbitante ou desnecessário, poderá o órgão julgador modificá-lo, até mesmo de ofício, adequando-o a patamar condizente com a finalidade da medida no caso concreto**, ainda que sobre a quantia estabelecida já tenha havido explícita manifestação, mesmo que o feito esteja em fase de execução ou cumprimento de sentença (destaque feito).

O sujeito beneficiário é outro ponto de convergência entre cláusula penal e astreinte. Conforme Nelson Rosenvald (2020, p. 166), ambas as categorias de penalidades são revertidas em prol da parte titular do interesse jurídico tutelado, a parte que é beneficiária do resultado econômico das penas privadas.

Rumo às distinções, elas expressam um caráter multifacetado, pois podem ser abordadas diversas distinções.

A primeira é regulamentar e diz respeito a qual regime jurídico confere a base para que o ato jurídico penalizante exista, valha e surta efeitos. Como a cláusula penal remete a uma situação negocial, que é pré-processual judicial, seu regime jurídico é de Direito Material. Já a astreinte tem como pressuposto uma relação jurídico-processual judicial, tratando-se de um ato judicial e, portanto, com bases no Direito Processual.

A segunda distinção é conteudística ou material. F. C. Pontes de Miranda leciona que a cláusula penal propriamente dita é

prestação, de ordinário em dinheiro, que alguém, devedor ou não, promete, como pena a que se submete, para o caso de não cumprir a sua obrigação, ou não a cumprir satisfatoriamente, ou para o caso de se dar algum fato, concernente ao negócio jurídico, ou não se dar (PONTES DE MIRANDA, 2012b, p. 147).

Buscando maior precisão, a cláusula penal *stricto sensu* envolve a imposição negocial de uma prestação que pode ser de dar, fazer ou não fazer.

Por outro lado, como exposto por Gabriel Teixeira Santos e Rafael Caselli Pereira (2021, p. 317), a astreinte consiste em uma prestação específica imposta judicialmente: especificamente, uma prestação pecuniária periódica. Dentro da divisão adotada pelo Código Civil de 2002 em dívidas de dar, fazer e não fazer, a astreinte compreende uma dívida da primeira espécie, particularmente uma dívida pecuniária, um pagamento devido por aquele contra quem se impõe a astreinte.

O STJ editou enunciado sumular que mostra a propensão às prestações específicas com as quais a astreinte está geneticamente alinhada: “A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” (súmula STJ n. 410).

Uma terceira diferença está no dever principal a ser tutelado. Segundo F. C. Pontes de Miranda (2012b, p. 145-147) e Nelson Rosendal (2020, p. 96), o dever protegido pela cláusula penal propriamente dita é de qualquer espécie: dívidas de dar, fazer ou não fazer, todas com suas variações. Destaque a que a pena privada em comento pode servir até para proteger um débito pecuniário.

Por outro ângulo, a astreinte encontra de forma exemplar no art. 500 do Código de Processo Civil de 2015 relação com deveres específicos, conforme consta na

seção que dito fragmento legal está inserto: deveres de fazer, não fazer e entregar bem. Melhor dizendo, a astreinte é medida coercitiva relacionada a deveres que não envolvam o pagamento, mas o adimplemento de um dever de fazer, de um não fazer ou de dar algum bem que não pecúnia (SANTOS; PEREIRA, 2021, p. 319; CÂMARA, 2017, p. 320; BUENO, 2020, p. 862; ROSENVALD, 2020, p. 165).

Quarta distinção entre cláusula penal e astreinte está na origem. Embora haja remissão comum ao amparo legal, Nelson Rosenvald (2020, p. 165) destaca que a astreinte é emanção judiciária, uma ordenação judicial relacionada a uma prestação específica, enquanto a cláusula penal *stricto sensu* pode ser reputada como uma “astreinte convencional”, dando o caráter voluntário no pronunciamento. Melhor dizendo, a astreinte é uma multa judicialmente fixada, enquanto a cláusula penal é uma penalidade convencionalmente fixada: o Estado-Juiz não pode fixar a segunda categoria, enquanto os particulares não podem fixar astreinte.

