

ANÁLISE ECONÔMICA DA CLÁUSULA PENAL EM OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS NEGATIVAS

Marcelo Matos Amaro da Silveira

Resumo: O objetivo do presente trabalho é analisar os efeitos econômicos quando da inserção de uma cláusula penal como reforço de uma obrigação acessória negativa, utilizando-se, para tanto, das ferramentas analíticas fornecidas pela *Law and Economics*. Este trabalho foi dividido em três pontos, sendo o primeiro uma reflexão dogmática sobre o assunto e os outros dois efetivamente relacionados à Análise Econômica do Direito. Após uma introdução do tema, no ponto 2, uma breve evolução histórica da figura será perspectivada, para que seja possível entender a noção mais moderna sobre a cláusula penal, sendo evidenciada a existência de duas espécies distintas, a cláusula penal *stricto sensu* e a cláusula de liquidação antecipada dos danos. Já nos pontos 3 e 4 efetivamente se adentrará na análise econômica da cláusula penal. Primeiramente, no ponto 3, será apresentado um panorama geral da literatura de *Law and Economics* sobre a cláusula penal *stricto sensu*, sendo indicadas quais são suas principais funções econômicas bem como quais os possíveis problemas relacionados com a eficiência e com desvios na racionalidade. Serão destacadas as três principais funções econômicas da cláusula penal bem como dois problemas envolvendo a sua ineficiência e dois problemas envolvendo desvios na racionalidade dos contratantes que possam ser prejudicial a figura. A partir das conclusões sobre o funcionamento em abstrato da cláusula penal, será possível, por fim, no ponto 4, verificar quais são seus efeitos econômicos quando for utilizada para reforçar obrigações acessórias negativas. Para tanto uma obrigação específica será escolhida, a exclusividade, que no âmbito da Análise Econômica do Direito é uma restrição vertical. Neste sentido será inicialmente analisado se as repercussões verificadas no ponto 3

também se aplicam quando a cláusula penal for utilizada para reforçar a obrigação de exclusividade para posteriormente serão destacas outros efeitos econômicos que possam eventualmente aparecer. Ao final serão apresentadas breves conclusões sobre a análise feita, destacando-se as repercussões econômicas verificadas.

Palavras-Chave: cláusula penal; funções econômicas; eficiência; obrigação acessória negativa; exclusividade.

AN ECONOMIC ANALISYS OF THE PENALTY CLAUSE IN NEGATIVE ACCESSORY OBLIGATIONS

Abstract: The objective of this paper is to analyze the economic effects of a penalty clause inserted as a reinforcement of a negative accessory obligation, by using the analytical tools provided by the *Law and Economics* literature. This paper was divided in three points, with a doctrinal analysis in the first point and a economic analysis in the other two. After an introduction to the theme, in point 2 a brief historic perspective will be presented so it is possible to understand the modern notion of the penalty clause, highlighting the existence of two species, the penalty clause and the liquidated damages clause. In points 3 e 4 the economic analysis of the penalty clause will be entered. First, in point 3, a general panorama of the *Law and Economics*' literature about the penalty clause will be presented, with the indication of its economical functions as well as the problems involving its efficiency and with bias. Three main economic functions and two problems related to each its inefficiency and bias regarding the contractors will be highlighted. From the conclusions, in point 4 will be possible to verify which are the economic effects appear when the penalty clause is used to reinforce negative accessory obligations. The obligations chosen will be

the exclusivity, which is a vertical restraint in the Law and Economics framework. Thus, initially it will be analyzed if the repercussions obtained in point 3 are also obtained in the given situation, for a later verification of other economic effects that may exist. In the end brief conclusions will be made, with the distinguishing of the observed economic repercussions.

Keywords: penalty clause; economic functions; efficiency; negative accessory obligation; exclusivity.

Sumário: 1. Introdução. 2. Noção sobre Cláusula Penal. 2.1. Evolução Histórica. 2.2. Das Espécies de Cláusula Penal. 2.2.1. Da Cláusula Penal Stricto Sensu. 2.2.2. Da Cláusula de Liquidação Antecipada do Dano. 3. Análise Econômica da Cláusula Penal. 3.1. Funções Econômicas da Cláusula Penal. 3.1.1. Incentivo. 3.1.2. Sinalização. 3.1.3. Redução de Custos de Transação. 3.2. Cláusula Penal e (In)eficiência. 3.2.1. Cumprimento Ineficiente. 3.2.2. Sabotagem do Credor. 3.3. Cláusula Penal e Behaviorismo. 3.3.1. Excesso de Otimismo. 3.3.2. Efeito Dotação. 4. Cláusula Penal e Obrigações Acessórias Negativas. 4.1. Noção de Obrigação Acessória Negativa. 4.2. Exclusividade. 4.2.1. Análise Geral. 4.2.2. Análise em Contratos Específicos. 5. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO



Literatura de *Law and Economics* tem há muito tempo se preocupado com uma figura do direito civil bastante comum nas relações contratuais, qual seja, a cláusula penal. Diversos são os autores que se ocuparam em escrever sobre esta figura, que também está presente na grande maioria dos livros e manuais de Análise Econômica do Direito.

A análise feita, porém, é usualmente voltada para o direito anglo-saxônico, que possui uma sistemática normativa para a cláusula penal muito diversa do sistema-romano germânico. Em países como a Inglaterra e os EUA vigora a chamada *penalty doctrine*, que é a proibição de utilização de cláusulas penais que sejam superiores ao dano efetivamente sofrido em razão do inadimplemento do contrato ou obrigação. Nestes países enquanto a chamada *penalty clause* é inexigível, a *liquidated damages clause*, que representa um cálculo exato ou aproximado dos danos, é aceita. Tal situação é diversa nos países da *civil law* onde não há aparentemente uma proibição para este tipo de clausulado.

Neste sentido muitas vezes as conclusões e críticas que os autores da *Law and Economics* fazem à figura não prevalecem ou podem ser considerados, em um ambiente de lei civil positivada. Parece, portanto, interessante fazer uma análise econômica da cláusula penal sob a perspectiva do direito civil continental, utilizando todo arsenal analítico da análise econômica do direito, mas com ressalvas às situações que são específicas deste sistema legal.

Além disso os trabalhos sobre a cláusula penal do ponto de vista da análise econômica do direito, muitas vezes ficam restritos à utilização da cláusula para o reforço da obrigação principal. O debate acaba restrito a discussão sobre os efeitos econômicos de uma cláusula penal quando ocorre o inadimplemento da obrigação principal em um contrato. Assim muitas vezes fica relegado a segundo plano a verificação dos efeitos do inadimplemento de obrigações acessórias, tão relevantes nos tempos atuais, em que a noção de relação obrigacional complexa e contratos relacionais ganha cada vez mais relevância.

O presente trabalho, portanto, se propõe a fazer uma análise econômica da cláusula penal, utilizando os principais conceitos e noções fornecidos pela literatura da *Law and Econo-*

mics, mas ao mesmo tempo apresentando uma visão convergente com a noção mais moderna da doutrina civilista portuguesa e brasileira sobre o assunto. E mais que isso, se propõe a analisar os efeitos econômicos de uma cláusula penal quando esta estiver reforçando uma obrigação acessória negativa. Acredita-se que muitas das críticas que a literatura de *Law and Economics* faz à figura são mitigadas quando esta é utilizada para reforçar uma obrigação acessória negativa, o que será demonstrado no presente trabalho.

2. NOÇÃO SOBRE CLÁUSULA PENAL

A cláusula penal é uma figura do direito civil largamente utilizada nas relações contratuais, e, por este motivo sempre recebeu várias considerações por parte da doutrina civilista e também dos estudiosos de *Law and Economics*. Trata-se de uma cláusula utilizada como forma de reforçar o cumprimento de alguma obrigação, principal ou acessória, estabelecida em um contrato (ou negócio jurídico), podendo ser definida como um pacto acessório, em que o devedor se compromete a executar uma prestação diversa da reforçada, usualmente pecuniária, caso, por sua culpa, não cumpra com esta obrigação.

Atualmente a figura é regulamentada pelos códigos civis dos principais países do sistema romano-germânico como os da Europa continental e da América Latina. No Brasil, por exemplo, está positivada nos artigos 408 a 416 do Código Civil de 2002, enquanto em Portugal, nos artigos 809 a 813 do Código Civil de 1966. Porém, mesmo antes de todo o processo de codificação do direito civil, a figura já existia, sendo certo que é necessário traçar breves considerações sobre sua evolução histórica, para que seja possível, não só entender como se deu o desenvolvimento do entendimento sobre a cláusula penal, mas também para situar qual é a sua noção mais moderna.

2.1. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A origem da cláusula penal, apesar da existência de figuras com funções parecidas no direito mesopotâmio e grego antigo, remonta ao direito romano, sendo seu surgimento atribuído à figura da *stipulatio poena*, que era uma estipulação com caráter primordialmente coercitivo, cujo objetivo era compelir o devedor a cumprir a obrigação por ele assumida¹. Esta prestação diversa não guardava qualquer semelhança com o valor ou objeto da prestação principal, não servindo, originalmente, como forma de reparar os danos causados pelo inadimplemento.

O contexto de surgimento da cláusula penal, portanto, foi de se buscar uma forma de coagir o devedor a cumprir com a obrigação assumida, sendo estipulada uma sanção, a *stipulatio poena*, caso assim não fizesse. Contudo, esse viés coercitivo\sancionatório da figura começou a perder força, e a ideia de que a figura também servia como forma de ressarcir os danos causados pelo inadimplemento da obrigação passou a ser desenvolvida.

Não havendo consenso na doutrina em relação ao momento exato que esta nova função da figura passou a ser observada², certo é que no auge da Idade Média, a partir da influência da doutrina da Igreja e do desenvolvimento do direito canônico, a cláusula penal passou a ter uma função predominantemente indenizatória. Esta mudança do paradigma punitivo/coercitivo

¹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Cláusula Penal: Natureza e Função no Direito Romano. Separata de: Edição Especial da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 911 a 926. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 913-914; e ROSENVALD, Nelson. Cláusula Penal: A pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 5-6.

² Para RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Cláusula Penal: Natureza e Função no Direito Romano, p. 914-916; já é possível observar uma tendência indenizatória da figura no final do império romano; por outro lado MONTEIRO, António Pinto. Cláusula Penal e Indemnização. Coimbra: Almedina, 2014, p. 363-370; entende que no direito romano a função era exclusivamente coercitiva/sancionatória.

para o paradigma indenizatório se deu principalmente pelo combate à usura preconizada pela Igreja durante este período histórico, que levou com que a cláusula penal passasse a ser uma forma das partes definirem qual seria o valor dos danos que deveria ser pago pelo devedor, ao credor, caso o primeiro inadimplisse o contrato, e nada mais³.

Foi exatamente esta visão da cláusula penal, como uma forma das partes determinarem, antecipadamente, o montante de indenização devido pelo devedor ao credor em caso de descumprimento do contrato, desenvolvido pelo direito canônico, que foi transportada para o direito positivo continental a partir do movimento de codificação do direito civil, que teve início no século XIX, principalmente com a elaboração do *Code Civil* de 1804⁴. O advento do código napoleônico marcou a consolidação escrita da função indenizatória da cláusula penal, mas também trouxe uma novidade. O texto estabeleceu a noção de invariabilidade e imutabilidade do valor estabelecido pelas partes, que seria reproduzido em praticamente todos os códigos civis do século XIX e do início do século XX.

Cabe ressaltar que outro foi o desenvolvimento da figura nos países de tradição consuetudinária⁵. Principalmente, a partir do século XV, os países da *comon law*, passaram a diferenciar a figura em duas espécies, como forma de evitar aquelas que tivessem caráter punitivo. Percebe-se que tal diferenciação persiste nos dias de hoje, sendo uma cláusula que estima de forma razoável o montante danos devidos em caso de inadimplemento (*liquidated damages clause*) é exequível, enquanto uma cláusula

³ MONTEIRO, António Pinto. Cláusula Penal e Indemnização, p. 370-379; e ROSENVALD, Nelson. Cláusula Penal: A pena privada nas relações negociais, p. 7-8.

⁴ MONTEIRO, António Pinto. Cláusula Penal e Indemnização, p. 377-392; e ROSENVALD, Nelson. Cláusula Penal: A pena privada nas relações negociais, p. 8-11.

⁵ BENJAMIM, Peter. Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts: A Comparative Study of English and Continental Law. In: *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 9, No. 4 (Oct., 1960), p. 602-606; e MATTEI, Ugo. *The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contract*. In: *American Journal of Comparative Law*, 43, 1995, p. 433-434.

que impõe uma sanção pelo descumprimento (*penalty clause*), é, de forma diversa, proibida, o que é conhecido como a *penalty doctrine*. É possível perceber, portanto, que o desenvolvimento da regulamentação da figura nos países anglo-saxônicos tomou um caminho totalmente diverso, sendo este um dos poucos campos em que ainda há uma abordagem consideravelmente diferente entre os sistemas de *civil e common law*⁶.

Diversamente, nos países de tradição romano-germânica da Europa continental, como Portugal (no código de Seabra de 1866)⁷, e da América latina, como o Brasil (no código Beviláqua de 1916)⁸, o entendimento desenvolvido a partir das regras dispostas no código napoleônico foi o que prevaleceu. Com isso, no início do século XX, a cláusula penal era vista como uma figura com função indenizatória, não sendo o valor estabelecido pelas partes passível de ser alterado pelo juiz, uma vez que o montante tinha um caráter *forfaitaire*, ou seja, invariável⁹.

