



HARRY POTTER, JURAMENTO INQUEBRÁVEL E CLAÚSULA PENAL

Rute Saraiva¹

1 INTRODUÇÃO

As aventuras de um jovem feiticeiro, sobretudo quando dirigidas a um público juvenil, podem parecer desadequadas à seriedade da análise jus-literária, não apenas pela sua dimensão *pop* como igualmente pelo registo aparentemente menos problematizante e metafórico da realidade social que interessa ao Direito.

Estas mesmas características colocam, porém, a saga de Harry Potter numa posição privilegiada para uma reflexão no âmbito do movimento de Literatura e Direito. Afinal, trata-se de um conto moral que, mesmo num universo entre o mágico e o não mágico (*muggle*), retrata dilemas quotidianos, alguns dos quais com relevância jurídica (vejam-se, por exemplo, as questões e garantias processuais no funcionamento do Wizengamot, o tribunal dos feiticeiros; as sanções criminais e a sua adequação, designadamente o beijo dos Dementores que suga a alma dos condenados; ou a proibição dos feitiços imperdoáveis – dominação da vontade, tortura e morte – ou a existência de estatutos diferenciados para as diversas criaturas mágicas, mormente com a situação de quase escravidão dos elfos domésticos, e a protecção dos direitos fundamentais).

Por outro lado, o seu sucesso mundial junto de audiências e escalões etários tão alargados assegura-lhe uma dimensão didáctica nada despicienda. Neste contexto, parece-nos interessante analisar aqui brevemente a temática da cláusula penal em torno da figura do Juramento Inquebrável² de modo a perceber melhor o alcance, vantagens e desvantagens deste instrumento.

2 O JURAMENTO INQUEBRÁVEL: O CONTRATO DOS CONTRATOS MÁGICOS

¹ Professora da Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito. rutesaraiva@fd.ul.pt

² *Unbreakable vowl* no original. Em Portugal (editora Presença), traduzido como Juramento Inquebrável e, no Brasil (Editora Rocco), como Voto Perpétuo.

O Juramento Inquebrável, que surge evidenciado no Livro VI da coleção³, consiste num contrato entre dois feiticeiros, avalizado e testemunhado por um terceiro que o celebra com a ajuda de uma varinha mágica, em que uma das Partes se compromete a cumprir obrigações acordadas com a outra Parte. O contrato, realizado simbolicamente de mãos dadas, é selado por línguas de chamas como arame incandescente disparadas da varinha da testemunha e por lindas correntes brilhantes que envolvem e ligam as mãos unidas como uma corda. A quebra de contrato resulta na morte do incumpridor, ou seja do devedor, o que parece constituir, para todos os efeitos, uma cláusula penal.

Na saga, além da tentativa dos gémeos Weasley, gorada pelo pai muito aflito, de induzirem o irmão Ron, ainda pequeno, a se vincular, o Juramento Inquebrável é celebrado entre Narcissa, mãe de Malfoy, aterrorizada por perder o filho único na realização da tarefa de assassinar Dumbledore a mando de Voldemort, e Snape, Devorador da Morte preferido do Senhor das Trevas e professor de Draco em Hogwarts, em casa daquele, com o apoio de uma desconfiada Bellatrix, irmã de Narcissa e fidelíssima seguidora de Voldemort. O seu objecto prende-se genericamente com a protecção de Draco por parte de Snape. Em rigor, subdivide-se em três obrigações cumulativas e cada vez mais específicas e exigentes, a saber:

- i) Proteger Draco enquanto ele estiver a tentar cumprir as ordens de Voldemort;
- ii) Proteger Draco, dentro das suas possibilidades, de todo o mal;
- iii) Se necessário, designadamente por incapacidade de Draco na realização da tarefa que lhe foi incumbida pelo Senhor das Trevas, levá-la a cabo, em sua substituição.

