



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Giancarlo Furlan

O caráter cogente da redução da cláusula penal: a possibilidade contratual de limitar os efeitos do art. 413 do Código Civil em contratos empresariais

Florianópolis

2022

Giancarlo Furlan

O caráter cogente da redução da cláusula penal: a possibilidade contratual de limitar os efeitos do art. 413 do Código Civil em contratos empresariais

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Dr. André Lipp Pinto Basto Lupi.

Florianópolis

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Furlan, Giancarlo

O caráter cogente da redução da cláusula penal : a
possibilidade contratual de limitar os efeitos do art. 413
do Código Civil em contratos empresariais / Giancarlo
Furlan ; orientador, André Lipp Pinto Basto Lupi, 2022.
78 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Cláusula penal. 3. Contratos
empresariais. 4. Norma cogente. 5. Direito das obrigações.
I. Lupi, André Lipp Pinto Basto. II. Universidade Federal
de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**O caráter cogente da redução da cláusula penal:** a possibilidade contratual de limitar os efeitos do art. 413 do Código Civil em contratos empresariais”, elaborado pelo acadêmico Giancarlo Furlan, defendido em **08/12/2022** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota **10 (dez)**, cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 08 de dezembro de 2022



Documento assinado digitalmente

Andre Lipp Pinto Basto Lupi

Data: 13/12/2022 14:47:58-0300

CPF: ***.392.409-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

André Lipp Pinto Basto Lupi
Professor Orientador



Documento assinado digitalmente

BRAULIO CAVALCANTI FERREIRA

Data: 14/12/2022 15:05:34-0300

CPF: ***.931.269-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Bráulio Cavalcanti Ferreira
Membro de Banca



Documento assinado digitalmente

RODRIGO JUNQUEIRA BERTONCINI

Data: 12/12/2022 15:27:03-0300

CPF: ***.433.559-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Rodrigo Junqueira Bertoincini
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: Giancarlo Furlan

Matrícula: 18103960

Título do TCC: **O caráter cogente da redução da cláusula penal: a possibilidade contratual de limitar os efeitos do art. 413 do Código Civil em contratos empresariais**

Orientador: André Lipp Pinto Basto Lupi

Eu, Giancarlo Furlan, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 08 de dezembro de 2022.



Documento assinado digitalmente

GIANCARLO FURLAN

Data: 15/12/2022 11:18:29-0300

CPF: **.197.989-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Giancarlo Furlan

AGRADECIMENTOS

Os anos na Universidade Federal de Santa Catarina foram de aprendizados e oportunidades. Por tanto, agradeço a Deus, que não apenas me possibilitou vivenciá-las, mas também adicionou pessoas por quem possuo sincera admiração e apreço.

Ao meu pai (Dilcionir José Furlan), mãe (Kátia Maria dos Santos Furlan) e irmã (Maria Eduarda dos Santos Furlan), por proporcionarem condições, suporte e incentivo para alcançar as metas almejadas, mas acima de tudo, pelo convívio e ternura diária, que fazem da rotina um fascínio. Essas palavras pouco expressam o que sinto.

Às famílias Santos e Furlan, em especial aos meus avós, por todo o apoio e zelo a um neto que, a cada dia, nutre maior interesse pela companhia familiar.

À Isadora, que tanto me apoia e se doa, contribuindo muito para este trabalho com seu conhecimento e com a felicidade que seu convívio propicia.

A todos os profissionais com quem tive contato, dando destaque àqueles do escritório Botelho de Mesquita Advogados, que me ensinaram sobre o estudo e compreensão do direito.

Muito agradeço aos professores que tive, à Universidade Federal de Santa Catarina e ao orientador deste trabalho, Prof. André Lipp Pinto Basto Lupi, pela dedicação ao ensino e tornar este trabalho possível, bem como aos membros da banca, por prontamente aceitarem o convite.

Por fim, aos amigos. Sou feliz em compartilhar dos momentos que a vida propõe junto de pessoas que extraem o melhor do ambiente. A vocês ambiciono retribuir em tamanha intensidade.

"Liberty has never come from the government. Liberty has always come from the subjects of the government. The history of liberty is a history of resistance. The history of liberty is a history of the limitation of governmental power, not the increase of it. Do these gentlemen dream that in the year 1912 we have discovered a unique exception to the movement of human history? Do they dream that the whole character of those who exercise power has changed, that it is no longer a temptation? Above all things else, do they dream that men are bred great enough now to be a Providence over the people over whom they preside?"