Tal entendimento começa a ser alterado com a elaboração do BGB, o código civil alemão, em 1900. Através do desenvolvimento da doutrina e jurisprudência alemã do início e meados do século XX, a *Vertragsstrafe* (cláusula penal) passa a ser vista como um mínimo indenizatório, com uma função predominantemente coercitiva, e de forma secundária indenizatória¹⁰. Inicia-se, então, uma nova fase da figura, que passa exercer uma dupla função, indenizatória e coercitiva, sendo que predominava a primeira função nos países “latinos” e a segunda função nos países “germânicos”.

⁶ HATZIS, Aristides N. Having the Cake and Eating It Too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law. In: *International Review of Law and Economics*, 22, 2002, p. 382

⁷ MONTEIRO, António Pinto. Cláusula Penal e Indemnização, p. 414-416;

⁸ ROSENVALD, Nelson. Cláusula Penal: A pena privada nas relações negociais, p. 28-31.

⁹ Como aponta MONTEIRO, António Pinto. Cláusula Penal e Indemnização. p. 400-402.

¹⁰ MONTEIRO, António Pinto. Cláusula Penal e Indemnização. p. 402-406.

A tese da cláusula penal como figura unitária e bifuncional foi aquela que prevaleceu nos principais países da *civil law* durante quase todo o século XX, o que pode ser verificado, por exemplo, no código português de 1966¹¹. O diploma define expressamente a figura como sendo uma estimação antecipada do valor da indenização e ao mesmo tempo possuindo uma eventual e secundária função coercitiva¹². Tal entendimento, porém, não fazia com que o funcionamento da figura fosse muito diverso daquele estabelecido no *Code* de 1804. A única novidade trazida pelo código Vaz Serra está na possibilidade do juiz, de forma equitativa, reduzir o valor da pena que for manifestamente excessiva¹³.

Este é, portanto, o panorama do desenvolvimento histórico da cláusula penal até praticamente o final do século XX. É possível apontar diversas mudanças de entendimento e de paradigma em relação à função e natureza jurídica da figura, mas que não significaram efetivamente algo que contribuísse para o funcionamento ou verdadeiro aperfeiçoamento desta. De novidade efetiva nos mais de 200 (duzentos) anos, desde a primeira regulamentação da cláusula penal, somente se verificou a possibilidade de alteração (redução ou reforço) do valor da pena pelo adjudicador através da equidade¹⁴.

Diferente é a noção mais moderna sobre a cláusula penal, que considera a existência de mais de uma espécie da figura, que deve ser determinada considerando a intenção das partes no seu

¹¹Código Civil Português. Art. 810, 1: As partes podem, porém, fixar por acordo o montante da indemnização exigível: é o que se chama cláusula penal.

¹² SILVA, João Calvão da. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória. Coimbra: Almedina, 1987, p. 247-248.

¹³ No Brasil essa possibilidade somente foi trazida com o Código Civil de 2002. Cabe ressaltar sobre este código que, diferentemente do legislador português, não foi feita uma definição da cláusula penal, algo positivo pois permite um maior desenvolvimento, seja doutrinário, seja prático/negocial, da figura.

¹⁴Sobre o assunto ver: ROSENVALD, Nelson. Cláusula Penal: A pena privada nas relações negociais, p. 215-270.

estabelecimento, e não simplesmente definições dogmáticas relacionadas à função e natureza de forma genérica.

2.2. DAS ESPÉCIES DE CLÁUSULA PENAL

A partir da década de 1980 o debate clássico sobre qual seria a única função e natureza jurídica da cláusula penal perdeu força, sendo este o início do rompimento da visão unitária e bifuncional da figura. A preocupação com a verificação da real intenção das partes no estabelecimento desta cláusula deu o tom da análise funcional da cláusula penal¹⁵. Tal movimento de rompimento com a visão unitária e bifuncional da cláusula penal iniciou-se a partir do advento da lei das cláusulas gerais alemã (AGB de 1976), e passou a ganhar corpo a partir da década de 1980 em países como a Itália e França, chegando a Portugal no início da década de 1990 e no Brasil mais recentemente no final da primeira década do século XXI.

Nesse sentido começou a ser verificado, conforme distinção já anteriormente feita pelo direito anglo-saxônico, a existência de duas espécies de cláusula penal, cada uma com uma função e natureza jurídica própria. A denominação passou a ser condicionada à espécie em questão, como *clause penale* e *clause de damages-intérêts* na França, *Clausola Penale* e *Liquidazione Convencionale del Danno* na Itália e *Vertragsstrafe* e *Schadenersatzpauschalierung* na Alemanha.

No direito lusófono tal distinção foi inicialmente verificada a partir da tese de doutoramento do professor ANTÓNIO PINTO MONTEIRO¹⁶ em Portugal, e posteriormente com a tese do professor NELSON ROSENVALD¹⁷ no Brasil. Atualmente,

¹⁵ MONTEIRO, António Pinto. Cláusula Penal e Indemnização, p. 601-618; e ROSENVALD, Nelson. Cláusula Penal: A pena privada nas relações negociais, p. 96-103.

¹⁶ MONTEIRO, António Pinto. Cláusula Penal e Indemnização.

¹⁷ ROSENVALD, Nelson. Cláusula Penal: A pena privada nas relações negociais.

influenciados por esses autores, observa-se, assim, uma tendência em ambos os países de se atentar para o perfil funcional da figura, de modo a determinar a espécie e, conseqüentemente, o modo de funcionamento destas.

A partir da verificação do objetivo das partes no estabelecimento de uma cláusula penal, portanto, se extraem duas espécies de cláusula penal, uma com função coercitiva e outra com função indenizatória, distinção esta que pode ser facilitada se considerarmos os efeitos econômicos que cada espécie pode acarretar, conforme poderá ser verificado mais à frente no presente trabalho. Antes, porém, cabe ressaltar algumas características de cada uma das duas espécies de cláusula penal, para ser possível um melhor entendimento acerca da análise econômica da figura.

2.2.1. DA CLÁUSULA PENAL *STRICTO SENSU*

Em um contrato de compra e venda de um automóvel, cujo valor do bem é de €10.000,00 (dez mil euros), quando as partes estabelecem uma cláusula que determina que o devedor deverá pagar para o credor o valor de €30.000,00 (trinta mil euros) caso não entregue o carro, não é difícil perceber que o valor da obrigação acessória não guarda semelhança com o valor da principal, constituindo uma verdadeira sanção pelo incumprimento do contrato. É exatamente nesse sentido que deve ser entendida a cláusula penal *stricto sensu*, cuja função é coagir o devedor a cumprir a obrigação, e a natureza é de pena ou sanção privada¹⁸, sendo esta a figura cuja maior atenção será dada no presente trabalho.

Trata-se de uma cláusula cujo objetivo do credor, ao estabelecê-la, não é definir antecipadamente o valor da indenização devida, mas sim compelir o devedor, forçar o cumprimento

¹⁸ ROSENVALD, Nelson. Cláusula Penal: A pena privada nas relações negociais, p. 106-110 e 206-214.

de uma determinada obrigação. Caso haja o inadimplemento o valor pago pelo devedor não será o valor do dano causado observado pelo credor, mas sim, o valor da sanção definida pela cláusula, não guardando relação com a indenização.

A cláusula penal em sentido estrito, portanto, é aquela que se aproxima da *penalty clause* da *common law*, sendo a pena convencional a ela referente propositalmente superior ao valor dos eventuais danos sofridos pelo credor em razão do inadimplemento. Porém, no direito romano-germânico, a identificação da espécie não está relacionada com a proibição ou impossibilidade de execução da pena convencional, como no direito anglo-saxônico, mas sim, na resolução de problemas que possam surgir quando da aplicação da pena¹⁹.

Dentre estes problemas, o principal, talvez, seja quanto ao controle do valor da pena convencional. Este acaba facilitado pela identificação da espécie de cláusula penal que o adjudicador estiver lidando. Assim, quando se fala na cláusula penal *stricto sensu*, o “julgador” não deverá considerar o valor do dano para reduzir a pena convencional, uma vez que não há relação entre os dois valores, devendo trata-la como uma sanção pelo descumprimento do contrato.

Neste sentido deve-se observar outros parâmetros a fim de, eventualmente, reduzir, pelo critério da equidade, a pena convencional, como por exemplo a boa-fé objetiva e o abuso de direito²⁰. Aliada a estes parâmetros, a análise das repercussões econômicas da cláusula penal, não só considerando a relação contratual interna, mas também eventuais externalidades, pode ajudar na moderação da pena convencional.

As funções e considerações sobre a ineficiência ou desvios da racionalidade dos agentes, bem como outros efeitos

¹⁹ ROSENVALD, Nelson. Cláusula Penal: A pena privada nas relações negociais, p. 112-116.

²⁰ Esse é o entendimento de MONTEIRO, António Pinto. Cláusula Penal e Indemnização, p. 728-734; e ROSENVALD, Nelson. Cláusula Penal: A pena privada nas relações negociais, p. 240-245.

econômicos que possam ser verificados, que serão analisados na sequência do presente trabalho, podem ser bastante úteis para auxiliar o terceiro adjudicador na análise da “excessividade” da pena convencional no caso concreto²¹.

2.2.2. DA CLÁUSULA DE LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA DO DANO

Por outro lado, quando, em uma obrigação de compra e venda de um automóvel, cujo valor do bem é de €10.000,00 (dez mil euros), as partes estabelecem uma cláusula que determina que o devedor deverá pagar ao credor o valor de €12.000,00 (doze mil euros) caso não entregue o carro, é possível observar que o valor da obrigação acessória guarda proximidade com o valor do principal, sendo uma estimativa antecipada do valor dos danos (patrimoniais e não patrimoniais, por exemplo) esperados. É exatamente nesse sentido que deve ser entendida a cláusula de liquidação antecipada do dano, cuja função é de definir um valor antecipado de danos esperados pelas partes caso haja o inadimplemento da obrigação, sendo a sua natureza indenizatória²².

O objetivo das partes nessa circunstância não é estabelecer uma punição em caso de inadimplemento, mas sim estabelecer qual será o valor da indenização paga pelo devedor ao credor caso haja o descumprimento de uma certa obrigação. Em caso

²¹ HATZIS, Aristides N. Having the Cake and Eating It Too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law, nota 50, p. 389; afirma que grande parte dos autores de *law and economics*, são críticos da *penalty doctrine*. Alguns autores de *law and economics*, para criticar a *penalty doctrine*, sustentam que seria preferível possibilitar um controle da cláusula penal através de parâmetros como a eficiência do que proibir sua utilização de forma universal, como ocorre. Neste sentido: FARBER, Daniel A. Reassessing the economic efficiency of compensatory damages for breach of contract. In: *Virginia Law Review* n. 66, p. 1468-1477.

²² MONTEIRO, António Pinto. Cláusula Penal e Indemnização, p. 601-604; e ROSENVALD, Nelson. Cláusula Penal: A pena privada nas relações negociais, p. 110-112.

de inadimplemento, portanto, o devedor paga o valor estabelecido pela cláusula como forma de ressarcir o credor pelos danos sofridos por causa do descumprimento culposo do devedor, não sendo necessário que o valor seja apurado por um adjudicador (juiz ou arbitro) externo à relação contratual.

A cláusula de liquidação antecipada do dano, portanto, é o que no direito anglo-saxônico se designa por *liquidated damages clause*, não devendo se falar em pena convencional dela decorrente, mas sim, indenização convencional predeterminada.

Se no caso de moderação da pena convencional pelo terceiro adjudicador não se deve levar em conta os danos causados pelo inadimplemento, quando se fala de cláusula de liquidação antecipada do dano, obviamente ele deve ser considerado. Porém há necessidade de se apurar se o valor da indenização predeterminada é manifestamente superior ao dano sofrido, não devendo ser minorada quando há apenas uma pequena variação entre os valores²³.

No controle desta espécie de cláusula penal também é importante considerar os apontamentos feitos pela literatura de *law and economics* sobre o assunto, que podem auxiliar principalmente na percepção sobre a “excessividade manifesta” do valor. Para tanto muitas vezes, além do valor monetário, será importante também verificar se não há desvios da função econômica ou ineficiências que efetivamente justifiquem uma redução do valor da indenização predeterminada pelo terceiro adjudicador.

3. ANÁLISE ECONÔMICA DA CLÁUSULA PENAL

Traçadas breves considerações sobre a evolução histórica da cláusula penal *lato sensu*, bem como uma rápida noção sobre cada uma das espécies de cláusula penal, é necessário apresentar os principais apontamentos da literatura de *Law and*

²³ MONTEIRO, António Pinto. Cláusula Penal e Indemnização, p. 741-743.

Economics sobre o assunto antes de se adentrar no cerne da questão do presente trabalho, que é a verificação das repercussões econômicas da cláusula penal quando utilizada para reforçar obrigações acessórias negativas.

Inicialmente há que se ressaltar, como já anteriormente afirmado, que o foco do presente estudo é na chamada cláusula penal *stricto sensu*, aquela com função coercitiva/sancionatória e cuja natureza é de pena privada. Quando se falar em cláusula penal, portanto, estará se referindo a esta figura. Tal restrição se justifica, uma vez que, conforme será demonstrado mais a frente, as principais críticas e controvérsias na literatura de *Law and Economics* são relativas à esta espécie, que será aqui analisada mais detalhadamente.