Neste caso, as três obrigações reforçam-se, tentando cobrir qualquer lacuna que possa ser utilizada para o obrigado se eximir ao seu cumprimento, procurando garantir ao máximo a vida, integridade física e emocional e a segurança de Draco para descanso de sua mãe. Note-se, porém, que, sendo Snape professor em Hogwarts e exímio mágico e vivendo o protegido na escola durante grande parte do ano e do período em que se encontra ao serviço de Voldemort e sendo Hogwarts raramente frequentada por sujeitos que aí não estudem ou trabalhem e estando fortemente defendida por feitiços (incluindo para impedir materializações e aparecimentos no recinto escolar) e professores fiéis a Dumbledore, dificilmente Malfoy correrá grande risco (incluindo ser punido por Voldemort) e as duas primeiras promessas de Snape são fácil e naturalmente exequíveis. Já a terceira obriga a um nível de comprometimento e de intencionalidade diferentes e mais escrupulosos que bem poderiam ajudar a explicar o recurso à cláusula penal inerente ao Juramento Inquebrável (morte em caso de inadimplemento), para além do sentimento de desespero de Narcissa e da desconfiança exacerbada de Bellatrix. Todavia, mesmo aqui, recorde-se que Snape (simulando ou não) reconhece que Voldemort deseja que ele avoque

³ *Harry Potter and the Half-Blood Prince* no original. *Harry Potter e o Enigma do Príncipe*, no Brasil, e *Harry Potter e o Príncipe Misterioso*, em Portugal.

o encargo de matar Dumbledore depois de Draco (falhar), pelo que, até pelo historial vingativo do Senhor das Trevas, o próprio Severus enfrenta já risco de morte antes de fazer o Juramento, tanto mais que é traidor da causa daquele, fazendo um jogo perigosíssimo de contra-contra espionagem.

Antes de se avançar, contudo, quanto a esta questão, e ainda no que respeita a descrição do tipo contratual, sublinhe-se, que não havendo nos sete livros, nem no material extra oficialmente fornecido amiúde pela autora, por exemplo, *online*, qualquer outro voto desta natureza⁴ não se pode ao certo recortá-lo, designadamente determinar se implica a celebração necessária de três promessas interligadas substancialmente e cada vez mais detalhadas ou se o seu número, coesão e lógica de reforço são característicos. Acresce que não é claro se o Juramento é unilateral ou bilateral, ou seja se contém obrigações apenas para uma das Partes ou se as duas (ou mais?) partes envolvidas podem comprometer-se a uma qualquer prestação. No caso em concreto, as obrigações apenas recaem em Snape não sendo Narcissa onerada com qualquer outra enquanto contrapartida directa ou não das assumidas pela outra parte. Todavia, no *site* oficial, a propósito deste feitiço, e apesar de se começar por apresentar uma lógica de unilateralidade, definindo-o como uma promessa feita por um mágico a outro, refere-se que a quebra do pacto por qualquer uma das Partes é sancionada com a morte. Ora, tal implica que ambas assumam obrigações (não necessariamente sinalagmáticas), o que não sucede no exemplo do livro, salvo se considerarmos que haverá do lado de Narcissa a obrigação de manter segredo quanto ao pacto, um pouco na lógica do encantamento Fidelius, devido à preocupação em não revelar a tarefa atribuída por Voldemort a Draco.

Quanto ao Juramento Inquebrável, em si, desconhece-se ademais qual o encantamento usado em termos verbais, apenas se sabendo, quanto aos aspectos formais, a necessidade de varinha e de Testemunha e a vinculação simbolizada por línguas de chamas e correntes, numa alusão clara à sua solidez e seriedade, lembrando que se pode confiar (*i.e.* “pôr as mãos no fogo por alguém”) e que não se deve ser leviano (*i.e.* “brincar com o fogo”) sob pena de sanção danosa (*i.e.* “fogo eterno”), ficando-se eternamente preso (corrente) ao voto feito.

Uma outra dúvida prende-se com o que acontece ao contrato no caso da Testemunha/Avalizadora falecer primeiro do que o devedor e de este cumprir as suas obrigações. O problema, que não surge na saga pois não só Severus morre primeiro que Bella como executa o comprometido, nasce em boa parte da semelhança deste tipo contratual com o feitiço Fidelius e com a existência neste de um Guardador do Segredo. Será que o Juramento é quebrado, libertando as partes, ou será que o poder avalizador é transferido para outrem, mormente as Partes? Não se encontram na obra de J. K. Rowling dados que permitam responder, pese embora o paralelismo com a dinâmica do feitiço Fidelius possa conferir alguma luz.