Woodrow Wilson

RESUMO

O trabalho trata do caráter cogente atribuído à redução da cláusula penal possibilitada pelo artigo 413 do Código Civil, analisando se a característica da norma deve ser igualmente atribuída às relações de natureza empresarial, envolvendo contratos de lucro. Esse, objetiva evidenciar se a norma pode ser considerada como suficientemente disponível para que as partes contratantes possam limitar os efeitos da redução da cláusula penal. Para tanto, foi necessário contrapor princípios contratuais clássicos e modernos a fim de avaliar a importância da cláusula penal a depender da natureza do contrato em que está inserida, em razão dos impactos gerados pela intervenção do Estado sobre os interesses privados. O principal problema da pesquisa foi superar o caráter cogente atribuído à redução da cláusula penal para assim validar a possibilidade de limitação da redução. Tal circunstância depende da verificação da intensidade da restrição, da natureza da cláusula e das características que regem a relação empresarial.

Palavras chave: Cláusula penal; Contratos empresariais; Norma cogente; Direito das obrigações.

ABSTRACT

This work deals with the cogent character attributed to the reduction of the penalty clause made possible by article 413 of the Brazilian Civil Code. It analyzes whether the characteristic of the norm should also be attributed to business relationships involving profit contracts. The project aims to show whether the norm can be considered sufficiently available for the contracting parties to limit the effects of the reduction of the penalty clause. Therefore, it was necessary to contrast classical and modern contractual principles in order to assess the importance of the penalty clause depending on the nature of the contract in which it is inserted, due to the impacts generated by State intervention on private interests. The central problem of this research was to overcome the cogent character attributed to the reduction of the penalty clause in order to validate the possibility of limiting the reduction. This circumstance depends on verifying the intensity of the restriction, the nature of the clause and the characteristics that govern the business relationship.

Keywords: Penalty clause; Business contracts; Cogent norm; Law of obligations.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	11
2.	DA FORÇA OBRIGATÓRIA DAS NORMAS DE NATUREZA CIVIL.....	14
2.1.	DA IDENTIFICAÇÃO DO CARÁTER COGENTE OU DISPOSITIVO DA NORMA.....	15
2.2.	DA OBRIGATORIEDADE DAS NORMAS EM CONTRATOS EMPRESARIAIS	17
2.2.1.	Dicotomia entre contratos existenciais e de lucro	20
2.2.2.	O advento da Lei de Liberdade Econômica	23
3.	DA NATUREZA DA CLÁUSULA PENAL E SUA REDUÇÃO	25
3.1.	CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DO INSTITUTO	26
3.1.1.	Cláusula penal compensatória e cláusula penal moratória.....	30
3.1.2.	Pena como sanção civil	32
3.2.	A REDUÇÃO DA CLÁUSULA PENAL	33
3.2.1.	Hipóteses para redução	33
3.2.2.	A obrigatoriedade da redução	37
3.2.2.1.	<i>Motivação dos enunciados.....</i>	37
3.2.2.2.	<i>A obrigatoriedade da redução e a liberdade contratual</i>	39
3.2.2.3.	<i>Redução da cláusula penal e a teoria da imprevisão</i>	41
3.3.	A CLÁUSULA PENAL EM CONTRATOS EMPRESARIAIS.....	45
3.3.1.	O caráter patrimonial e disponível.....	47
3.3.2.	Afastamento da obrigatoriedade e a lei da liberdade econômica	48
3.3.3.	A não obrigatoriedade da redução da cláusula penal e os novos princípios contratuais	50
3.3.3.1.	<i>Função social do contrato</i>	51
3.3.3.2.	<i>Boa-fé objetiva</i>	52
3.3.3.3.	<i>Equilíbrio econômico do contrato</i>	54

4.	LIMITES À REDUÇÃO DA CLÁUSULA PENAL EM CONTRATOS EMPRESARIAIS	55
4.1.	EXTINÇÃO DOS EFEITOS DO ARTIGO 413 DO CÓDIGO CIVIL	55
4.1.1.	A extinção dos efeitos do artigo 413 a depender dos critérios de revisão	59
4.2.	PARÂMETROS DE REDUÇÃO	60
4.3.	HIPÓTESES INDEVIDAS DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 413.....	62
5.	CONCLUSÃO	69
	REFERÊNCIAS.....	71

1. INTRODUÇÃO

As normas jurídicas podem ser classificadas como cogentes ou relativas em razão de sua força obrigatória. No entanto, a interpretação das normas, quanto à sua obrigatoriedade e aplicação, nem sempre se dá de maneira padronizada. Ou seja, uma mesma norma poderá incidir com obrigatoriedade distinta dependendo da conjuntura em que for aplicada.