Ainda que muitos trabalhos no âmbito da *Law and Economics* se preocupem com a análise da eficiência²⁴ da *penalty doctrine*²⁵ ou com a análise comparativa da eficiência dos sistemas de *civil* e *common law*²⁶, é certo que se trata de uma questão amplamente discutida no seio da Teoria Econômica do Contrato, e muitas podem ser as lições tiradas desta discussão.

²⁴ Entre outros: POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, 6ª Edição. Nova York: Aspen Publishers, 2003, p. 128-131; REA JR., Samuel. *Penalty Doctrine in Contract Law*. In: *The Palgrave Dictionary of Economics and Law*, vol. III, p. 23A-27A, Editado por Paul Newman. Londres: Macmillan Reference Limited, 1998; e RUBIN, Paul. *Unenforceable Contracts: Penalty Clauses and Specific Performance*. In: *Journal of Legal Studies*, 10/2.

²⁵ Ver cit. 5 e 6, supra. Do ponto de vista da AED ver: ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 921-922 e 927-940; e REA JR., Samuel. *Penalty Doctrine in Contract Law*. In: *The Palgrave Dictionary of Economics and Law*, vol. III, p. 23A-27A, Editado por Paul Newman. Londres: Macmillan Reference Limited, 1998.

²⁶ Por exemplo: HATZIS, Aristides N. *Civil Contract Law and Economic Reasoning: An Unlikely Pair?* In: *The Architecture of European Codes and Contract Law*. Editado por: Stefan Grundmann e Martin Schauer. Kluwer Law International, *Private Law in European Context Series*, Vol. 8, p. 159-191; e MATTEI, Ugo. *The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contract*. Nos referidos trabalhos há que se destacar que ambos os autores identificam a abordagem da *civil Law* em relação à cláusula penal *lato sensu* mais eficiente que a abordagem da *common law*, o que parece ser uma constatação válida.

A presente seção pretende, portanto, apresentar um panorama geral de como a literatura de Análise Econômica do Direito vem tratando a figura, destacando as funções econômicas que ela pode exercer, bem como algumas críticas relacionadas à ineficiência desta sanção contratual e aos problemas relacionados com desvios na racionalidade que possam atrapalhar o seu estabelecimento.

3.1. FUNÇÕES ECONÔMICAS DA CLÁUSULA PENAL

No ponto 2 do presente trabalho foram analisadas as espécies de cláusula penal sob a ótica do direito civil, sendo destacada a visão mais moderna sobre a figura, que privilegia a noção funcional para cada uma das espécies, tendo em vista a necessidade de rompimento com a anterior visão unitária e bifuncional desta²⁷. Nesta perspectiva a cláusula penal *stricto sensu* teria uma função coercitiva, e a pena dela decorrente uma função sancionatória.

A *Law and Economics*, por buscar uma fuga do dogmatismo jurídico²⁸, não se preocupa tanto com a função ou natureza jurídica da cláusula penal, apontando diversas funções, do ponto de vista econômico, que podem ser exercidas ao mesmo tempo pela figura²⁹. Entre as apontadas destacam-se a função incentivadora de cumprimento, a função sinalizadora de confiança no cumprimento e a função redutora de custos de transação, conforme será detalhadamente analisado abaixo.

Cabe ressaltar que a análise destas funções é bastante útil principalmente como forma de efetivar os objetivos que as

²⁷ Ver ponto 2.2.2, *infra*.

²⁸ ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 30-34.

²⁹ Nesse sentido ver, entre outros: ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 919-920 e 940; MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito, 2ª Edição. Tradução: Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 480-481; POSNER, Richard. Economic Analysis of Law, p. 128-131.

partes buscam quando do estabelecimento desta sanção contratual. Além disso pode ajudar, entre outras coisas, no controle do valor da pena pelo terceiro adjudicador. Um desvio em alguma das funções econômicas da cláusula penal, muitas vezes, levará a uma ineficiência que poderá conduzir a abusos³⁰, havendo necessidade, por exemplo, de se minorar o valor da pena por ela estabelecido.

3.1.1. INCENTIVO

O estabelecimento pelas partes de uma cláusula penal como sanção contratual a ser paga pelo devedor ao credor, em caso de inadimplemento do contrato é um inegável incentivo (negativo) ao cumprimento da prestação, algo que é de certa forma unânime na literatura de *Law and Economics* sobre o assunto³¹.

A cláusula penal, ao prever o pagamento pelo devedor de uma pena que cujo valor é superior ao valor da indenização que eventualmente seria arbitrada pelo terceiro adjudicador em caso de inadimplemento, funciona como uma pressão no devedor. Ela faz com que exista uma motivação extra para o cumprimento da prestação³², funcionando como um incentivo para o cumprimento da obrigação. Há, com o estabelecimento desta sanção, um deslocamento nas preferências do devedor, alterando o quadro de indiferença entre o cumprimento e o incumprimento do contrato, já que as perdas relacionadas ao descumprimento do contrato aumentam e ficam maiores que aquelas observadas caso as partes escolhessem o regime supletivo de indenização.

³⁰ Sobre a relação entre o abuso de direito e a Teoria Econômica do Contrato ver: ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 570-583.

³¹ ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 919; DE GEEST, Gerrit; WUYTS, Filip. Penalty Clauses and Liquidated Damages, p. 141-161, vol. III, p. 143; MATTEI, Ugo. The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contract, p. 428; entre outros.

³² ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia, 3ª Edição. Coimbra, Almedina, 2005, p. 44B-45A.

O credor, ao exigir que o devedor aceite o estabelecimento de uma cláusula penal no contrato celebrado entre ambos, demonstra o valor que ele dá ao cumprimento do contrato, utilizando esta disposição contratual como forma de incentivar (ou mesmo forçar) o devedor a cumprir a obrigação³³. Desta forma a tendência será que o devedor tome mais precauções e cumpra a prestação de forma mais diligente, uma vez que tem um incentivo ao adimplemento do contrato celebrado entre as partes³⁴.

Cabe notar, porém, que, por ser um valor deliberadamente superior ao valor do dano que seria verificado no caso do incumprimento, podem ser verificados abusos. Quando as partes possuem assimetrias informativas consideráveis, ou nas relações em que haja um maior poder (de mercado, por exemplo) de um contratante sobre o outro, o incentivo pode dar lugar ao terrorismo contratual. Esse desvio de função, principalmente verificado nas chamadas *shotgun clauses*³⁵, faz com que a estipulação destas cláusulas seja ineficiente, à medida que não são livremente negociadas, sendo manifestamente abusivas³⁶.

Nesse sentido é fundamental verificar tanto a validade do estabelecimento deste clausulado, quanto a plausibilidade do valor estabelecido como pena convencional. Caso seja verificada a utilização da cláusula penal como forma de terrorismo e não como um incentivo, o devedor poderá solicitar a redução do valor da pena ou mesmo a anulação da disposição. A identificação da utilização adequada da função incentivadora, portanto, é um

³³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito, p. 480.

³⁴ HATZIS, Aristides N. Having the Cake and Eating It Too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law, p. 390; MATTEI, Ugo. The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contract. In: American Journal of Comparative Law, 428

³⁵ ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 934; e HATZIS, Aristides N. Civil Contract Law and Economic Reasoning: An Unlikely Pair? In: The Architecture of European Codes And Contract Law, p. 185.

³⁶ Podendo ser judicialmente consideradas nulas caso sejam estabelecidas em contratos de adesão ou consumeristas (Art. 19.º, letra “c” da Lei das Cláusulas Gerais de Portugal ou Art. 51, IV do CDC-Brasil) ou reduzidas equitativamente pelo julgador (Art. 812º do CC-Portugal ou art. 413 do CC-Brasil).

mecanismo importante para o julgador, caso este seja confrontado com a necessidade de controle da penal convencional.

3.1.2. SINALIZAÇÃO

Juntamente com a função incentivadora, a cláusula penal também exerce uma importante função sinalizadora de confiança do devedor no cumprimento da obrigação. Trata-se de uma forte demonstração que o devedor acredita que será capaz de cumprir a prestação devida, funcionando como uma espécie de garantia de cumprimento dada pelo devedor ao credor³⁷. Esta sinalização pode ser especialmente útil para os devedores “novos entrantes” em um certo mercado, e para que os credores avessos ao risco celebrem contratos³⁸, permitindo que seja alcançada uma alocação “ótima” dos riscos.

Usualmente o estabelecimento de uma cláusula penal será exigida pelo credor, cabendo o devedor aceitar sua estipulação, informando de forma simples e com baixos custos que confia que irá cumprir o contrato. Porém não fica obstado que o próprio devedor proponha o estabelecimento de uma cláusula penal, oferecendo uma espécie de “seguro” ou “caução” para o cumprimento do contrato, sinalizando de forma ainda mais clara para o credor sua confiança em cumprir com o contrato³⁹.

Esse oferecimento do devedor como refém do credor, quando ele próprio propõe o estabelecimento de uma cláusula penal, pode ser especialmente importante para a formação de contratos entre um agente já estabelecido no mercado e um novo agente, que não possui ainda uma reputação que possa ser verificável. Também é interessante quando o devedor verifica que o credor é avesso ao risco, sendo o risco alocado para aquela parte que seja o *least cost avoider*, evitando que esta aversão ao risco

³⁷ HATZIS, Aristides N. Having the Cake and Eating It Too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law, p. 390.

³⁸ POSNER, Richard. Economic Analysis of Law, p. 128.

³⁹ ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 935.

leve a uma situação de não-contrato. A sinalização, igualmente, pode ser especialmente útil para formação de contratos quando o credor valoriza subjetivamente o contrato, e mais especificamente, o cumprimento deste⁴⁰.

Porém há que se ressaltar que tal aceitação ou oferecimento de uma cláusula penal por parte do devedor nem sempre será uma sinalização idônea. Pode na verdade ser um blefe, uma farsa do devedor, que, atuando de forma oportunista, manipula a confiança do credor⁴¹. A cláusula penal é estabelecida com a falsa premissa que é uma sinalização do devedor, que verdadeiramente sabe que não terá fundos para pagar o valor da pena convencional em caso de inadimplemento, utilizando da estipulação para fazer com que o contrato seja celebrado.

Esse tipo de comportamento, que a literatura de Análise Econômica do Direito muitas vezes identifica como uma espécie de *gambling*⁴², é altamente ineficiente, uma vez que constitui uma falsa alocação dos riscos. O devedor se manifesta como o *least cost avoider*, mas na realidade sabe que ele não será capaz de suportar o risco do inadimplemento, já que não poderá pagar o valor estabelecido como sanção pela “quebra” do contrato.

Por fim, há que se destacar um dos exemplos de sinalização de confiança no cumprimento e assunção de risco pelo cumprimento, que se aproximam bastante desta função da cláusula penal, e frequentemente são usados, que são as marcas. Os produtores, ao disponibilizarem para o mercado consumidor a indicação de sua marca de forma geral, ou oferecer produtos ou serviços com marcas específicas, acaba sinalizando para os consumidores uma garantia de qualidade e responsabilidade pelo

⁴⁰ GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach. In: Columbia Law Review, vol. 77, p. 554-594, 1977.

⁴¹ ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 696.

⁴² Entre outros: HATZIS, Aristides N. Having the Cake and Eating It Too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law, p. 397; e GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach, p. 584

produto ou serviço oferecido⁴³. Eles estabelecem de modo simples e facilmente identificável uma espécie de “seguro” de qualidade do produto para o público consumidor, se responsabilizando caso haja algum defeito no produto ou serviço, ou seja, caso haja um incumprimento no contrato⁴⁴.

Sendo certo que do ponto de vista puramente civilista a marca não pode ser considerada uma cláusula penal, uma vez que não se trata de uma determinação antecipada do montante a ser pago em caso de inadimplemento do contrato, sob o prisma mais descontraído da *Law and Economics*, os efeitos econômicos de sinalização acabam sendo bastante similares. Ela pode ser considerada como uma espécie de grande cláusula (penal) sinalizadora de qualidade do produto ou serviço e assunção de responsabilidade pelos seus defeitos e danos.

Identificar a função sinalizadora também pode ser bastante útil quando do controle da pena convencional pelo terceiro adjudicador, principalmente como forma de rechaçar os pedidos de redução do valor da pena pelos devedores que agirem oportunisticamente.

3.1.3. REDUÇÃO DE CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Uma última função econômica da cláusula que merece um destaque mais detalhado no presente trabalho é a de redução dos custos de transação, que tende a ocorrer *ex post*, conforme análise que segue. Trata-se de uma função de inegável importância, pois é uma tentativa das partes trazerem a solução do problema do inadimplemento contratual o mais próximo possível

⁴³ ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia, p. 401B-402A. O autor argumenta que o consumidor, quando em uma viagem a um país diferente, por exemplo, tende a optar por se hospedar em um hotel que pertença a uma cadeia conhecida (de uma certa marca), mesmo que seja mais caro que um alojamento local, e da mesma forma tende a beber o refrigerante da marca conhecida mesmo que seja mais caro que uma outra bebida de marca desconhecida.

⁴⁴ ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 475-479.

do ótimo coaseano, se assemelhando de certa forma com a solução negocial defendida pelo autor⁴⁵.