Note-se, igualmente, que na situação em apreço, e pelo sucesso na elaboração do feitiço com a sua selagem mágica sem aparente reacção secundária (como sucede nos livros para

4 Note-se que no episódio que envolve Ron e os gémeos não se fornecem pormenores quanto ao conteúdo contratual.

vários feitiços e poções inadequadamente feitos), parece possível um objecto contratual ilícito, já que o terceiro compromisso obriga Snape a substituir Malfoy no assassinato de Dumbledore, malgrado, inteligentemente, tal não seja explicitado, remetendo para um outro acordo, esse sim ilícito (e, em última análise, considerando a tarefa e os envolvidos, impossível⁵). Ou seja, a assunção da posição de comissário por Snape no juramento celebrado não especifica formalmente o conteúdo ilegal e contrário à ordem pública, pelo que talvez as Partes tenham encontrado nesta formulação remissiva um meio para contornar uma eventual proibição jurídica de negócios de conteúdo ilegal, frequente na maioria dos ordenamentos jurídicos (veja-se, por exemplo, o artigo 280 do Código Civil português ou 166 inciso II do Código Civil brasileiro). Hesitação semelhante levantariam igualmente os dois primeiros compromissos, visto que Narcissa pretende a protecção do filho enquanto este prepara e executa a maligna tarefa entregue pelo Senhor das Trevas, isto é, o seu objecto decorre de um pacto ilegal (entre dois sujeitos que não são parte do actual Juramento Inquebrável). Ainda assim, considerando esta última ressalva e o facto de não se pretender uma prestação que em si possa constituir um ato ilegal (pelo contrário, pretende-se salvar uma vida e salvaguardar a sua integridade – mesmo que seja durante um processo de actuação vil), parece um pouco mais difícil de considerar estes dois primeiros compromissos ilícitos e nulos.

Ora, assumindo a nulidade da terceira parte do Juramento Inquebrável, naturalmente se suscita de seguida a questão da nulidade da totalidade do Juramento ou da sua redução ou conversão. Na hipótese de redução, pressupondo a existência no universo mágico de Harry Potter de uma norma semelhante à do artigo 292 do Código Civil português ou do 170 do Código Civil brasileiro, coloca-se a dúvida sobre a celebração do contrato, sobretudo por Narcissa (e Bellatrix), sem a terceira tarefa, visto que, no fundo, é esta que acaba por ser a maior garantia de protecção de Draco pois o receio é mais que seja vítima da fúria de Voldemort do que das tentativas de assassinar Dumbledore, além de que para a Testemunha se apresenta, pela sua concretização, como prova de boa-fé de Snape e de ser, afinal, um fiel seguidor do Senhor das Trevas e, enquanto tal, confiável para os Devoradores da Morte.

Por último, saliente-se que o que parece certo, até pelo tom sarcástico e desconfiado de Bellatrix que goza com promessas e tentativas vãs de Severus, é que o pacto não seria selado sem a cláusula penal subjacente ao Juramento Inquebrável e que o torna, até pelo seu carácter fatal e perpétuo, no contrato dos contratos mágicos uma vez que vincula irreversivelmente as Partes e exige, por isso, uma solenidade formal e cuidados especiais na sua delimitação substantiva.

3 A CLÁUSULA PENAL NO JURAMENTO INQUEBRÁVEL

⁵ Veja-se que Narcissa (e Snape que acaba por concordar) presente na tarefa essa impossibilidade ao equacionar que esta se trata essencialmente de um castigo velado de Voldemort à sua família, em especial quanto aos maus resultados de Lucius na obtenção da Profecia, procurando penalizá-los com a morte de Draco, seja no seu confronto com Dumbledore, seja pelo próprio Senhor das Trevas em caso de incumprimento (mais do que provável). Afinal, Draco é apenas um jovem feiticeiro que deverá enfrentar, num ambiente favorável ao Director de Hogwarts, um dos maiores mágicos da história.

De modo sucinto, a cláusula penal, intensamente trabalhada no plano doutrinário e que remonta pelo menos ao Direito romano, traduz a liberdade contratual das Partes e a sua autonomia na determinação e construção dos termos negociais, consistindo num pacto acessório para incentivar e reforçar o cumprimento de alguma obrigação, principal ou acessória, estabelecida num contrato (ou negócio jurídico) através da estipulação de uma pena, em regra pecuniária, a ser imposta ao devedor (ou, eventualmente, a terceiro).