Por trás das diferentes aplicações da norma existem variadas motivações, como as limitações de interpretação por força de lei ou a diferença de eficácia da vontade das partes face à norma instituída pelo legislador.

É em razão disso que a aplicação das normas pode ocorrer de forma particularizada quando se tratar de relações paritárias entre empresas. A diferença de tratamento é verificada quando comparamos a aplicação de normas de direito civil às relações empresariais (contratos de lucro) frente às demais relações civis (contratos existenciais), sendo esta diferenciação promovida pelos objetivos e interesses que permeiam as interações em mercado, onde prevalecem os objetivos econômicos e a liberdade de contratar. Logo, mesmo que as regras sejam as mesmas, os critérios para sua aplicação devem se alterar, cabendo preocupação menor com a lei escrita frente à vontade das partes, para relações empresariais (MAXIMILIANO, 1993, p. 316 - 317).

A diferença de tratamento apenas se verifica pelo fato destes contratos serem firmados sob um cenário onde os agentes são presumidamente racionais e diligentes na execução de suas atividades (FORGIONI, 2019b, p. 87). Os princípios de direito privado, como o *pacta sunt servanda* e a liberdade de contratar, são enfatizados, objetivando a máxima previsibilidade e segurança na realização dos negócios (FORGIONI, 2019b, p. 88).

Alinhada à previsibilidade e segurança na realização de negócios, a cláusula penal surge como mecanismo acessório ao negócio jurídico, fixando de antemão a indenização devida em razão de eventual descumprimento culposos de uma das obrigações pactuadas pelas partes (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 319). Atuando, ora como forma de coagir o cumprimento dos deveres reciprocamente firmados, ora como forma de prefixar os danos de um eventual inadimplemento (WALD, 2011a, p. 193).

Atualmente, a previsibilidade promovida pela instituição da cláusula penal pode ser vista de forma fragilizada, em razão do art. 413 do Código Civil Brasileiro, que, considerada

norma de caráter cogente, concedeu aos juízes o dever de reduzir a cláusula penal diante de duas hipóteses, sendo elas: (i) quando a obrigação tiver sido parcialmente cumprida; ou (ii) se o montante da penalidade for manifestamente excessivo.

A fim de valorizar a previsibilidade gerada pela instituição da cláusula penal, este trabalho busca verificar a possibilidade das partes instituírem cláusulas para impedir a intervenção judicial sobre a pena contratualmente estabelecida em relações empresariais paritárias, bem como a sua eficácia diante do sistema jurídico brasileiro.

Para tanto, parte-se de uma revisão bibliográfica buscando, inicialmente, traçar as situações nas quais as normas exercem um papel impositivo perante particulares dentro da esfera empresarial e de que forma devem ser interpretadas à luz de contratos empresariais. Em sequência, aborda-se a cláusula penal e suas características fundamentais, verificando a incidência da norma, de natureza cogente, sobre os dispositivos que regulam a diminuição da cláusula penal. Restando, ao fim, tratar dos limites que podem ser vinculados à redução da cláusula penal e verificar a aceitação destas cláusulas perante os tribunais brasileiros.

O encadeamento dos principais temas da pesquisa ocorre em três capítulos, divididos da seguinte maneira:

O primeiro deles aborda a distinção das normas em razão de sua obrigatoriedade dentro do direito civil, focando nas razões que possibilitam a interpretação das normas como cogentes ou relativas. Serão também analisadas as situações em que as normas podem ser aplicadas de forma cogente ou relativa a depender do contexto contratual em que estão inseridas, dando enfoque às mudanças de interpretação da norma quando aplicadas aos contratos empresariais. Logo, o objetivo deste capítulo é identificar as razões que possibilitam que as normas tenham interpretação diversa a depender do negócio em que irá incidir.

No segundo capítulo é demonstrada a natureza da cláusula penal, expondo as interpretações contemporâneas acerca de suas características fundamentais. Será ressaltada a aplicabilidade do instituto para relações comerciais, indicando como as suas funções beneficiam àqueles que pretendem celebrar contratos com grau superior de previsibilidade. Finaliza-se com uma análise quanto ao caráter cogente de redução da cláusula penal e sua aplicabilidade diante das variadas naturezas de negócios jurídicos. Neste capítulo, o trabalho buscou evidenciar as razões que fazem da redução da cláusula penal ser compreendida como uma norma de caráter cogente e possibilidade da norma afetar de forma distinta os contratos de lucro.