Porém, para se verificar tal redução nos custos de transação como um todo, é necessário que alguns requisitos sejam preenchidos. A negociação pelas partes do estabelecimento de uma cláusula penal pode ser facilmente identificada como uma tentativa de complementação do contrato. Existe um regime supletivo de responsabilidade contratual que pode ser optado pelas partes, deixando o contrato incompleto⁴⁶ em relação a este ponto. Obviamente existem custos de complementação e complexidade do contrato⁴⁷, ou mais especificamente, custos de negociação envolvidos no estabelecimento de uma cláusula penal, o que faz com que os custos de transação *ex ante* se elevem⁴⁸.

Essa elevação dos custos de transação *ex ante* proveniente do “completamento” do contrato, com o estabelecimento de uma cláusula penal, pode, contudo, ser compensado com a redução dos custos de transação *ex post*, proveniente, principalmente, da redução dos custos de litigância⁴⁹, que em certos casos tendem a ser mais elevados do que os custos de negociação. A referida redução dos custos de transação se verifica principalmente quando o valor do cumprimento do contrato é de difícil ou incerta determinação, ou quando as partes já têm uma noção

⁴⁵ COASE, Ronald. The problem of social cost. In: Journal of Law and Economics, voll. III, 1960, p. 1-44.

⁴⁶ Sobre a abordagem da *Law and Economics*, principalmente no seio da Teoria Econômica do Contrato ver: ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 147-189.

⁴⁷ ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 147-151 e 510-513

⁴⁸ DE GEEST, Gerrit; WUYTS, Filip. Penalty Clauses and Liquidated Damages, p. 146.

⁴⁹ ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 921-927; HATZIS, Aristides N. Having the Cake and Eating It Too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law, p. 391; PRESSMAN, Michel. The two-contract approach to liquidated damages: A new framework for exploring the penalty clause debate. In: Virginia Law & Business Review, vol. 7, n.4, 2013, p. 662. Além da redução dos custos de litigância os autores destacam também a redução nos custos de liquidação, nos custos de erros judiciários, nos custos de acatamento, entre outros.

antecipada da “sanção pelo inadimplemento” que desejam definir⁵⁰. Assim evitam que possa haver problemas da avaliação do valor da indenização pelo terceiro adjudicador, considerando a dificuldade não só em mensurar o valor dos danos, mas em definir qual será a forma de cálculo dos danos (se por exemplo, será utilizada a *restitution*, *reliance* ou *expectation*).

A cláusula penal não leva em conta o valor do dano sofrido pelo credor em caso de incumprimento do contrato por parte do devedor sendo deliberadamente superior. Desta forma evita eventuais erros de avaliação antecipada do dano, que prejudicaria a poupança dos custos de transação⁵¹. Isto pode, inclusive, significar uma poupança de custos de transação *ex ante*, em relação à cláusula de liquidação antecipada do dano, já que as partes não terão que fazer cálculos sobre o quanto de danos que esperam que sejam verificados em caso de inadimplemento, e sim apenas definir um valor que seja razoável e suficiente para incentivar o cumprimento do contrato pelo devedor.

De forma esquematizada, pode se demonstrar que, caso os custos de negociação forem menores que os custos de litigância, a cláusula penal exercerá uma importante função de redução dos custos de transação.

Quando Estabelecida uma Cláusula Penal de forma eficiente



Quando eficientemente negociada e estabelecida, a cláusula penal possui uma função redutora dos custos de transação, pois estabelece um valor, um “preço”, que deve ser pago pelo

⁵⁰ GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach, p. 559.

⁵¹ ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 923-924. O autor sublinha que em caso de erro na avaliação antecipada do montante há um desalinhamento nos incentivos que pode levar a comportamentos ineficientes das partes, o que o que normalmente não se verifica nas cláusulas penais *stricto sensu*.

devedor, ao credor, em caso de incumprimento do contrato. Conforme já referido, acaba se aproximando da solução ótima coaseana para os problemas de definição de responsabilidade entre dois agentes econômicos, pois acaba sendo uma solução negociada, e não uma solução posta de forma exógena. Consequentemente, pelos baixos custos de transação, é uma solução que se aproxima mais das *property rules* (regras de propriedade) propostas por Calabresi e Melamed⁵², já que estabelece uma espécie de valor de titularidade (a pena convencional), que somente pode ser “adquirido” (inadimplemento do contrato) pelo devedor em caso de consentimento (recebimento do valor da pena) pelo credor, evitando a possibilidade de um fácil inadimplemento do contrato pelo devedor⁵³, podendo ser considerado como uma forma das partes definirem uma regra privada de propriedade⁵⁴.

A redução dos custos de transação, por sua vez, é especialmente importante para evitar a necessidade de um controle da cláusula penal, sendo certo que se eficientemente negociada e estabelecida, não será necessário que as partes litiguem quanto ao seu valor.

3.2. CLÁUSULA PENAL E (IN)EFICIÊNCIA

Feitas algumas considerações sobre as funções econômicas, e, de certa maneira, destacadas algumas virtudes da cláusula penal no âmbito da literatura de *Law and Economics*, cabe agora apresentar o contraponto, ou seja, algumas críticas relacionadas à eficiência, ou mais especificamente, à ineficiência da figura. Conforme já anteriormente explicitado, trata-se de uma questão bastante discutida no âmbito da teoria econômica do contrato, e, ainda que se possa apresentar diversas considerações acerca das

⁵² CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. Property Rules, Liability Rules and Inalienability: A view of the cathedral. *Harvard Law Review*, vol. 85, n. 6, 1972.

⁵³ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*, p. 262-263.

⁵⁴ FRIEDMAN, David D. *Law's order: what economics has to do with law and why it matters*. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 151.

vantagens de se estipular uma cláusula penal, não se pode olvidar das diversas críticas que são direcionadas à figura, sendo um ponto consideravelmente controverso e ambíguo da análise econômica do direito⁵⁵.

Assim, considerando esse panorama crítico que alguns autores apresentam em relação à cláusula penal, optou-se por destacar duas considerações sobre a ineficiência da figura, uma mais voltada para o devedor (cumprimento ineficiente) e outra relativa ao credor (sabotagem da relação contratual).

3.2.1. CUMPRIMENTO INEFICIENTE

A relação entre o estabelecimento de uma cláusula penal *lato sensu* e a ideia de inadimplemento eficiente é algo que surge com frequência no âmbito do Análise Econômica do Contrato, sendo certo que diversos autores já fizeram trabalhos dedicados ao tema⁵⁶. Essa discussão sobre a cláusula penal de forma geral obviamente envolve as duas espécies aqui já apresentadas⁵⁷, porém em relação à cláusula de liquidação antecipada do dano não existe muita controvérsia, uma vez que de certa maneira ela até atua como uma facilitadora⁵⁸ ou incentivadora⁵⁹ do inadimplemento eficiente do contrato, estabelecendo de forma clara, precisa e, algumas vezes, barata, o “preço” que o devedor terá que

⁵⁵ ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 932-940.

⁵⁶ Por exemplo: GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach, p. 554-594; e WILKINSON-RYAN, Tess. Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment. In: Michigan Law Review, vol. 108, p. 633-672, 2010.

⁵⁷ Ver ponto 2.2 *supra*.

⁵⁸ ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 742 e 935; e HATZIS, Aristides N. Having the Cake and Eating It Too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law, p. 391;

⁵⁹ WILKINSON-RYAN, Tess. Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment, p. 668-669. O autor, através de experimentos psicológicos, demonstra que em diversas situações a existência de uma cláusula de liquidação antecipada do dano favorece e estimula a ocorrência da quebra eficiente do contrato.

pagar pelo inadimplemento do contrato.

Já em relação à cláusula penal *stricto sensu* a visão majoritária é oposta, sendo constante a crítica de que se trata de uma cláusula que dificulta ou mesmo impede a possibilidade de ocorrer uma quebra eficiente do contrato⁶⁰, e ainda pior, força a ocorrência do cumprimento ineficiente do contrato.

A ideia de cumprimento eficiente é algo bastante difundida (mas não deliberadamente incentivada, ressalte-se) na literatura de *Law and Economics*. Mesmo que enfrente algumas críticas de ordem moral, não é rechaçada do ponto de vista utilitarista⁶¹, especialmente considerando a ideia paretiana de eficiência⁶². De forma simplificada o inadimplemento eficiente ocorre em duas situações: 1) quando um terceiro oferecer ao devedor um valor por um novo contrato que, deduzidos os custos iniciais de execução do contrato e o valor do remédio pelo inadimplemento que será utilizado (por exemplo indenização ou cláusula de liquidação antecipada do dano), seja maior que o valor original do contrato (Figura 1); e 2) quando há uma variação nos custos de execução do contrato que faça com que o valor original do seja inferior que a diferença entre o custo final e o remédio utilizado em razão do inadimplemento (Figura 2)⁶³.

⁶⁰ ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 933; DE GEEST, Gerrit; WUYTS, Filip. Penalty Clauses and Liquidated Damages, p. 148; PRESSMAN, Michel. The two-contract approach to liquidated damages: A new framework for exploring the penalty clause debate. In: Virginia Law & Business Review, vol. 7, n.4, 2013, p. 660.

⁶¹ Para uma visão mais aprofundada sobre inadimplemento eficiente ver: ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 735-760; e COOTER, Robert; Ulen, Thomas. Law and Economics, p. 215-221.

⁶² ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia, p. 235A-237A. O inadimplemento eficiente gera uma soma positiva do “bem-estar total” dentro do contrato, à medida em que o credor fica na mesma situação em que estava antes da celebração do contrato, e o devedor (inadimplente) fica em uma situação melhor que estava antes da celebração do contrato, sendo um exemplo clássico do “ótimo de pareto”.

⁶³ ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 748-754; e MICELI, Thomas J. Economics of the Law: Torts, Contracts, Property, Litigation. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 83-84.

Figura 1: **$V2 - (Ci + I) > V1$**

Figura 2: **$\Delta Ci; Cf - I > V1$**

Sendo: V1 = Valor Original do Contrato; V2 = Valor oferecido pelo Terceiro; Ci = Custo Inicial; Cf = Custo Final; e I = Indenização pelo Inadimplemento (Arbitrada pelo 3º Adjudicador ou definida pela Cláusula de Liquidação antecipada do Dano);

A cláusula penal, por estabelecer uma sanção por incumprimento que é superior e independente do valor do dano pelo inadimplemento que seria pago pelo devedor, acaba dificultando ou mesmo impossibilitando a ocorrência de inadimplemento eficiente. Isso ocorre pois: 1) em relação ao primeiro caso, dificilmente o valor oferecido pelo terceiro será superior ao valor original do contrato depois de deduzidos os custos originais de execução e o valor da cláusula penal (Figura 3); 2) em relação ao segundo caso, ainda que os custos de produção aumentem consideravelmente, a diferença entre o valor final dos custos e a cláusula penal não será maior do que o valor inicial (Figura 4).

Figura 3 **$V2 - (Ci + CP) < V1$**

Figura 4 **$\Delta Ci; Cf - CP < V1$**

Sendo: V1 = Valor Original do Contrato; V2 = Valor oferecido pelo Terceiro; Ci = Custo Inicial; Cf = Custo Final; e CP = Valor estabelecido na Cláusula Penal;

Pior que impossibilitar o incumprimento eficiente do contrato, a cláusula penal em algumas situações leva a um cumprimento ineficiente do contrato, o que ocorre no exemplo da Figura 4, uma vez que dificulta a liberação do devedor do contrato caso o cumprimento não seja mais vantajoso. Além disso o estabelecimento de uma cláusula penal no contrato acaba aumentando o preço de arrependimento, dificultando ou até mesmo impedindo a mudança de ideia do devedor que se arre-

pendeu, por exemplo, em circunstância de uma alteração de circunstâncias⁶⁴, podendo levar a situações de ineficiência tão acentuada a ponto de ser alcançada uma “lesão contratual enorme”⁶⁵.

A crítica à cláusula penal nestes termos é, talvez, a principal sustentação para os autores que defendem a chama *penalty doctrine* do direito anglo-saxão⁶⁶. Porém não parece ser forte o suficiente a ponto de se poder afirmar que tal cláusula seja de todo ineficiente, desconsiderando suas virtudes e importantes funções econômicas⁶⁷. Contra esta crítica também há que ressaltar que de forma oposta ao que é colocado, a cláusula penal é um hábil instrumento para salvaguardar as partes contra o incumprimento ineficiente⁶⁸, o que, aliado às outras funções já anteriormente destacadas, é mais um argumento a favor da aplicação deste instituto do ponto de vista econômico.

Certo é que, principalmente quando se verificar um cumprimento ineficiente do contrato, a cláusula penal poderá ser reduzida equitativamente pelo terceiro adjudicar, buscando-se, por exemplo, um patamar em que haja a possibilidade de inadimplemento eficiente do contrato, mas que ao mesmo tempo não haja um desvio na função incentivadora, sinalizadora (do ponto de vista econômico) e coercitiva (do ponto de vista jurídico) da sanção. Ainda assim, melhor do que a disputa litigiosa sobre a cláusula penal, que faz com que toda a poupança de custos de transação seja perdida, é a possibilidade de renegociação do contrato

⁶⁴ ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 625-632.

⁶⁵ ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 449-451.

⁶⁶ HATZIS, Aristides N. Having the Cake and Eating It Too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law, p. 392-393.

⁶⁷ ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 935-936; e HATZIS, Aristides N. Having the Cake and Eating It Too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law, p. 394.

⁶⁸ GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach, p. 593-994; e PRESSMAN, Michel. The two-contract approach to liquidated damages: A new framework for exploring the penalty clause debate, p. 664-665.

pelas partes, com ajuste do valor do contrato de acordo com os custos de produção ou execução verificados pelo devedor⁶⁹.