No fundo, num exercício endógeno e coaseano das partes, o devedor aceita levar a cabo uma prestação diversa da reforçada na hipótese de não cumprir fielmente (de todo, em parte ou no prazo fixado), dentro das suas possibilidades, com a obrigação acordada em benefício do credor (ou de outrem). A cláusula penal apresenta pois, numa lógica pessoal e obrigacional, uma dimensão eminentemente ressarcitória e coercitiva, variando no tempo e no espaço o seu maior ou menor pendor indenizatório e/ou punitivo, substituindo-se a imposições legais (supletivas) exógenas. A sua fixação pressupõe um cálculo e pré-determinação de perdas e danos, vedando hoje o Direito português e o brasileiro, respectivamente nos artigos 811, n.º 3 e 412, que o valor da cláusula penal exceda o do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal, podendo ser reduzida judicialmente, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente ou quando a obrigação tiver sido parcialmente cumprida, sob pena de invalidade⁶. Em suma, a cláusula penal caracteriza-se pela sua acessoriedade, obrigatoriedade e condicionalidade.

Note-se, porém, algumas distinções entre os regimes de *Civil* e *Common Law*. Em termos históricos, no primeiro, por influência do Código napoleónico, até ao princípio do século XX, a cláusula penal tinha sobretudo uma função indenizatória, não podendo o valor fixado pelas Partes ser alterado *a posteriori*, nem mesmo no plano judicial. Com o Código Civil alemão, no início de novecentos, o seu papel passa a assumir uma função predominantemente coercitiva e de mínimo compensatório, embora predominando a primeira nos países de matriz mais germânica e a segunda nos latinos. A partir da década de 80 torna-se evidente uma abordagem unifuncional mais próxima da anglo-saxónica em que se distingue a verdadeira cláusula penal (*penalty clause*) com dimensão sancionatória e funcionando como pena privada (e proibida genericamente na *Common Law*) da cláusula de liquidação antecipada do dano (*liquidated damages clause*).⁷

Ora, no Juramento Inquebrável, em primeiro lugar, e ao contrário do que sucede no mundo dos *muggles*, o conteúdo da cláusula penal não pode ser convencionado pelas partes e

6 Note-se que tal não impede que a cláusula penal venha a assumir uma dimensão sancionatória, sendo que o valor definido, neste caso, não deve ser tanto pensado em função dos danos (patrimoniais e não patrimoniais) mas da penalização desejada, pelo que a sua eventual excessividade deverá ser equacionada com recurso a critérios como a boa-fé ou ineficiência económica. SILVEIRA, Marcelo Amaro da. Análise Económica da Cláusula Penal em Obrigações Acessórias Negativas, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, Ano 3, n.º 3, 682-683.

7 M. A. Silveira (2017). P. 678 e ss, 720. Por todos, MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1990, que defende mesmo a existência de três tipos de cláusulas penais: cláusula penal em sentido; cláusula de fixação antecipada da indemnização; cláusula penal exclusivamente compulsória. Rejeitando, portanto, a posição doutrinária tradicional que propugna a cláusula penal como uma figura unitária, com uma dupla função e natureza mista.

não tem natureza pecuniária. Independentemente das obrigações acordadas, está sempre em causa, existindo inadimplemento, a morte do incumpridor, como decorre quer do exemplo de Snape e Narcissa como dos irmãos Weasley. Assim, e como a pena capital é entendida na maioria dos ordenamentos jurídicos como a sanção mais pesada atendendo ao valor do bem jurídico fundamental da vida, a sua utilização como cláusula penal parece revestir uma dimensão sobretudo sancionatória e não meramente compensatória visto que dificilmente o incumprimento de uma qualquer obrigação “corrente” ou “quotidiana” produzirá danos equiparáveis à morte de um ser humano. A severidade da sanção traduz aliás a solenidade do contrato e o seu provável recurso em situações muito excepcionais. Ou seja, se considerarmos que a acção se desenrola no Reino Unido então, no mundo mágico paralelo, a solução seria contrária à existente no mundo *muggle* que rejeita a cláusula penal (*penalty doctrine*), indo portanto ao encontro dos ensinamentos de parte da literatura da *Law and Economics* que prefere ponderações custo-benefício a proibições genéricas.⁸

No pacto celebrado no Livro VI seria, contudo, possível equacionar uma natureza indenizatória para lá da mais óbvia componente sancionatória face à elevada parada em causa. Afinal, as obrigações assumidas por Snape visam garantir a integridade e vida de Draco na sua interacção com dois dos maiores feiticeiros de todos os tempos (Dumbledore e Voldemort) pelo que na hipótese de falhanço se pagaria a morte de Draco (ou a sucção da sua alma por Dementores em Azkaban) pela de Severus, ou seja o sacrifício de uma vida pela não salvação de outra.