Assim, o terceiro capítulo analisará a possibilidade das partes instituírem limites ao dever de redução da cláusula penal concedido aos julgadores pelo art. 413, do Código Civil de 2002, a fim de verificar a forma na qual este dever pode ser afastado ou minimizado para garantir a previsibilidade objetivada pelas partes que instituíram a pena contratual. Finalizando com decisões que julgaram a matéria e a possibilidade ou não de estabelecer tais limites ao poder do magistrado.

Por fim, para a realização deste trabalho foi considerada a racionalidade dos agentes econômicos e o art. 170, da Constituição Federal, que rege os princípios gerais da atividade econômica. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, orientado por revisão bibliográfica.

2. DA FORÇA OBRIGATÓRIA DAS NORMAS DE NATUREZA CIVIL

Como brevemente apresentado, no direito civil as normas subdividem-se quanto à sua força obrigatória. Tal distinção nasceu com o advento do Código Civil Francês, a partir da criação de seu artigo 6º, ainda em 1803, que traz: “*On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs.*”¹ (FORGIONI, 2019a, p. 287). O artigo impede a derrogação das normas caracterizadas como sendo de ordem pública ou que afetam os bons costumes. Com o desenvolvimento do direito civil, a diferenciação quanto a obrigatoriedade das normas passou a separar as normas entre cogentes (imperativas) ou relativas, sendo a segunda subdividida em dispositivas e interpretativas (PONTES DE MIRANDA, 2012a, p. 121).

As normas cogentes, por conceito, tratam de relações que envolvem matérias já definidas por costumes da população, impondo condutas aos particulares em prol de um interesse geral. Normalmente relacionadas a situações em que se observa uma significativa diferença de poder decisório entre as partes de uma relação (LOPES, 1989, p. 42-43), e em razão disto o legislador opta pela restrição à liberdade de alguns, a fim de proteger princípios ou regras que considera ser caros à sociedade. Todos devem obediência a essas normas e o intérprete não poderá deixar de aplicá-las a depender de sua interpretação (DANTAS, 1977, p. 72). Importante ainda destacar a diferença existente entre a norma de ordem pública e a cogente. A primeira refere-se a um conceito ligado a valores sociais, políticos, econômicos, culturais e morais, considerados fundamentais para o Estado e sociedade. A segunda, abarca normas ligadas a este conceito, porém, sua abrangência é mais ampla, incluindo todas as normas de aplicação obrigatória, que não podem ser afastadas por convenção particular (SEABRA, 2022, p. 375)

Já as normas relativas aplicam-se de maneira subsidiária, dando aos sujeitos a capacidade de dispor sobre a matéria da forma que melhor lhes couber, visto que a norma de conduta afetará apenas os interesses das partes (DANTAS, 1977, p. 73). Assim, a força obrigatória das normas nasce nas situações em que as partes deixam de abordar determinada matéria. Isso pode ser observado, de forma explícita, na definição dos prazos do contrato de

¹ Artigo 6º, do Código Civil Francês: “Não é permitido derrogar, por convenções particulares, as leis que interessam à ordem pública e os bons costumes.” (Tradução própria)

mútuo, previsto no artigo 592 do Código Civil, incidindo também nas hipóteses em que o sentido elencado pelos interessados restar duvidoso, devendo ser afastada a ambiguidade pela norma posta (PONTES DE MIRANDA, 1983, p. 59).

2.1. DA IDENTIFICAÇÃO DO CARÁTER COGENTE OU DISPOSITIVO DA NORMA

Feita a diferenciação entre as normas de caráter cogente e dispositivo, resta esclarecer de que modo estas podem ser identificadas dentro do sistema jurídico, o que normalmente não ocorre de forma direta e explícita.