3.2.2. SABOTAGEM DO CREDOR

Uma outra preocupação relativa a eficiência que a literatura de *Law and Economics* apresenta em relação à cláusula penal diz respeito a comportamentos ineficientes ou oportunistas por parte do credor, que possam prejudicar a relação contratual ou mesmo significarem uma “captura de renda” por parte deste. Trata-se da noção de que a cláusula penal é incentivadora de sabotagem contratual por parte do credor, que pode acabar agindo de forma a não cooperar com o devedor para o cumprimento do contrato, ou mesmo agir de forma a prejudicar o cumprimento ou forçar o incumprimento do contrato, ideia também bastante difundida pelos autores que escrevem sobre o tema⁷⁰.

De forma simplificada, e relativamente generalizada, existe um entendimento entre os autores de análise econômica do direito que o remédio mais eficiente para solucionar problemas relacionados ao inadimplemento do contrato será aquele que deixe o credor em uma posição de indiferença entre o cumprimento e o incumprimento da obrigação⁷¹. Desta forma, o valor da indenização, seja ele arbitrado por um terceiro adjudicador ou estabelecido pelas partes, será eficiente se se aproximar ao máximo dos valores que o credor dá para o cumprimento e descumprimento do contrato, sendo o valor “ótimo” aquele que seja igual aos dois (Figura 5).

⁶⁹ ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 630-632.

⁷⁰ DE GEEST, Gerrit; WUYTS, Filip. Penalty Clauses and Liquidated Damages, p. 149; MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito, p. 480-481; POSNER, Richard. Economic Analysis of Law, p. 128; entre outros.

⁷¹ COOTER, Robert; Ulen, Thomas. Law and Economics, p. 203-211; e EDLIN, Aaron S. Breach Remedies. In: The Palgrave Dictionary of Economics and Law, vol. I, p. 174A-179B. Editado por Paul Newman. Londres: Macmillan Reference Limited, 1998.

Figura 5 **$V_c = I = V_d$**

Sendo: V_c = Valor do Cumprimento; V_d = Valor do Descumprimento; e I = Indenização pelo Descumprimento (Arbitrada pelo 3º Adjudicador ou definida pela Cláusula de Liquidação antecipada do Dano)

De forma diversa, o estabelecimento de uma cláusula penal, que é superior e independente do dano resultante do descumprimento do contrato, faz com que o valor que o credor dá ao cumprimento do contrato seja inferior ao valor que o credor dá ao descumprimento do contrato (Figura 6).

Figura 6 **$CP > D; V_c < V_d$**

Sendo: V_c = Valor do Cumprimento; V_d = Valor do Descumprimento; CP = Valor estabelecido na Cláusula Penal; e D = Valor do dano pelo descumprimento do contrato;

O estabelecimento de uma cláusula penal, portanto, seria ineficiente, pois faz com que o credor tenha um interesse no descumprimento do contrato maior do que o interesse no cumprimento do contrato, sendo incentivador de um comportamento com “duplo risco moral”. Como o valor que ele receberá em caso de inadimplemento por parte do credor será maior do que o que ele receberá em caso de adimplemento, o credor é incentivado a agir oportunisticamente, não cooperando com o devedor, ou mesmo prejudicando o cumprimento do contrato ou induzindo seu descumprimento⁷².

Essa alteração nas preferências do credor com pendor para preferir o incumprimento em detrimento ao cumprimento também é ineficiente pois prejudica a ideia do *decoupling*, uma vez que não incentiva que ambas as partes busquem as precauções necessárias para evitar que ocorra um dano resultante do incumprimento⁷³.

Porém não se verifica, por dois motivos, a total pertinência desta possibilidade de sabotagem do credor que é ventilada

⁷² ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 931.

⁷³ ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 937. Sobre o *decoupling* ver também p.912-919.

pela literatura de *Law and Economics*, principalmente quando se fala em cláusula penal no sistema da *civil law*.

Primeiro pois em grande parte das relações contratuais o credor valoriza subjetivamente o cumprimento do contrato. O pagamento de um valor em dinheiro, mesmo que vultoso, não é capaz de fazer com que ele prefira o descumprimento⁷⁴. De certa forma, é exatamente por valorizar o cumprimento do contrato é que o credor exige que seja estabelecida uma cláusula penal. Assim parece que em grande parte das situações, mesmo com o estabelecimento de uma cláusula desta natureza, não haverá um incentivo para que o credor sabote o cumprimento do contrato. O interesse do credor no cumprimento do contrato é consideravelmente alto, não sendo facilmente substituído pelo valor, ainda que elevado, da pena convencional.

O segundo argumento, esse sim mais específico para os países do sistema romano-germânico, é encontrado dentro do quadro normativo que regula a cláusula penal, evitando o comportamento sabotador do credor. Na maioria dos países de *civil law*, como no Brasil e em Portugal, a cláusula penal somente pode ser exigida caso o inadimplemento ocorra por motivo imputável ao devedor, ou seja, quando ele haja com culpa⁷⁵. O credor atue com vias de impedir ou prejudicar o cumprimento do contrato não pode executar a pena convencional, uma vez que não houve culpa do credor. Além disso existem mecanismos de salvaguarda do devedor que tente cumprir uma prestação quando

⁷⁴ MATTEI, Ugo. The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contract, p. 427-430. O autor apresenta um bom exemplo de um credor que possui um alto valor subjetivo de cumprimento para o contrato, e exatamente por esse motivo, exige que o devedor aceite uma cláusula penal.

⁷⁵ Na legislação brasileira tal aspecto se depreende do art. 408 do CCB: “Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, *culposamente*, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora (grifou-se). Já na legislação portuguesa tal exigência é depreendida de uma interpretação sistemática do art. 810 do CCP, inserido na subseção sobre a “Falta de cumprimento e mora imputáveis ao devedor”.

o devedor não colabora para esse cumprimento, afastando a possibilidade de sabotagem⁷⁶.

3.3. CLÁUSULA PENAL E BEHAVIORISMO

As críticas direcionadas à cláusula penal não se encontram apenas no campo da análise da eficiência deste tipo de estipulação contratual, mas também no campo da análise comportamental, também conhecida como Economia Comportamental, Behaviorismo ou *Law and Psychology*⁷⁷. Essa abordagem da análise econômica do direito confronta a visão clássica da racionalidade perfeita do agente econômico, mostrando que existem diversos desvios no comportamento racional perfeito (*bias*) que podem prejudicar as relações contratuais⁷⁸.

Sob esta perspectiva são várias as críticas direcionadas à Cláusula Penal que são ilustradas com alguns dos desvios de comportamento, existindo vários trabalhos dedicado ao assunto⁷⁹. Assim como foi feito em relação à análise sobre a eficiência, optou-se por destacar dois vieses cognitivos (*bias*) que podem interferir no funcionamento da cláusula penal, e desta forma, prejudicar a relação contratual, sendo um relacionado com o devedor (excesso de otimismo), e outro relacionado com o credor (efeito dotação).

A verificação da ocorrência destes desvios é mais uma importante ferramenta que a Análise Econômica do Direito pode

⁷⁶ Como por exemplo o instituto da consignação em pagamento, arts. 334 e ss do Código Civil Brasileiro;

⁷⁷ Para uma visão geral sobre o assunto ver: ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 304-319.

⁷⁸ ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 311-313.

⁷⁹ BAFFI, Enrico. Efficient Penalty Clauses with Debiasing: Lessons from Cognitive Psychology, 2007; EISENBERG, Melvin Aron. The Limits Of Cognition And The Limits Of Contract, In: Stanford Law Review, nº 47, p. 211 e ss., 1995; HILLMAN, Robert A. The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis: The Case of Liquidated Damages. Cornell Law Faculty Publications. Paper 548, 2007; WILKINSON-RYAN, Tess. Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment; entre outros.

dar para o terceiro adjudicador quando do controle da pena convencional solicitada pelo devedor.

3.3.1. EXCESSO DE OTIMISMO

“Que não receies, homem, não serei cobrado.
Dentro de uns dois meses, isso um bom mês antes
Da expiração do prazo, conto ter de volta
Três vezes o triplo do valor desta verba”⁸⁰

Do ponto de vista do devedor o excesso de otimismo (overoptimism) se destaca como um dos *bias* que podem atraparalhar o estabelecimento de uma cláusula penal, e, desta forma, eventualmente prejudicar a relação contratual como um todo. Trata-se de um desvio no comportamento do agente racional bastante destacado pelos autores que estudam a economia comportamental, que apontam uma tendência das pessoas serem excessivamente otimistas em relação ao sucesso dos eventos planejados⁸¹. Mais especificamente, nas relações contratual, acaba existindo crença que partes que serão capazes de cumprir o contrato, sendo a possibilidade de inadimplemento muitas vezes desconsiderada.

Sob esta perspectiva o estabelecimento de uma cláusula penal, muitas vezes, será irracional, à medida que o devedor, por confiar de forma excessiva e irrealista que irá cumprir o contrato, e por não considerar a hipótese de descumprimento, aceita se submeter a uma cláusula penal⁸², posteriormente se arrependendo ou não conseguindo pagar a pena. É possível ilustrar este excesso de otimismo do devedor com a cena extraída da peça de

⁸⁰ SHAKESPEARE, William. O Mercador de Veneza. Traduzido por Daniel Jonas. Lisboa: Edições Cotovia, 2008, p. 35.

⁸¹ BAFFI, Enrico. Efficient Penalty Clauses with Debiasing: Lessons from Cognitive Psychology, p. 7-8.

⁸² EISENBERG, Melvin Aron. The Limits Of Cognition And The Limits Of Contract, p. 228-229.

WILLIAM SHAKESPEARE, O Mercador de Veneza. O devedor, António, ao confiar “cegamente” que será capaz de pagar o empréstimo feito por seu amigo Bassânio, junto ao judeu usurário Shylock, aceita como cláusula penal por inadimplemento do contrato a extração de 1 (uma) libra de carne de seu corpo, sendo certo que, mesmo totalmente confiante que irá cumprir a prestação, não é o que acontece na continuação da história⁸³.

O excesso de otimismo acaba fazendo com que muitas vezes os devedores aceitem cláusula penais com montantes exorbitantes, pois a possibilidade de pagamento é considerada remota ou mesmo ignorada, na falsa percepção de que quando planejadas as obrigações possuem uma pequena chance de serem descumpridas. Isto faz com que as importantes funções de sinalização e redução de custos de transação da cláusula penal sejam perdidas, podendo trazer diversos problemas à relação contratual.

Destarte, o devedor leva o credor ao erro, ou porque sinaliza uma confiança irreal no adimplemento da prestação, ou mesmo porque na verdade nem considerou a possibilidade de pagar o valor estabelecido pela cláusula penal. Da mesma forma há uma possibilidade de que os custos de transação *ex post* se elevem, já que uma cláusula penal estabelecida neste cenário, provavelmente será contestada judicial ou extrajudicialmente⁸⁴, fazendo com que custos de litigância aumentem.

Ainda que tal percepção pareça correta e seja um forte argumento contra a utilização da cláusula penal⁸⁵ não parece que seja um problema inultrapassável a ponto de ser necessária a proibição deste tipo de estipulação contratual como ocorre de forma mais ou menos generalizada no sistema da *common law*.

⁸³ SHAKESPEARE, William. O Mercador de Veneza.

⁸⁴ ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 926-927;

⁸⁵ Sendo um dos pilares de sustentação da *penalty doctrine* anglo-saxônica: BAFFI, Enrico. Efficient Penalty Clauses with Debiasing: Lessons from Cognitive Psychology, p. 10-12; e EISENBERG, Melvin Aron. The Limits of Cognition And The Limits Of Contract, p. 225-230.

São três os principais argumentos capazes de, em maior ou menor medida, mitigar ou afastar essa pesada crítica ao recurso da cláusula penal.

O primeiro argumento é o da liberdade contratual, sendo certo que se todos os vieses cognitivos fossem considerados em todas as relações e estipulações contratuais haveria uma considerável redução desta liberdade⁸⁶. O segundo argumento é o da utilização de mecanismos de redução dos desvios na racionalidade (*debiassing*) que as partes, principalmente as mais sofisticadas, possuem, com destaque para soluções de hierarquia e supervisão nas negociações, principalmente em contratos empresariais⁸⁷.

Por fim, o terceiro argumento diz respeito ao quadro normativo regulamentador da cláusula penal nos países de *civil law*, onde há a possibilidade de redução equitativa do valor da pena convencional pelo terceiro adjudicador. É possível a diminuição do montante estipulado por uma cláusula penal que for excessivamente elevado, conforme já explicitado. Desta forma o excesso de otimismo pode outro importante aspecto a ser levado em conta quando da necessidade de decisão pelo adjudicador em um litígio sobre o valor da pena convencional.

3.3.2. EFEITO DOTAÇÃO

Em relação ao credor também podem haver desvios no seu comportamento racional que prejudiquem a estipulação de uma cláusula penal, cabendo destacar um viés cognitivo conhecido como efeito dotação (*endowment effect*). Trata-se da sensação de que a perda é mais dolorosa do que os ganhos⁸⁸. Tal

⁸⁶ ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 927-928.

⁸⁷ BAFFI, Enrico. Efficient Penalty Clauses with Debiassing: Lessons from Cognitive Psychology, p. 13-16.