Ademais, subjacente e a montante do Juramento Inquebrável está um acordo de assassinato entre Malfoy e o Senhor das Trevas, mesmo que não fique claro se o primeiro foi coagido a celebrá-lo (por medo por si e pelos seus) ou se aderiu voluntariamente, designadamente pelo prestígio e posição privilegiada que poderia obter junto do mandante. Todavia, pode-se admitir, em especial conhecendo Dumbledore (até porque este até à sua morte sempre procurou proteger e ajudar Draco de forma a não manchar a sua alma, tendo inclusive combinado previamente com Snape que seria este a matá-lo, recordando-lho no final) e a protecção existente em Hogwarts contra os Devoradores da Morte, que a atuação de Malfoy dificilmente culminaria num desfecho fatal, podendo, no limite, ser expulso da escola ou simplesmente julgado pelo Wizengamot e encarcerado em Azkaban. Deste modo, ressalta uma vez mais a dimensão punitiva da cláusula penal do Juramento Inquebrável.

Aliás, também uma outra diferença sobressai em relação ao regime jurídico *muggle*, tanto de *Civil* como de *Common Law*: a cláusula penal do Juramento Inquebrável, pelo seu peso e natureza que, no fundo, conferem e explicam a solenidade contratual subjacente, não se reduz a um mero pacto acessório; pelo contrário, a sua severidade inusitada parece ser a razão de ser do próprio Juramento e da sua celebração pela força que lhe confere, intensificando o vínculo

⁸ Por todos, em português, sobre a perspectiva da *Law and Economics* e da Teoria Económica do Contrato e a cláusula penal/*penalty doctrine*, ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 921-922 e 927-940. Ver ainda, preferindo uma lógica de *Law and Economics*, a solução da *Civil Law*, HATZIS, Aristides N. Having the Cake and Eating it too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law. *International Review of Law & Economics*, Vol. 22, No. 4, Dezembro, 2002.

contratual, e incentivo extremo para o seu cumprimento. Narcissa, enfim, na sua profunda aflição de mãe, apenas propõe este tipo contratual para assegurar a protecção vital do filho⁹ e para Bellatrix trata-se da única forma de atestar verdadeira e eficazmente a boa-fé e convicção de Severus. Posto de outra maneira, no universo mágico, a cláusula penal é a razão de ser e o que define o Juramento Inquebrável mais do que os compromissos convencionados pelas Partes.

A dúvida natural daqui resultante prende-se com a motivação das Partes para enveredar por este tipo contratual. Em regra, o recurso a uma cláusula penal tem como propósito primordial, como se vem assinalando, o reforço do cumprimento da obrigação principal, servindo como incentivo adicional e, simultaneamente, como sinalização do lado do devedor da sua motivação em cumprir. Por outras palavras, para o obrigado funciona como estímulo e pressão, uma vez que coloca um preço mais elevado no incumprimento do que no cumprimento obrigacional e no acionamento da cláusula do que no resultado do regime supletivo de inadimplemento, alterando as suas preferências em benefício do cumprimento. Ou seja, a sua diligência e motivação são fomentadas, combatendo portanto o característico risco moral pós-contratual.

Para o credor, a cláusula penal surge como garantia da confiança na outra parte num contexto de assimetrias informativas, mormente em relação a novos devedores ou a devedores que têm, como Snape junto dos Devoradores da Morte, especialmente com Bellatrix, um histórico de cumprimento e lealdade dúbios, ajudando, deste modo, a vencer as reticências dos credores mais avessos ao risco. Se é expectável que, por estas razões, seja o credor a propor uma cláusula penal, como acontece com Narcissa, tal não impede que o devedor também a sugira como meio de vencer a suspeita da outra parte, funcionando, portanto, como seguro contratual e instrumento fundamental para ultrapassar a tendência para a não contratação por receio de um dos lados quando não conhece devidamente a contraparte. Neste último cenário espera-se, porém, que o devedor saiba devida e racionalmente avaliar os seus riscos de incumprimento, visto que, de outra forma, se estará a onerar excessivamente e a subestimar a probabilidade de inadimplemento, com todas as ineficiências e custos pessoais e sociais consequentes de um jogo de sinalização viciado (*bluff*) para impressionar e manipular (ARAÚJO, 2007, p. 696); (SILVEIRA, 2017, P. 689-690).