A interpretação das leis pode se dar por diversos critérios, sendo eles: (i) o literal, quando o legislador utiliza de expressões impositivas para deixar clara a obrigatoriedade de observar determinado padrão de comportamento, ou termos que dão ao sujeito a liberdade de atuar como melhor entender sobre determinada questão; (ii) a *ratio legis*, configurada na identificação do interesse que o legislador almejou proteger ao instituir a norma; e ainda, (iii) a elasticidade ou rigidez da norma, que se pauta na possibilidade da norma viabilizar ou não, que interpretações sobre esta sejam moldadas em razão de circunstâncias fáticas observadas no momento de sua apreciação (WALD, 2011b, p. 62). Como complemento a esses critérios, vale reforçar os elementos trazidos por Clóvis Beviláqua, em sua Teoria Geral do Direito Civil, para a Interpretação das Leis:

Para penetrar o pensamento da lei e fazê-la regular, de acordo com os fins da civilização, os fenômenos sociais, a que deve presidir, pode o intérprete recorrer aos elementos puramente verbais (interpretação gramatical) ou ao raciocínio, à análise, à comparação, a todos os meios que fornecem à ciência jurídica a exata compreensão do direito na mecânica social, a história da formação da lei e a evolução do direito (interpretação lógica). Sobretudo deve atender a que o direito é um organismo destinado a manter um equilíbrio as forças da sociedade e, portanto, tem princípios gerais, a que os outros se subordinam (as permanências jurídicas, os preceitos constitucionais), todas as suas regras devem ser entre si harmônicas (interpretação sistemática). (BEVILÁQUA, 2001, p. 85)

O autor ainda discorre sobre a tentativa de interpretar a lei conforme a vontade do legislador, o que limita a criação de novas interpretações para uma lei e prejudica sua conformação a novos movimentos e evoluções da sociedade. Também desprestigia a visão puramente literal, por igualmente limitar a capacidade do intérprete de aplicar a norma para situações que se diferenciam das palavras postas no texto legal. Por fim, indica a predominância

da interpretação lógica, que possibilita uma melhor modulação do direito (BEVILÁQUA, 2001, p. 86) diante da morosa modificação das leis frente às aceleradas mudanças da sociedade.

Em função disto, é possível verificar que para a identificação da força obrigatória das leis não basta analisar a vontade do legislador sobre elas ou a utilização de palavras com teor mais ou menos imperativo, mas sim a lógica que as reveste, possibilitando que se adequem aos diferentes âmbitos de incidência.

Quanto à obrigatoriedade das normas em relações de natureza cível, uma questão essencial para aferir o caráter cogente é verificar se o resultado da aplicação da norma se estende além das partes envolvidas ou interfere apenas aos contratantes. Se o legislador, na proteção de determinado interesse houver previsto uma questão que envolve um conceito geral de moralidade, a norma deve ser enquadrada como imperativa, caso contrário, tratando meramente de questão patrimonial, fica verificada a relatividade da norma (DANTAS, 1977, p. 75).

Acontece que, mesmo com a diferenciação trazida por San Tiago Dantas haverá hipóteses em que questões de caráter manifestamente patrimonial poderão afetar a coletividade, dificultando a análise quanto a obrigatoriedade da norma. Para exemplificar o dilema, o autor traz como exemplo a garantia de solidez da construção, que responsabiliza o engenheiro pelo prazo de 5 anos pela segurança do trabalho (atualmente disciplinado pelo artigo 618, *caput*, do Código Civil brasileiro), ficando como questionamento a possibilidade do construtor e o dono da obra acordarem sobre diminuição do prazo legalmente estabelecido. Os que posicionam-se a favor manifestam que:

Os que sustentam a dispositividade dizem: esta norma é feita exclusivamente no interesse do proprietário e nasce daquele que edificou a obra, porque não faz mais do que dizer quem suporta o risco corrido pela obra durante este tempo, quem é o responsável. Se a obra cai ao cabo de dois anos, quem paga o prejuízo é o engenheiro; se cair ao cabo de seis anos, quem paga o prejuízo é o proprietário; paga porque o sofre (DANTAS, 1977, p. 75).

Já aqueles que defendem a imperatividade da regra:

Raciocinam outros que não, que quando o legislador estabeleceu este prazo de 5 anos, teve principalmente em vista obrigar o engenheiro a um especial cuidado na conclusão das obras, pois que a segurança dos edifícios não interessa apenas aos proprietários, interessa ao público em geral, pois que é perigoso um edifício inseguro e o legislador quer exigir do engenheiro especial cuidado, ameaçando-o de um prejuízo que por certo redundará em cautela de sua parte para se eximir ao risco (DANTAS, 1977, p. 76).