⁸⁸ KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. In: *Econometrica*, vol. 47, nº. 2, p. 263-291, Março 1979. Os autores procuram provar de forma empírica que “losses loom larger than gains” (p. 279).

viés cognitivo é bastante trabalhado pelos estudiosos do behaviorismo⁸⁹. Os agentes econômicos, que, em não raras vezes, possuem um valor de disposição a pagar (VDP) por um bem alheio menor do que um valor de disposição de aceitar ou vender (VDA) pelo mesmo bem que lhe pertença⁹⁰. São, portanto, muitas vezes avessos à perda, hipervalorizando suas próprias posses e bens.

Esse padrão comportamental pode ser especialmente prejudicial quando do estabelecimento de uma cláusula penal, pois fará com que o credor aumente significativamente o valor que dá para cumprimento do contrato. Consequentemente haverá um aumento do valor da cláusula penal exigido pelo credor para celebrar o contrato. Isto pode ocorrer pois o credor, possuindo uma aversão à perda acentuada, não irá facilmente aceitar que o contrato seja descumprido, exigindo uma garantia suficiente de que o devedor irá adimplir o contrato, ou seja, exigindo que o incentivo para cumprimento (cláusula penal no caso) seja potencializado.

Essa eventual hipervalorização do cumprimento que o credor possui, decorrente de sua aversão à perda, pode dificultar a formação e a negociação do contrato. Pode ser exigida uma cláusula penal com um valor tão elevado que o devedor dificilmente irá aceitar se submeter. Assim os custos de transação totais tendem a aumentar, uma vez que a redução nos custos de transação *ex post* (custos de litigância) não serão suficientes para compensar a elevação nos custos de transação *ex ante* (custos de negociação), prejudicando esta importante função econômica da cláusula penal.

⁸⁹ Por exemplo: KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack L.; THALER, Richard H. Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias. In: *The Journal of Economic Perspectives*, 5(1), pp. 193-206, 1991; e THALER, Richard. Toward a Positive Theory of Consumers Choice. In: *Journal of Economic Behavior and Organization*, n. 1, 1980, p. 39-60.

⁹⁰ ZANITELLI, Leandro Martins. Efeito Da Dotação (Endowment Effect) e a Responsabilidade Civil. In: *Revista Direito GV*, vol. 2, nº 1, p. 131 – 150, jan-jun 2006, p. 134-136.

Porém, assim como sublinhado no ponto acima, e em certa medida pelas mesmas razões apontadas, o referido problema não é absoluto, não devendo ser motivo para o afastamento da possibilidade de utilização da cláusula penal. Além disso, mais uma vez deve ser ressaltada, que existe a possibilidade de redução da penal convencional, e é importante que o adjudicador verifique a ocorrência desse desvio na relação contratual, como forma de controlar o valor da sanção.

4. CLÁUSULA PENAL E OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS NEGATIVAS

Na seção anterior do presente trabalho foram apresentadas algumas das principais considerações da literatura de *Law and Economics* em relação à cláusula penal, de certa forma perspectivando um quadro de prós e contras que os autores tendem a destacar quando da análise econômica da figura. Neste sentido foram apontadas três funções econômicas que idealmente são esperadas quando as partes estabelecem esse tipo de sanção contra o incumprimento em um contrato, que são as virtudes nela encontradas, bem como destacados alguns problemas que podem ser verificados quando do seu estabelecimento.

Cumprido salientar que tal análise foi realizada considerando a cláusula penal de forma abstrata, sendo certo que o foco do presente trabalho é a análise dos efeitos econômicos desta cláusula quando utilizada para reforçar obrigações acessórias. Cabe agora, portanto, verificar se as considerações feitas na seção anterior em relação às funções e aos problemas da cláusula penal se aplicam na hipótese ventilada, e, se além destas, podemos verificar outras repercussões econômicas.

4.1. NOÇÃO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA NEGATIVA

Quando se fala em obrigação acessória negativa é necessário fazer uma breve explicação, delimitando o que se entende por obrigação negativa e o que se entende por obrigação acessória. Considerando o foco do presente trabalho há também que situar a referida noção no âmbito da *Law and Economics*, como forma de compatibilizar a análise que será feita posteriormente.

A obrigação negativa, é uma obrigação de *non facere* (não fazer), ou seja, uma obrigação de abstenção do devedor em relação a uma certa ação definida pelo credor. O seu objeto é uma ação omissiva daquele que se obriga, sendo o inadimplemento desta obrigação observado quando o devedor pratica o ato que não deveria praticar⁹¹.

Já a obrigação acessória é aquela que é acessória e diversa da obrigação principal, sendo certo que quando falamos em uma relação contratual, falamos em obrigação secundária, ou prestação secundária ao objeto principal do contrato⁹². Tal obrigação pode surgir por determinação legal ou por estipulação entre as partes, através do estabelecimento de uma cláusula de obrigação acessória, hipótese esta que é a colocada no presente trabalho.

Assim, o que se cogita é o estabelecimento, em um contrato, de uma cláusula que determine para um dos contratantes uma obrigação de não fazer, uma omissão, que seja secundária à prestação principal, que será uma cláusula de obrigação acessória negativa. Mais especificamente, como forma de melhor ser trabalhada a análise das repercussões econômicas do estabelecimento de uma cláusula penal para reforçar esta cláusula acessória, será considerada uma obrigação acessória específica, qual seja, a obrigação de exclusividade.

Do ponto de vista da teoria econômica do contrato as obrigações acessórias possuem relevância quando se fala na

⁹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. II, 19ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 42-43.

⁹² CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil Português, VI – Direito das Obrigações, 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2012, p. 496-497.

abordagem relacional do contrato⁹³. Pela complexidade e, de certa forma, durabilidade das relações contratuais, muitas vezes vão existir normas de condutas (obrigações) implícitas que podem definir prestações secundárias para as partes de um contrato. Nesse contexto de abordagem relacional, considerando o objeto do presente trabalho, a análise das restrições verticais⁹⁴ é o campo que irá influenciar de forma decisiva o presente trabalho, já que a exclusividade é um dos seus exemplos clássicos, significando que não só serão observados os efeitos econômicos internos na relação contratual, mas também eventuais efeitos externos (externalidades) que possam afetar, por exemplo, a concorrência e o mercado consumidor.

4.2. EXCLUSIVIDADE

Apresentada a noção de obrigação negativa acessória e definida a obrigação de exclusividade como aquela que será estudada, antes de se passar para a análise das repercussões econômicas que a utilização de uma cláusula penal como reforço da referida cláusula, somente mais uma brevíssima consideração precisa ser feita. A exclusividade no âmbito do estudo das restrições verticais pode assumir diversas formas, e estabelecer diversas obrigações, tanto negativas quanto positivas⁹⁵.

⁹³ Sobre o assunto ver: ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 393-430.

⁹⁴ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. Eficiência Econômica e Restrições Verticais. Lisboa: Editora AAFDL, 2008, p. 279-563. A autora (p. 279-283) indica que as Restrições Verticais são práticas, usualmente contratuais, parecidas com a integração vertical, mas que, por se dar entre empresas, que acabam mantendo autonomia, acaba sendo diferente desta. Estas práticas comerciais, feitas através de integrações contratuais, são importantes para se buscar um maior nível de cooperação entre as partes, e também como forma de ser uma alternativa aos mecanismos tradicionais de preços do mercado. São limitações à atividade concorrencial, fixadas através de cláusulas contratuais, como forma de desenhar um alinhamento de incentivos que promovam uma relação cooperativa mais longa, sendo uma alternativa à solução de empresa (integração vertical) e à solução de mercado.

⁹⁵ Sobre os diversos tipos de exclusividade ver: FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz.

No presente trabalho, exatamente pelo foco que foi dado, serão analisadas as cláusulas de exclusividade que estabeleçam prestações omissivas, e que, pela sua natureza, muitas vezes acabam estabelecendo também obrigações de não-concorrência. Tal ressalva parece ser óbvia, mas não é, uma vez que em certas ocasiões serão estabelecidos comportamentos ativos pelas disposições contratuais, como o da compra exclusiva, mas no presente caso será analisado o efeito passivo desta disposição, ou seja, a obrigação de não-negociar com terceiros, de não comprar produtos de terceiros que decorrem da cláusula de exclusividade.

4.2.1. ANÁLISE GERAL

Já foi evidenciado que a cláusula penal pode exercer três importantes funções econômicas, que podem acabar sendo prejudicadas por quatro problemas que envolvem a eficiência da figura e a racionalidade dos contratantes. A principal questão do presente trabalho, porém, é saber se as conclusões alcançadas dentro de uma análise em abstrato da cláusula penal se aplicam quando esta estiver sendo utilizada para reforçar uma cláusula de exclusividade, e posteriormente verificar se existem outras repercussões econômicas que podem ser observadas.

Em relação às funções econômicas, a primeira a ser verificada é a função incentivadora que a cláusula penal exerce no devedor, “motivando” contra o inadimplemento do contrato ou da prestação. Sendo certo que a exclusividade, por ser uma espécie de restrição vertical, já possui, por si só, uma função incentivadora relativamente à intensidade e duração da relação contratual, o reforço desta obrigação com o estabelecimento de uma cláusula penal é também um reforço nesta importante função econômica⁹⁶. Um contratante quando exige que o outro

Eficiência Econômica e Restrições Verticais, p. 328-351.

⁹⁶ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. Eficiência Econômica e Restrições Verticais, p. 381 e 302.

aceite o estabelecimento de uma sanção contratual (no caso cláusula penal) contra o inadimplemento da obrigação de exclusividade está incentivando de forma explícita que a relação contratual não seja desfeita por um terceiro, sendo possível afirmar que esta função econômica incentivadora é verificada.

Da mesma forma a função sinalizadora também pode ser verificada na hipótese ventilada, uma vez que, quando um dos contratantes aceita a estipulação de uma cláusula penal para reforçar a obrigação de exclusividade, acaba demonstrando para a outra parte que não está disposto a desfazer a relação contratual caso um terceiro apareça para negociar. A parte contratante sinaliza que confia que irá cumprir com a obrigação de exclusividade⁹⁷ ou mesmo pode sinalizar que é um entrante no mercado com o menor custo⁹⁸, fazendo com que a outra parte esteja mais propensa a sair da posição de não-contrato e estabelecer uma relação contratual.

Por fim, quanto à última função, de redução de custos de transação, esta também é verificada, e de certa forma reforçada pela própria função redutora de custos de transação que a exclusividade já possui⁹⁹. Além de diminuir os custos de transação *ex post* (custos de litigância), a definição de um valor que deve ser pago por um dos contratantes ao outro em caso de quebra da exclusividade acaba fazendo com que a solução se aproxime mais das regras de propriedade¹⁰⁰ e, se suficientemente alto, minimiza os possíveis conflitos e custos de renegociação futuros que podem aumentar os custos de transação¹⁰¹. Desta forma, há

⁹⁷ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. Eficiência Econômica e Restrições Verticais, p. 304.

⁹⁸ BRODLEY, Joseph F; MA, Ching-to Albert. Contract Penalties, Monopolizing Strategies, and Antitrust Policy. In: Stanford Law Review, vol. 45, p. 1161-1213, 1992-1993, p. 1175.

⁹⁹ WILEY JR, John Shepard. Exclusionary Agreements. In: The Palgrave Dictionary of Economics and Law, vol. II, p. 110B-116B, Editado por Paul Newman. Londres: Macmillan Reference Limited, 1998, p. 110B.

¹⁰⁰ Ver ponto 3.1.3 *supra*.

¹⁰¹ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. Eficiência Econômica e Restrições Verticais,

uma potencialização na redução dos custos de transação quando há a união destas duas cláusulas contratuais.

Se as funções econômicas destacadas na análise em abstrato da cláusula penal são verificadas e de certa forma reforçadas quando do estabelecimento em conjunto com uma cláusula de exclusividade, os problemas apontados acabam sendo mitigados ou mesmo afastados.

A começar pelo problema do cumprimento ineficiente e da criação de barreiras ao incumprimento eficiente, este não é verificado por dois motivos. A cláusula penal neste caso não é utilizada como sanção contra o inadimplemento da obrigação principal, e sim, de uma prestação secundária negativa, não prejudicando as hipóteses de inadimplemento eficiente em razão de uma variação nos custos, por exemplo. Além disso, a função principal da cláusula de exclusividade é de evitar que um ou ambos os contratantes façam negociações com terceiros, sendo que o reforço com uma cláusula penal tem o efeito explícito de evitar a quebra do contrato por um terceiro. Muitas vezes há inclusive uma função de barreira de entrada, incentivando explicitamente que não haja o inadimplemento eficiente do contrato causado por um terceiro, conforme será demonstrado adiante.

Quanto à hipótese de sabotagem pelo credor também não se cogita, pois não se vislumbra um real interesse de um dos contratantes em forçar o outro a quebrar a exclusividade, bem como uma falta de cooperação entre as partes no contexto ventilado de contratos relacionais e restrições verticais¹⁰². Além disso há, como já anteriormente explicitado, a necessidade de comprovação de culpa do inadimplente da obrigação para que a cláusula penal possa ser exigida, o que poderia obstar a execução da pena nesse contexto de sabotagem.

p. 384.

¹⁰² FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. Eficiência Econômica e Restrições Verticais, p. 283-288.

Para finalizar os problemas do ponto de vista da racionalidade ilimitada das partes contratantes também não prosperam, principalmente nas situações que serão abaixo cogitadas, pois são relações contratuais que resultam de negociações complexas, com partes normalmente sofisticadas, com estruturas hierarquizadas capazes de mitigar os desvios comportamentais¹⁰³. Ademais é possível vislumbrar que o excesso de otimismo seja reduzido por se tratar de uma obrigação de não fazer, que, por ser uma omissão, tende a ser mais facilmente adimplida.