Por outro lado, numa perspectiva compensatória (mas também sancionatória), a existência de uma cláusula penal pode diminuir custos pós-contratuais (pese embora possa significar pela sua negociação e procura da completude contratual um acréscimo de custos de transação pré-contratuais, até porque uma das partes pode encarar a proposta como um ataque à sua seriedade e retidão) pela “*sua exigibilidade de pleno jure e a desnecessidade de alegação e prova do dano*” (SOMBRA, 2012). Por outras palavras, a cláusula é acionada automaticamente na hipótese de incumprimento substituindo a necessidade de uma acção judicial para apurar prejuízos e fixar uma indemnização, evitando o arrastamento moroso do caso em tribunal,

⁹ No limite, também se pode equacionar que Narcissa também opta pelo Juramento Inquebrável para garantir o segredo do seu conteúdo perante Voldemort, sendo que o seu inadimplemento culminaria na morte de Snape, única testemunha, para além da irmã Bellatrix, da sua desconfiança em relação ao Senhor das Trevas e de violação do sigilo em torno da tarefa atribuída a Draco.

com todos os (muitos) custos (incluindo emocionais) associados. Resumindo, se os custos de litigância poupados forem inferiores aos custos de negociação da cláusula penal, então esta justifica-se, *ceteris paribus*¹⁰, pela sua eficiência em termos de uma redução agregada dos custos de transação. Tal pode suceder, em especial, em situações em que os danos derivados do incumprimento são difíceis de calcular ou quando as partes antevêm e concordam com o valor compensatório, evitando avaliações (judiciais) erróneas (SILVEIRA, 2017, P. 692-693).

Não se retire abusivamente destas palavras a universalidade da eficiência da cláusula penal, sendo pois necessária uma avaliação casuística que atente, entre outros, ao valor fixado (relativamente aos danos efetivos resultantes do incumprimento), à profundidade das assimetrias informativas e da clivagem (de poder) entre as Partes e à influência de uma maior ou menor racionalidade e vontade limitadas.

Veja-se que se a cláusula penal fixar um preço demasiado baixo (mais comum se a lógica for compensatória) ou demasiado alto (característico da função punitiva) as ineficiências podem surgir, no primeiro caso ao facilitar o incumprimento e, no segundo, ao impedir uma quebra eficiente do contrato¹¹, levar a um cumprimento ineficiente do mesmo e potenciar comportamentos sabotadores e de duplo risco moral do credor (que ficaria a ganhar com o acionamento da cláusula relativamente ao cumprimento contratual), para além de conduzir a um aumento dos custos de transação por despoletar um processo de revisão equitativa da cláusula (SILVEIRA, 2017, P. 695-696 e 699).

Ora, no Juramento Inquebrável, o preço pelo incumprimento é, como se viu, na maior parte das vezes, muito superior aos possíveis danos originados pelo inadimplemento devido à sua natureza eminentemente punitiva, com os consequentes riscos de ineficiência. No entanto, no contrato celebrado entre Narcissa e Snape, não se antecipam alguns dos possíveis problemas equacionados:

- i) dificilmente aparecerá alguém que ofereça um acordo melhor que justifique a quebra do Juramento, quanto mais não seja pelo carácter secreto deste (para evitar a fúria de Voldemort e o conhecimento de traição dentro do seu grupo de seguidores) e por pressupor um potencial confronto com dois dos maiores mágicos de sempre (Dumbledore em legítima defesa e Voldemort por vingança e punição de falhas);
- ii) não é do interesse de Narcissa defraudar o cumprimento das obrigações estipuladas visto que o seu objectivo primário é assegurar o salvamento do filho e não de todo conseguir a morte de Severus. Esta ameaça apenas serve para fortalecer e estimular a prossecução das tarefas ajuramentadas; e
- iii) à semelhança do que se verifica noutros ordenamentos jurídicos, a cláusula só pode ser acionada na hipótese do inadimplemento ser imputável ao devedor, ou seja, quan-

¹⁰ *Ceteris Paribus* é um termo da língua latina que significa “todas as demais coisas permanecem iguais”.