Nesse caso, por mais que haja um caráter patrimonial possível de ser identificado, a força com que o interesse geral se manifesta é estridente, visto que dezenas de pessoas poderiam ser severamente impactadas por conta de um descuido, avivado por interesses financeiros do empreiteiro, entendimento manifestado pelo próprio autor (DANTAS, 1977, p. 76). Assim sendo, a análise em prol do caráter cogente da norma é facilitada.

Todavia, nem sempre o interesse geral abrangerá a totalidade de camadas de aplicação da regra, visto que existem situações, regidas pela mesma regra que sequer impactam o interesse geral. Como exemplo utiliza-se a norma de solidez da construção trazida acima, mas especificando um tipo de construção não destinado ao uso civil, como uma planta solar destinada à comercialização de energia limpa. Neste caso, havendo problemas na solidez da construção, o interesse afetado seria puramente patrimonial, haja vista que o único impactado seria o contratante do empreendimento solar e que os problemas de solidez do empreendimento dificilmente prejudicariam a coletividade.

Diante de situações como esta, a norma deveria ser caracterizada como cogente para a totalidade de suas hipóteses de incidência? E subsidiariamente, poderiam as partes instituir cláusula visando a redução do prazo de garantia?

Para responder a estas perguntas mostra-se necessário aprofundar a análise da obrigatoriedade das normas dentro do contexto específico dos contratos empresariais, a fim de verificar de que forma e quais razões podem ser utilizadas para solucionar tais questionamentos.

2.2. DA OBRIGATORIEDADE DAS NORMAS EM CONTRATOS EMPRESARIAIS

Como exposto anteriormente, existem diversos ramos do direito civil nos quais as mesmas normas podem incidir, sendo o direito comercial um destes. Este ramo possui fundamentos e princípios próprios, mesmo que delimitado por um regime de obrigações que se aplica a todos os outros ramos (FORGIONI, 2019b, p. 216). Esta visão do direito empresarial apartada das demais áreas do direito civil é pautada principalmente na ideia de segurança e previsibilidade que rege as relações econômicas.

Ocorre que estas ideias apenas puderam ser desenvolvidas a partir de princípios contratuais amplos, historicamente desenvolvidos para reforçar o cumprimento da obrigação

contratualmente firmada. Entre os mais célebres estão o *pacta sunt servanda* e a autonomia da vontade das partes, que conferem ao contrato força de lei entre as partes e possibilita a criação de direitos e obrigações que vinculam o interesse dos contratantes ao pactuado (AZEVEDO, 2019a, p. 34).

Importante acrescentar que estes princípios sugerem um cumprimento estrito das cláusulas convencionadas, objetivando que a obrigação seja executada tal como instituída. Não à toa, as regras comerciais eram interpretadas, em sua larga maioria como sendo de caráter enunciativo ou dispositivo:

Em regra as leis comerciais têm caráter dispositivo ou enunciativo, e não imperativo ou absoluto; por isso prevalecem somente no silêncio das partes, e podem pelos contraentes ser, de fato, revogadas, deixadas em olvido, salvo poucas exceções, isto é, de normas que ordenam, ou vedam. Só se não alteram na prática, ao arbítrio dos interessados, nem interpretam extensivamente, as leis de ordem pública em sendo imperativas, ou proibitivas. (MAXIMILIANO, p. 319, 1993)

Assumem característica diversa apenas aquelas normas que preveem formalidades essenciais de determinado ato, necessárias para o controle e validação do ato pelo poder público:

Por motivos de interesse geral se prescrevem formalidades constitutivas, essenciais para certos atos; a inobservância das mesmas induz nulidade e dá margem a outras penas, seja qual for a vontade das partes. A estas se não atribui o poder de convencionar o contrário do que uma norma imperativa ou proibitiva dispôs como substancial, intrínseco ou de ordem pública. Assim acontece com os preceitos que regulam a circulação das mercadorias e dos títulos de crédito, os requisitos das letras de câmbio e notas promissórias, a organização exterior das sociedades, os termos de outorga de mandato. (MAXIMILIANO, p. 319, 1993)

Todavia, com o desenvolvimento do direito civil, essa rígida compreensão sobre os efeitos do contrato e das regras que regulam o direito empresarial passou a ser diluída para que melhor fosse adequada às novas visões acerca do cumprimento das obrigações. Neste momento, outros direitos passaram a ser privilegiados frente ao formalismo do pacto (AZEVEDO, 2019a, p. 35). Dentre eles é possível destacar a tentativa de equilibrar relações desiguais e evitar que as partes se sujeitem a danos imprevisíveis.