Quanto ao problema do efeito dotação, este pode ser mitigado, por exemplo, através da definição de valores próximos à solução de *disgorgement*¹⁰⁴. Uma solução que, por exemplo, definisse que a parte que quebre a cláusula de exclusividade deva pagar para a outra parte todo o valor que lucrar desse inadimplemento, evitaria a definição de um valor exorbitante *ex ante*, afastando o problema de hipervalorização dos valores subjetivos relacionados à exclusividade.

4.2.2. ANÁLISE EM CONTRATOS ESPECÍFICOS

Quando se fala nos efeitos econômicos da utilização de cláusulas penais para reforçar obrigações acessórias negativas, como a exclusividade, não são apenas os explicitados acima que são verificados. De acordo com o tipo de contrato que esta sanção contratual contra o incumprimento é utilizada é possível observar outras repercussões econômicas. Aliás, tais repercussões e efeitos podem tanto influenciar a relação contratual interna como impactar tanto os contratantes como terceiros.

Para que seja possível verificar tais efeitos econômicos foram escolhidos três tipos contratuais que usualmente estabelecem cláusulas acessórias com obrigação de exclusividade de

¹⁰³ Cit. 63.

¹⁰⁴ Sobre *disgorgement* ver: ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 819-827.0

uma ou de ambas as partes. Assim, levando-se em conta que as funções econômicas já analisadas no presente trabalho, em maior ou menor medida estarão presentes, outros efeitos que podem ser percebidos serão evidenciados.

4.2.2.1. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ALTA ESPECIALIZAÇÃO

No atual contexto econômico de globalização e alta tecnologia não é incomum que as empresas descentralizem os serviços secundários que não envolvem a produção do seu resultado fim. Quando se pensa em uma grande empresa do ramo automotivo, não se imagina que todos os serviços necessários para o bom funcionamento da empresa, mas que não pertençam à cadeia produtiva principal, sejam prestados diretamente por elementos da própria companhia.

Nesse exato contexto é que se cogita o contrato de Outsourcing, aqui designado como Contrato de Prestação de Serviços de Alta Especialização. É a “terceirização” de uma atividade da empresa, que não seja o objeto desta, através da contratação de outra empresa que seja especializada em um certo serviço¹⁰⁵. A Automotiva, portanto, buscando uma maior eficiência na produção de automóveis, acaba contratando uma empresa de tecnologia da informação (TI) para gerir todo a serviço de processamento de dados e administração dos sistemas de redes, por exemplo.

Ao contratar uma empresa de TI para prestar esses serviços de alta especialização, existe uma grande possibilidade da Automotiva exigir que o serviço seja prestado de forma exclusiva. Para incentivar a manutenção da exclusividade também exigirá que seja estabelecida uma cláusula penal para o caso de

¹⁰⁵ Sobre o Contrato de Outsourcing, e principalmente suas origens e conceito, ver: PIZZARRO, Sebastião Nóbrega. O Contrato de Outsourcing. Coimbra: Coimbra Editora: 2010, p. 9-20.

incumprimento desta obrigação. A empresa contratada, por sua vez, ao aceitar o estabelecimento da referida cláusula penal, demonstra confiança que irá cumprir com a obrigação, mas pode também ela exigir uma cláusula penal. Estas hipóteses constituem representam uma forma bastante eficiente de alocação de riscos, algo essencial nesse tipo de contrato¹⁰⁶, já que os custos de litigância são elevados, considerando, principalmente, a dificuldade de se arbitrar o valor da indenização decorrente de uma quebra de exclusividade.

Considerando que a exigência venha da empresa que está recebendo a prestação de serviços, no caso hipotético, a Automotiva, além de ser um incentivo para a outra parte cumprir com a exclusividade, outro efeito que se verifica é um possível aumento da qualidade dos serviços prestados. À medida que todos os esforços estarão voltados para a prestação direcionada para a empresa, ocorrerá uma especialização ainda maior destes, aumentando assim os níveis de qualidade desta prestação. Aceitar esta cláusula penal por parte da empresa contratada pode ser especialmente importante quando se tratar de uma empresa “nova” no mercado, principalmente do ponto de vista reputacional, sendo uma forma de sinalizar sua credibilidade para a contratante¹⁰⁷.

Por outro lado, a exigência de uma cláusula de exclusividade reforçada por uma cláusula penal pela empresa prestadora dos serviços pode significar um comportamento estratégico contra seus concorrentes, à medida que cria um impedimento que o contratante, a Automotiva, contrate os mesmos serviços de outras empresas do setor. Esta utilização estratégia, porém, pode ter efeitos perversos do ponto de vista concorrência, pois pode significar uma barreira de entrada para novos concorrentes¹⁰⁸ e conseqüentemente levar a uma diminuição da evolução

¹⁰⁶ DE SILVA, Samitha; GOLDING, Paul. Outsourcing Contracts: Lesson Learned. In: Commonwealth Law Bulletin, vol. 31, nº. 2, p. 3-51, 2005, p. 19-31.

¹⁰⁷ ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 921-922 e 935.

¹⁰⁸ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. Eficiência Econômica e Restrições Verticais,

tecnológica¹⁰⁹.

Quando um terceiro adjudicador estiver controlando o valor de uma pena convencional relacionada a uma cláusula de exclusividade em um contrato de *outsourcing*, portanto, uma das questões que devem ser observadas diz respeito aos eventuais efeitos perversos que esta sanção pode desencadear, principalmente do ponto de vista concorrencial.

4.2.2.2. CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO

Outro tipo de contrato que decorre da uma certa “terceirização” das atividades das empresas, e, que de forma bastante comum, estabelece cláusulas de exclusividade¹¹⁰ é o contrato de distribuição¹¹¹. Quando se pensa em uma gigante do ramo das bebidas, que possua uma marca de cerveja mundialmente famosa, não é raro verificar a possibilidade desta empresa não fazer a disponibilização direta do produto para os consumidores, contratando uma empresa intermediária, uma distribuidora ou um grossista, para distribuir os produtos para o público consumidor.

Nesta relação contratual é comum que a Cervejeira exija exclusividade da contratada na distribuição de seu produto, como forma de obter o melhor e mais especializado serviço, como já sublinhado. Esta obrigação pode eventualmente ser reforçada com a exigência do estabelecimento de uma cláusula penal no desenho contratual, sendo um incentivo voltado para evitar a quebra de exclusividade por parte da distribuidora.

Os efeitos econômicos acima explicitados (ponto 4.2.1)

p. 472

¹⁰⁹ BRODLEY, Joseph F; MA, Ching-to Albert. Contract Penalties, Monopolizing Strategies, and Antitrust Policy, p. 1163-1664.

¹¹⁰ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. Eficiência Econômica e Restrições Verticais, p. 328-330 e 389-392.

¹¹¹ Sobre o contrato de distribuição do ponto de vista do direito civil e comercial ver: MONTEIRO, António Pinto. Contratos de Distribuição Comercial. Coimbra: Almedina, 2002, p. 33-74.

também são verificados nos contratos de distribuição, sendo observado de forma ainda mais intensa a criação de uma barreira de entrada¹¹². Ao estabelecer uma cláusula penal reforçando uma obrigação de exclusividade em um contrato de distribuição, muitas vezes devido ao seu poder de mercado, a Cervejeira evita que o contratado distribua os produtos de seus concorrentes já estabelecidos. Mais que isto, evita que novos concorrentes entrem no mercado, à medida que o preço de entrada irá aumentar consideravelmente, já que para contratar a distribuidora, o novo entrante terá um custo bastante elevado¹¹³.

A criação de uma barreira de concorrência para os produtos produzidos pela Cervejeira e distribuídos pelo contratado, através do estabelecimento de uma cláusula penal, pode ser vantajoso para as ambas as partes integrantes desta relação contratual. Ela é utilizada de forma estratégica para que seja possível, por exemplo, capturar o lucro dos novos entrantes impossibilitados de adentrar no mercado. Do ponto de vista concorrencial e de mercado, porém, esta prática pode gerar externalidades negativas, uma vez que, não só há uma captura de renda monopolística, mas também poderá significar um repasse do risco do pagamento da pena do distribuidor para o consumidor. Assim, pode ocorrer um aumento de preços para o destinatário final do produto¹¹⁴, algo que deve ser considerado quando do controle do valor da pena convencional pelo terceiro adjudicador.

¹¹² AGHION, Phillippe; BOLTON, Patrick. Contracts as a Barrier to Entry. *The American Economic Review*, Vol. 77, No. 3 (Jun., 1987), pp. 388-401. Os autores demonstram através de um modelo matemático como o estabelecimento de uma cláusula penal pode fazer com que seja criada uma barreira de entrada no mercado para novos agentes econômicos, podendo significar perdas de bem-estar social.

¹¹³ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Eficiência Econômica e Restrições Verticais*, p. 345-347.

¹¹⁴ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Eficiência Econômica e Restrições Verticais*, p. 338-351 e 574. Na p. 339-340 a autora sublinha que a adoção de incentivos positivos relacionados à obrigação de exclusividade, como descontos oferecidos pelo produtor ao distribuidor pela manutenção da exclusividade, são mais benéficos à concorrência, e podem significar externalidades positivas, à medida que pode ser verificada uma diminuição do preço do produto para o consumidor final do bem.

4.2.2.3. CONTRATO DE FRANQUIA

Para finalizar, um último contrato merece destaque, pois tendo efeitos econômicos opostos aos apresentados acima. No contrato de Franquia Empresarial¹¹⁵, ou *business franchise*, a ideia de exclusividade é uma das imediatamente associadas, uma vez que decorre da própria forma e natureza do contrato¹¹⁶. Junto a esta obrigação não é rara a exigência do pagamento de uma pena convencional em caso de inadimplemento desta obrigação acessória.

Uma empresa do ramo de alimentação, quando decide franquear o seu conceito empresarial, ao permitir que outras pessoas ou empresas abram restaurantes com a sua marca, produtos e forma de serviço, usualmente irá exigir que o franqueado seja exclusivo. Está restrição vertical muitas vezes, redundante, entre outras coisas, em uma maior eficiência da relação contratual e em uma redução dos custos de transação¹¹⁷. Como forma de incentivar o franqueado a manter a exclusividade, o franqueador irá exigir que seja estabelecida uma cláusula penal sancionadora desta obrigação, e, como já visto diversas vezes, o franqueado ao aceitar tal disposição sinaliza sua confiança para a outra parte.

¹¹⁵ Para uma visão da doutrina civilista sobre a Franquia ver: CORDEIRO, António Menezes. Do Contrato de Franquia (Franchising): Autonomia Privada versus Tipicidade Negocial. Separata de: Revista da Ordem dos Advogados, Ano 48, Lisboa, Abril 1988, p. 63-84; e MONTEIRO, António Pinto. Contratos de Agência, de Concessão e de Franquia. Separata de: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia”, Coimbra, 1989, p. 317-327.

¹¹⁶ Para uma análise econômica da Franquia: ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato, p. 998-1011. O autor na p. 1010-1011 destaca que pelas características desse “híbrido contratual”, como partilha de marca e *know-how* é comum que restrições verticais, como a exclusividade, sejam estabelecidas no contrato.

¹¹⁷ DNES, Antony. Franchise Contracts. In: The Palgrave Dictionary of Economics and Law, vol. II, p. 155B-159A, Editado por Paul Newman. Londres: Macmillan Reference Limited, 1998, p. 157; e DNES, Antony W. Franchise Contracts. In: Encyclopedia of Law and Economics, vol. III, p. 1092-1103, Editado por: Boudewijn Bouckart e Gerrit De Geest. Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 1097-1098.

No contrato de franquia pode ser percebido que o efeito incentivador da exclusividade não é somente voltado para o franqueado, mas acaba gerando um efeito em toda a cadeia de franquias. Trata-se de uma forma a baixos custos de manutenção da qualidade dos produtos e da reputação da marca perante o mercado¹¹⁸. A manutenção da qualidade dos produtos e serviços da rede de franquia é percebida, e beneficia, todos os que se encontram nesta cadeia, e acaba favorecendo (incentivando) que as relações contratuais sejam mais longas, o que é potencializado pelo estabelecimento de uma cláusula penal reforçando a obrigação de exclusividade.

Isto porque a penalidade contratual tem o efeito de diminuir os custos de monitorização ou fiscalização dispendidos pelo franqueador¹¹⁹. Ao ser estabelecida uma pesada sanção para o franqueado que descumprir a cláusula de exclusividade, este será incentivado a não quebrar esta exclusividade, fazendo com que o franqueador possa diminuir os gastos com a fiscalização desta obrigação negativa. Este aspecto, além de significar uma manutenção na qualidade e reputação da marca, também pode redundar em externalidades positivas para o consumidor, podendo levar a uma redução dos preços finais de venda dos produtos decorrentes desta poupança de custos de monitorização. Acaba, desta forma, sendo verificado um efeito inverso (e mais positivo) do que aquele que ocorre, principalmente, nos contratos de distribuição.

No contexto dos contratos de franquia, ainda assim, mesmo considerando os benefícios que a união entre a cláusula penal e a cláusula de exclusividade podem trazer, as outras funções econômicas não podem ser esquecidas, devendo o terceiro adjudicador que tenha que controlar a pena, atentar para todos

¹¹⁸ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Eficiência Econômica e Restrições Verticais*, p. 418.