Algo característico que não soa nem como distinção nem como similaridade é a cumulatividade de uma pena privada com outra. Acerca do assunto, é possível acumular cláusula penal com astreinte, conforme expõe Eduardo Talamini:

seria paradoxal que, só porque já existe previsão da multa contratual, o juiz ficasse de mãos atadas para estabelecer outra, jurisdicional. Portanto, é perfeitamente possível que o juiz, diante da insuficiência do mecanismo de tutela material, acresça outro, de natureza processual.

Assim, o que ocorre não é propriamente a ‘majoração’ da multa contratual, mas o acréscimo de outra, de índole processual (TALAMINI, 2001, p. 246-247).

No mesmo sentido de que as penas são instrumentos que podem se somar em razão de haver um reforço pela sobreposição da via judiciária sobre a relação jurídica material, Nelson Rosenvald:

Com efeito, sendo a pena convencional uma prestação com faculdade alternativa de escolha reservada ao credor, ele poderá optar por insistir na tutela específica da obrigação de dar, fazer ou não fazer. Para tanto, constrangerá o devedor a cumprir pela via das astreintes, conforme previsão processual. Mas, se for impossível a obtenção da tutela específica, o credor deliberará pela pena, acrescida do valor das astreintes (ROSENVALD, 2020, p. 166).

Por estarem situadas em planos jurídicos distintos e visarem a uma postura específica por parte do destinatário, cláusula penal e astreinte podem ser cumuladas em relação às quantias que elas estampam.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Apesar de nutrirem uma linha comum de serem penas estatuídas pela ordem legal, partindo-se do texto constitucional brasileiro (art. 5º, XXXIX), cláusula penal e astreinte são categorias totalmente distintas e até cumuláveis quando incidente o revestimento processual judicial.

As características de cada pena auxiliam no caso concreto na identificação do que foi, é ou será aplicado, assim como viabiliza manejo adequado em relação aos deveres reputados como centrais ou principais da tutela ou negocial ou judicial.

É dizer: os contrastes conceituais entre astreinte e cláusula penal *stricto sensu* orientam a atividade prática de quem opera o Direito, porquanto são categorias que não se misturam e não se eliminam. Por estarem situadas em segmentos distintos – mesmo que conectados –, os regimes se contrastam no que diz respeito a quem pronuncia, aos âmbitos de aplicação, ao conteúdo, ao dever tutelado (definido como principal).

#### REFERÊNCIAS.

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**: vol. II. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo: Edipro, 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**: vol. único. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo Processo Civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DALLA, Danilo; LAMBERTINI, Renzo. **Istituzioni di Diritto Romano**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: teoria geral das obrigações**, v. 2. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUARINO, Antonio. **Diritto Privato Romano: lezioni istituzionali di Diritto Romano**. 2. ed. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1963.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social**. In JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1998.

MONTEIRO, Antônio Pinto. Responsabilidade contratual: cláusula penal e comportamento abusivo do credor. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 165-178, 2004.

PIRES, Catarina Monteiro. **Contratos: perturbações na execução**. Coimbra: Almedina, 2019.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: tomo XXIV**. São Paulo: RT, 2012a.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: tomo XXVI**. São Paulo: RT, 2012b.

PONZANELLI, Giulio, *Danni punitivi: no grazie*. **Il Foro Italiano**, Roma, pt. I, p. 1461-1464, 2007.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

SANTOS, Gabriel Teixeira; PEREIRA, Rafael Caselli. A multa judicial (astreinte) transitada em julgado como parte integrante da base de cálculo dos honorários

advocatícios de sucumbência após a vigência do CPC/2015. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1030, p. 315-330, ago./2021.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**. São Paulo: RT, 2001.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**, v. 2. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

**Recebido em (Received in): 01/12/2023.  
Aceito em (Approved in): 28/12/2023.**



Este trabalho está licenciado sob uma licença [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).