Embora essa corrente se adeque aos contratos de consumo e contratos firmados entre pessoas físicas, não se mostra razoável que tal entendimento se expanda com a mesma intensidade aos contratos empresariais (o que será abordado no tópico subsequente). Isso ocorre porque nas relações contratuais entre empresários presume-se a reiterada realização da

atividade econômica contratada e o consequente domínio da operação, por parte dos empresários, para cumprir a obrigação pactuada. Logo, as partes que contratam neste grau de profissionalismo objetivam um maior grau de segurança para o cumprimento da avença o que apenas pode ser garantido por meio da obrigatoriedade do contrato, devendo a intervenção sobre o acordado ocorrer apenas em situações excepcionais e limitadas (SACRAMONE, 2022, p. 67).

Mas por que a segurança e a previsibilidade são fatores de tamanha relevância à economia? Essa resposta, por mais que já tenha sido explorada por juristas, é idealmente transmitida por aqueles que abordam os custos de transação dentro da economia de mercado.

Para responder a pergunta é necessário compreender que os custos que envolvem a operação de uma empresa não se limitam àqueles usualmente analisados, como a compra de insumos, equipamentos e mão de obra (chamados de custos de produção). Além destes, a teoria econômica identificou, principalmente ao longo do Século XX, um segundo fator de impacto nos lucros das companhias, chamado de custo de transação. Ronald Coase classifica-o como sendo:

Para que alguém realize uma transação, é necessário descobrir quem é a outra parte com a qual essa pessoa deseja negociar, informar às pessoas sobre sua disposição para negociar, bem como sobre as condições sob as quais deseja fazê-lo, conduzir as negociações em direção à barganha, formular o contrato, empreender meios de inspeção para se assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos, e assim por diante. Tais operações são, geralmente, extremamente custosas. Custosas o suficiente para evitar a ocorrência de transações que seriam levadas a cabo em um mundo em que o sistema de preços funcionasse sem custos. (COASE, 2008, p. 14)

Dessa forma, a falta de segurança na formação de contratos afeta diretamente os custos de uma empresa, haja vista a necessidade de despendar valores adicionais para acompanhar o cumprimento das obrigações firmadas. Sendo assim, em sistemas onde os contratos são amplamente passíveis de intervenção, os contratantes tendem a gastar quantias superiores para protegerem-se dos riscos que eventuais modificações contratuais impostas por terceiros venham a causar na condução da atividade. Com isso, é possível identificar duas consequências negativas à função da empresa: (i) a redução de seus resultados produtivos, afetando a geração de lucro aos seus sócios e acionistas (SACRAMONE, 2022, p. 75); e/ou (ii) o aumento do preço do produto ou serviço, que, dentro de uma cadeia de produção, afeta o preço dos bens de consumo disponibilizados à sociedade.

Logo, verifica-se porque, no direito contratual, a regra que fundamenta este campo é a da não intervenção na liberdade das partes, pois, a liberdade de contratar possibilita atingir soluções mais eficientes, reduzindo custos de transação e maximizando o resultado das trocas. Todavia, isso não quer dizer que a intervenção judicial nos contratos é desnecessária, apenas que deve ser tomada com cautela, tendo em vista que poder reduzir a previsibilidade dos contratos e aumentar os requisitos necessários para que uma relação negocial seja concretizada.

No entanto, a intervenção estatal fará sentido quando ela trouxer soluções melhores do que aquelas dispostas em contrato, buscando superar erros causados por falhas de mercado (TIMM, 2019, p. 172). Isto posto, verifica-se que a imposição de normas cogentes, em especial às relações empresariais, toma caminho diverso ao princípio da liberdade de contratar, visto que restringe a plena liberdade contratual e possibilita a revisão do negócio mesmo que tenha sido consensualmente firmado. Assim, o empresário que tiver um contrato amplamente remodelado em seu desfavor, em razão do desconhecimento da interpretação da regra, irá se municiar de aparato jurídico mais sofisticado para que em contratos futuros realize a transação sem incorrer em imprevistos.

De toda forma, a segurança adicional para celebrar contratos vem acompanhada de custos adicionais, o que resultará numa maior previsibilidade. No entanto, o empresário deverá aceitar uma redução na margem de lucro ou aumento do preço do produto, tornando-o menos competitivo.