¹¹ Contra, WILKINSON-RYAN, Tess. Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment. *Michigan Law Review*, Vol. 108, 2010, defende, após verificação experimental, que a existência de uma cláusula de liquidação antecipada do dano ou até mesmo penal clarifica as expectativas normativas das partes com a revelação de uma disposição de procurar oportunidades e aceitar a quebra contratual por um preço mais baixo, possibilitando uma quebra eficiente do contrato.

do ele haja com culpa ou negligência. Ora, esta delimitação encontra-se no recorte da segunda obrigação quando se fixa expressamente o seu cumprimento dentro das possibilidades de Severus.

Na relação entre Snape e Narcissa não se verificam igualmente abusos relacionados com a diferença de poder (incluindo económico e social) entre as Partes que poderia desequilibrar o contrato, mormente através da manipulação e imposição, até mesmo coactiva, pela mais forte, de uma cláusula penal excessiva (*shotgun clauses*) no caso de ser credora ou ridícula na hipótese de ser o devedora. Aqui ambos são excelentes mágicos e, se Narcissa vem de famílias de classe alta e Snape de classe baixa, a primeira caiu em desgraça junto do Senhor das Trevas, sendo o segundo o seu favorito. Ademais, este desempenha funções docentes em Hogwarts, o que é prestigioso.

Já no que respeita a tentativa de Juramento Inquebrável pelos irmãos Weasley, pela diferença de idades, poder-se-ia levantar a questão de algum abuso tanto por desequilíbrio de poder como por assimetrias informativas penalizadoras de Ron. Todavia, sendo os três envolvidos menores, a verdadeira questão que se coloca é a da sua capacidade para a celebração deste tipo de feitiço contratual. Face ao susto do pai, presume-se que, ao contrário do que sucede a mais das vezes no universo *muggle*, a menoridade não determina automaticamente a incapacidade de exercício contratual, bastando pois a intenção de contratar, quiçá por questões de protecção de terceiros de boa-fé.¹² No entanto, estranha-se esta solução quando, nos livros, se descreve um regime diferenciado para menores que inclui a proibição de fazer magia fora da escola e a colocação de um localizador. Ainda assim, o fato da autora da saga ser britânica pode ajudar a explicar esta opção por se verificar nos ordenamentos anglo-saxónicos uma maior predisposição para responsabilizar os menores nos mesmos termos que os adultos, mesmo no plano criminal.

Quanto a assimetrias informativas, que, aliás, podem justificar a própria exigência de uma cláusula penal e gerar ineficiências no seu desenho com consequências contratuais e no adimplemento, não deixa de ser curioso o que sucede entre Snape e Narcissa. Com efeito, esta impõe a pena de morte não só como incentivo extremo ao cumprimento contratual como também como forma de ultrapassar a desconfiança quanto ao perfil e motivações de Severus, no fundo considerando ter jogado um trunfo. Contudo, a vantagem encontra-se duplamente do lado deste. Afinal, não só tem conhecimento de que Dumbledore está a morrer devido à maldição libertada na destruição de um Horcrux como o Diretor de Hogwarts lhe pediu para o matar com o intuito de evitar o seu fim angustiante e de não manchar a alma de Draco, tendo ele concordado. Ou seja, Snape acabará por matar Dumbledore não como agente de Narcissa (e Voldemort) mas como agente de Dumbledore. Será suicídio assistido e não homicídio, permitindo, porém, cumprir o Juramento Inquebrável, em que o que interessa é o resultado, e, deste modo, manter-se

¹² Sobre a importância da intencionalidade na celebração de contratos no universo de Harry Potter e na *Common Law*, HALL, Timothy S. [et al.]. *Harry Potter and the Law*. University of Louisville School of Law Legal Studies Research Paper Series No. 2007-05, Louisville, 2007, pp. 32-36.

(de modo ingrato) como espião infiltrado (e solitário) junto dos Devoradores da Morte, mesmo se sem o devido reconhecimento por parte dos membros da Ordem da Fénix.

Neste contexto, rapidamente se percebe que Snape não sofre de alguns dos enviesamentos cognitivos frequentes nos devedores que os conduzem a aceitar cláusulas penais demasiado onerosas, a saber o excesso de confiança quanto às suas capacidades para o cumprimento das obrigações assumidas, o sobre-optimismo quanto às condições envolventes favoráveis para o adimplemento e o desconto hiperbólico quanto ao momento (e dimensão) de efectivação das obrigações, sobre-avaliando-se a celebração imediata do contrato e a sinalização dada e sub-estimando-se o esforço a prazo para o cumprimento, pese embora as reticências exibidas no momento de executar Dumbledore possam suscitar algumas reservas. No limite, pelo privilégio informativo de que dispõe e pela posição dentro de Hogwarts e junto a Dumbledore, poderá sofrer de uma ilusão de controlo da situação.