¹¹⁹ MAKAR, Scott. In *Defense of Franchisors: The Law and Economics of Franchise Quality Assurance Mechanism*. In: *Villanova Law Review*, vol. 33, nº 5, 1988, p. 754-759.

os aspectos destacados durante o processo de decisão.

5. CONCLUSÃO

A análise das repercussões econômicas desencadeadas pelo reforço de uma obrigação acessória negativa, a exclusividade, com uma cláusula penal é bastante diversas e pode variar de acordo com o tipo de contrato ou da relação entre os contratantes. Durante o presente trabalho estas repercussões foram evidenciadas, podendo ser apresentadas algumas conclusões.

A cláusula penal se origina de uma figura do direito romano e durante vários séculos diversas teorias e entendimentos sobre a figura foram desenvolvidas, mas que não contribuíram de forma definitiva para o funcionamento e aperfeiçoamento desta. Ao final do século XX a figura nos países “latinos” possuía função predominantemente indenizatória e secundariamente coercitiva. O paradigma unitário e bifuncional começou a ser alterado a partir, principalmente, da década de 1980, começando a ser difundida uma abordagem funcional da figura, levando-se em conta o objetivo das partes no estabelecimento desta cláusula, como forma de definir a função exercida e sua natureza jurídica.

Nesse contexto passa a ser verificada a existência de duas espécies de cláusula penal, uma com função coercitiva/sancionatória e natureza de pena privada (Cláusula Penal em sentido estrito) e outra com função e natureza indenizatória (Cláusula de Liquidação Antecipada dos Danos), sendo que a identificação destas espécies, através de seu perfil funcional, ajuda a solucionar problemas de funcionamento.

Essa visão de duas figuras, porém, já há muito tempo existe no direito anglo-saxônico, e por isso mesmo, já era vislumbrada pelos autores de *Law and Economics*, que procuram atentar mais para as funções e efeitos econômicos da cláusula penal. São três as principais funções econômicas que a cláusula

penal exerce, quais sejam, função incentivadora do cumprimento, função sinalizadora de confiança e função redutora de custos de transação.

Estas funções econômicas, aliadas à perspectiva mais moderna do ponto de vista civilista da cláusula penal, podem ser instrumentos decisivos para solucionar o principal problema relativo ao funcionamento da figura, que é a do controle do valor da pena pelo terceiro adjudicador. Identificando algum desvio na função econômica da cláusula penal, juntamente com eventuais problemas relacionados com problemas de ineficiência, como o cumprimento ineficiente e a sabotagem pelo credor, ou com desvios na racionalidade, como o excesso de otimismo e o efeito dotação, o trabalho de moderação das cláusulas penais excessivas pode acabar sendo facilitado.

As funções econômicas usualmente destacadas pelos autores de *Law and Economics* também são verificadas, e potencializadas, quando a cláusula penal estiver sendo utilizada para reforçar uma obrigação acessória negativa, como a exclusividade. Por outro lado, os problemas apontados quando da análise em abstrato da cláusula penal, são muitas vezes afastados ou mitigados pelas características próprias que esta sanção assume quando aliada a uma obrigação de exclusividade.

Desta forma, é possível observar que as repercussões econômicas positivas da cláusula penal em geral também são verificadas quando estiver reforçando uma cláusula de exclusividade, enquanto os aspectos negativos não serão sentidos. Mas que isso, dependendo do tipo de contrato, outras repercussões podem aparecer, e problemas diversos podem ser verificados.

Como forma de apresentar uma conclusão para o presente trabalho é possível afirmar que caso seja estabelecida de forma razoável e eficiente a cláusula penal que reforça uma cláusula penal pode ser um importante instrumento para o aperfeiçoamento da relação contratual, possuindo inegáveis efeitos econômicos positivos para os contratos que possuam obrigações

de exclusividade. Entre outros aspectos, a cláusula penal poderá elevar a qualidade dos serviços prestados, incentivar o aumento da intensidade e duração da relação contratual, alocar de forma ótima os riscos do contrato, diminuir custos de monitoramento, poupar os custos de transação e ainda evitar intermináveis discussões judiciais sobre o valor e extensão do dano oriundo do inadimplemento de uma obrigação de exclusividade.

Ainda assim não se pode olvidar eventuais problemas e principalmente externalidades negativas que possam decorrer deste clausulado contratual, sendo que as considerações econômicas são decisivas para o melhor controle possível da pena convencional.

Para terminar cumpre ressaltar acima de tudo, que a análise econômica da cláusula penal em obrigações acessórias mostra que não há lugar para argumentos paternalistas a favor da proibição total desta sanção contratual, bem como argumentos apaixonados pela liberdade contratual que invoquem total validade de qualquer cláusula que seja pactuada entre as partes. Há que se negociar e estabelecer as cláusulas penais que sejam mais eficientes e signifiquem as melhores repercussões econômicas, reforçando principalmente as cláusulas de exclusividade que tragam eficiência para o mercado e produzam externalidade positivas, e caso isto não ocorra cabe ao terceiro adjudicador o poder de controlar aquelas que sejam abusivas e ineficientes, ou que prejudiquem terceiros externos à relação contratual.



REFERÊNCIAS

AGHION, Phillippe; BOLTON, Patrick. *Contracts as a Barrier*

- to Entry. *The American Economic Review*, Vol. 77, No. 3 (Jun., 1987), pp. 388-401. Acesso online em: <http://www.jstor.org/stable/1804102>
- ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*, 3ª Edição. Coimbra, Almedina, 2005.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- BAFFI, Enrico. *Efficient Penalty Clauses with Debiasing: Lessons from Cognitive Psychology*, 2007. Acesso online em: <http://ssrn.com/abstract=1029926>
- BENJAMIM, Peter. *Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts: A Comparative Study of English and Continental Law*. In: *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 9, No. 4 (Oct., 1960), p. 600-627. Acesso online: <http://www.jstor.org/stable/756335>
- BRODLEY, Joseph F; MA, Ching-to Albert. *Contract Penalties, Monopolizing Strategies, and Antitrust Policy*. In: *Stanford Law Review*, vol. 45, p. 1161-1213, 1992-1993. Acesso online em: http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/stflr45&div=45&start_page=1161&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults
- CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: A view of the cathedral*. *Harvard Law Review*, vol. 85, n. 6, 1972.
- COASE, Ronald. *The problem of social cost*. In: *Journal of Law and Economics*, voll. III, 1960, p. 1-44.
- COOTER, Robert; Ulen, Thomas. *Law and Economics*, 2ª Edição. Reading: Addison-Wesley, 1998.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português, VI – Direito das Obrigações*, 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2012.

- CORDEIRO, António Menezes. Do Contrato de Franquia (Franchising): Autonomia Privada versus Tipicidade Negocial. Separata de: Revista da Ordem dos Advogados, Ano 48, Lisboa, Abril 1988, p. 63-84.
- DE SILVA, Samitha; GOLDING, Paul. Outsourcing Contracts: Lesson Learned. In: Commonwealth Law Bulletin, vol. 31, nº. 2, p. 3-51, 2005. Acesso online em; http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/commwlb31&div=31&start_page=3&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults
- DNES, Antony. Franchise Contracts. In: The Palgrave Dictionary of Economics and Law, vol. II, p. 155B-159A, Editado por Paul Newman. Londres: Macmillan Reference Limited, 1998.
- DNES, Antony W. Franchise Contracts. In: Encyclopedia of Law and Economics, vol. III, p. 1092-1103, Editado por: Boudewijn Bouckeart e Gerrit De Geest. Cheltenham: Edward Elgar, 2000.
- EDLIN, Aaron S. Breach Remedies. In: The Palgrave Dictionary of Economics and Law, vol. I, p. 174A-179B. Editado por Paul Newman. Londres: Macmillan Reference Limited, 1998.
- EISENBERG, Melvin Aron. The Limits Of Cognition And The Limits Of Contract, In: Stanford Law Review, nº 47, p. 211 e ss., 1995. Acesso online em: <Http://Scholarship.Law.Berkeley.Edu/Facpubs/2016>
- FARBER, Daniel A. Reassessing the economic efficiency of compensatory damages for breach of contract. In: Virginia Law Review n. 66, p. 1443-1478. Acesso online em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2339&context=facpubs>
- FREIRE, Maria Paula Vaz. Eficiência económica e restrições verticais: os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência. Lisboa: Editora AAFDL, 2008.

- FRIEDMAN, David D. *Law's order: what economics has to do with law and why it matters*. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach*. In: *Columbia Law Review*, vol. 77, p. 554-594, 1977. Acesso online em: <http://dx.doi.org/10.7916/D8ZW1KP2>
- HATZIS, Aristides N. *Having the Cake and Eating It Too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law*. In: *International Review of Law and Economics*, 22, 2002. Acesso online em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=325361.
- HATZIS, Aristides N. *Civil Contract Law and Economic Reasoning: An Unlikely Pair?* In: *The Architecture of European Codes And Contract Law*. Editado por: Stefan Grundmann e Martin Schauer. Kluwer Law International, Private Law in European Context Series, Vol. 8, pp. 159-191, 2006. Acesso online em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=661661
- HILLMAN, Robert A. *The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis: The Case of Liquidated Damages*. Cornell Law Faculty Publications. Paper 548, 2007. Acesso online em: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/548>
- KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*. In: *Econometrica*, vol. 47, nº. 2, p. 263-291, Março 1979. Acesso online em: https://www.princeton.edu/~kahneman/docs/Publications/prospect_theory.pdf
- KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack L.; THALER, Richard H. *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion,*

- and Status Quo Bias. In: *The Journal of Economic Perspectives*, 5(1), pp. 193-206, 1991. Acesso online em: https://www.princeton.edu/~kahneman/docs/Publications/Anomalies_DK_JLK_RHT_1991.pdf
- LAFONTAINE, Francine. Contractual Arrangements as Signaling Devices: Evidence from Franchising. In: *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 9, nº. 2, p. 256-289, 1993. Acesso online em: <http://www.jstor.org/stable/764853>
- MATTEI, Ugo. The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contract. In: *American Journal of Comparative Law*, 43 Am. J. Comp. L. 427, 1995. Acesso Online em: http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/523
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*, 2ª Edição. Tradução: Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.
- MAKAR, Scott. In Defense of Franchisors: The Law and Economics of Franchise Quality Assurance Mechanism. In: *Villanova Law Review*, vol. 33, nº 5, 1988. Acesso online em: http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/vllalr33&div=34&start_page=721&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults.
- MICELI, Thomas J. *Economics of the Law: Torts, Contracts, Property, Litigation*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de Agência, de Concessão e de Franquia*. Separata de: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia”*, Coimbra, 1989, p. 303-327.
- MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de Distribuição Comercial*. Coimbra: Almedina, 2002.
- MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*.

- Coimbra: Almedina, 2014.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. II, 19ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.
- PIZZARRO, Sebastião Nóbrega. O Contrato de Outsourcing. Coimbra: Coimbra Editora: 2010.
- POSNER, Richard. Economic Analysis of Law, 6ª Edição. Nova York: Aspen Publishers, 2003.
- PRESSMAN, Michel. The two-contract approach to liquidated damages: A new framework for exploring the penalty clause debate. In: Virginia Law & Business Review, vol. 7, n.4, 2013. Acesso online em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2385041
- REA JR., Samuel. Penalty Doctrine in Contract Law. In: The Palgrave Dictionary of Economics and Law, vol. III, p. 23A-27A, Editado por Paul Newman. Londres: Macmillan Reference Limited, 1998.
- RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Cláusula Penal: Natureza e Função no Direito Romano. Separata de: O Sistema Contratual Romano: De Roma ao Direito Actual, p. 911 a 926. Coimbra: Coimbra Editorora, 2010. Acesso também online em: http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/Clausula-penal_rodrigues-junior.pdf
- ROSENVALD, Nelson. Cláusula Penal: A pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- RUBIN, Paul. Unenforceable Contracts: Penalty Clauses and Specific Performance. In: Journal of Legal Studies, 10/2.
- SILVA, João Calvão da. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória. Coimbra: Almedina, 1987.
- SHAKESPEARE, William. The Merchant of Venice. Editado por Cedric Watts. Ware: Wordsworth Classics, 2000.
- SHAKESPEARE, William. O Mercador de Veneza. Traduzido por Daniel Jonas. Lisboa: Edições Cotovia, 2008.

- THALER, Richard. Toward a Positive Theory of Consumers Choice. In: *Journal of Economic Behavior and Organization*, n. 1, 1980, p. 39-60. Acesso online em: <http://www.eief.it/butler/files/2009/11/thaler80.pdf>.
- VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. Pena Convencional. Separata do Boletim do Ministério da Justiça, nº 67. Lisboa: [s.n.], 1957.
- WILKINSON-RYAN, Tess. Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment. In: *Michigan Law Review*, vol. 108, p. 633-672, 2010. Acesso online em: <http://ssrn.com/abstract=1299817>
- WILEY JR, John Shepard. Exclusionary Agreements. In: *The Palgrave Dictionary of Economics and Law*, vol. II, p. 110B-116B, Editado por Paul Newman. Londres: Macmillan Reference Limited, 1998.
- ZANITELLI, Leandro Martins. Efeito Da Dotação (Endowment Effect) e a Responsabilidade Civil. In: *Revista Direito GV*, vol. 2, nº 1, p. 131 – 150, jan-jun 2006. Acesso online em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_03_p131_150.pdf