Narcissa, pelo seu lado, parece evidenciar algum efeito de dotação com a exigência da celebração do Juramento Inquebrável, atribuindo ao cumprimento contratual um valor excessivo devido a uma acentuada aversão à perda (afinal está em causa a vida e integridade do seu único filho) que se traduz na exigência do preço pelo inadimplemento ser a vida de Snape. Não fora o papel de agente “triplo” de Snape e das preciosas vantagens informativas que detém, certamente a proposição de um Juramento Inquebrável com uma cláusula penal de vida ou morte levantaria enormes custos de transacção (*ex ante*), com Snape a querer negociar a cláusula (ou tipo contratual), ou, simplesmente, levaria à não celebração de um contrato (SILVEIRA, 2017, P. 706).

Resumindo, é possível imaginar várias situações em que a celebração do Juramento Inquebrável com a sua cláusula penal de vida ou morte possa revelar-se ineficiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em jeito de conclusão, apura-se que, em rigor, o Juramento Inquebrável não apresenta uma cláusula penal nos termos do Direito *muggle*, anglo-saxónico ou continental. Afinal não só a pena de morte associada ao incumprimento obrigacional se assume como elemento essencial e não meramente acessório do contrato, definindo-o por excelência como o contrato dos contratos, como o seu carácter eminentemente punitivo e não pecuniário o afastam da figura não mágica.

A celebração de um Juramento Inquebrável, que se justifica pela liberdade contratual, apenas se explicará, deste modo, para situações graves (de vida e de morte) ou em que as Partes revelem vieses cognitivos exagerados, designadamente um excesso de confiança nas suas capacidades e sobre-optimismo quanto às condições de cumprimento. Para evitar fatalidades desnecessárias, até pela aparente facilidade na celebração deste tipo de contratos como resulta do episódio dos irmãos Weasley, deveriam ser introduzidos procedimentos que ajudassem a desmontar eventuais distorções racionais, mormente fomentando um período de reflexão, por

exemplo, prevendo um hiato entre a celebração do contrato e a sua vigência e vinculação e obrigando a uma (re)confirmação formal expressa, ou o acompanhamento da negociação contratual por um terceiro, um pouco à semelhança do papel de Bellatrix, e que vem revelando um interessante potencial desviusador em instituições com estruturas hierárquicas¹³. Estes mecanismos teriam a vantagem aparente de não apresentarem custos de transacção significativos sobretudo quando comparados com a solução tradicional de correção equitativa judicial *ex post* de cláusulas penais excessivas. Estas reflexões poderão, em última análise, servir igualmente para o melhoramento do Direito contratual *muggle*.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

BAFFI, Enrico. Efficient Penalty Clauses with Debiasing: Lessons from Cognitive Psychology. **Università Degli Studi Guglielmo Marconi**, Roma, nov. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1029926>>. Acesso em: 1 out. 2017.

HALL, Timothy S. e outros. Harry Potter and the Law. **University of Louisville School of Law Legal Studies Research Paper Series**, Louisville, n. 2007-05, out. 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=829344>>. Acesso em: 1 out. 2017.

HATZIS, Aristides N. Having the Cake and Eating it too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law. **International Review of Law & Economics**. Vol. 22, n. 4, dez. 2002.

MONTEIRO, António Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Tese de Doutoramento - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1990.

SILVEIRA, Marcelo Amaro da. Análise Econômica da Cláusula Penal em Obrigações Acessórias Negativas. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, Ano 3, n.º 3, 2017.

SOMBRA, Thiago Santos. As arras e a cláusula penal no Código Civil de 2002. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 917, Ano 101, mar. 2012.

WILKINSON-RYAN, Tess. Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment. **Michigan Law Review**, Michigan, vol. 108, jan. 2010. Disponível em: <<http://repository.law.umich.edu/mlr/vol108/iss5/1>>. Acesso em: 1 out. 2017.

13 BAFFI, Enrico. Efficient Penalty Clauses with Debiasing: Lessons from Cognitive Psychology. **Università degli Studi Roma Tre**, Roma, 2007. <https://ssrn.com/abstract=1029926>