2.2.1. Dicotomia entre contratos existenciais e de lucro

Para aprofundar a distinção entre a forma de interpretação dos contratos mostra-se relevante tratar das diferenças entre os contratos empresariais ou de lucro e os contratos existenciais. Esta discussão foi capitaneada por Antonio Junqueira de Azevedo e propõe atribuir tratamentos diversos para estas diferentes categorias contratuais. A definição dos termos foi elaborada em nota do autor à atualização da obra de Orlando Gomes, *Contratos*, 26^a edição, de 2008. A primeira das categorias, os contratos empresariais ou de lucro, foi definida como:

Há, de um lado, os contratos empresariais, que são aqueles celebrados entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, entre um empresário e um não-empresário, desde que este tenha celebrado o contrato com o fim de lucro. [...] São exemplos de contratos empresariais os de agência, distribuição, fornecimento,

transporte, *engineering*, consórcio interempresarial, franquia, e os contratos bancários, dentre outros. (GOMES, 2008a, p. 231 - 232).

Já os contratos existenciais:

E, de outro lado, há os contratos existenciais ou não-empresariais, firmados entre não-empresários ou entre empresários e um não-empresário, sempre que para este a contratação não tenha objetivo de lucro. Dentre os contratos existenciais encontram-se todos os contratos de consumo, bem como os contratos de trabalho, locação residencial, compra da casa própria e, de maneira geral, os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana. (GOMES, 2008a, p. 232).

O autor considera que a intervenção do julgador diante de disputas que envolvam os contratos de lucro deverá ser a menor possível, tendo em vista que a modificação das obrigações pactuadas perturbaria a importante lógica do capitalismo de que as entidades que se mostram incapazes de cumprir com seus pactos devem ser descartadas do mercado. Por isso, o princípio *pacta sunt servanda* deve atuar com maior intensidade sobre estes contratos (AZEVEDO, 2008, p. 304 - 305). Importante frisar que a definição de contratos empresariais utilizada ao longo do trabalho não se limita aos contratos nominados e caracterizados como contratos empresariais, mas sim ao conceito apresentado por Junqueira de Azevedo. Esses são caracterizados com base na relação havida entre as partes que o firmaram e não necessariamente pelo objeto do contrato.

Já os contratos existenciais podem ser interpretados sob outras óticas, como a da dignidade da pessoa humana. Nesta linha, importantes efeitos podem ser vinculados aos contratos que se adequem ao paradigma existencial, sendo eles a revisão do contrato injusto, uma apreciação de critérios mais amplos para considerar a onerosidade excessiva, a conservação do contrato diante de inadimplementos menos relevantes e a própria redução da cláusula penal (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 106).

Além das categorias expostas, há uma terceira classificação que tem a sua rigidez interligada às duas já apresentadas. Estes são chamados de contratos relacionais e caracterizam-se por serem formados de obrigações continuadas. Nestes contratos de longa duração aumenta-se significativamente as chances de ocorrerem eventos imprevisíveis que possam afetar as partes de forma inesperada, sendo estabelecida, para estes casos, uma abertura maior à renegociação das condições, buscando a manutenção do contrato firmado (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 98).

Para a terceira categoria, a lógica majoritariamente egoísta dos contratos de lucro é substituída por uma tendência cooperativa, onde se reconhece que o estrito cumprimento das cláusulas contratuais diante de situações imprevisíveis poderá impossibilitar o cumprimento do objeto contratado e ainda gerar graves danos ao outro lado da negociação.

A concepção aqui descrita reforça as diferenças existentes entre as várias espécies de relações jurídicas e a necessidade da norma se adaptar às suas particularidades. Dessa forma, o caráter obrigatório enquadrado para determinadas normas civis, deve atuar de maneira distinta para as relações existenciais e de lucro. Essa análise é reforçada por Gustavo Tepedino, que prestigia a diferenciação funcional do contrato como caráter distintivo para a aplicação das normas:

A partir da análise funcional do contrato e dos direitos subjetivos, a grande dicotomia do direito privado deixa de ser baseada na estrutura desses mesmos direitos subjetivos - como ocorre na distinção entre direitos reais e obrigacionais - dando lugar à distinção funcional entre as relações patrimoniais e existenciais. Tais relações são dicotômicas porque desempenham funções díspares, atraindo, por conseguinte, disciplinas diferenciadas (2008, p. 404).

Essa diferença de interpretação apenas é possível ao analisar o objeto da relação e os interesses que são concretizados com a celebração do contrato, pois, é a partir desta observação que o intérprete poderá verificar quais são os princípios que devem reger a situação em análise.

Nesta linha, Teresa Negreiros defende que a teoria geral dos contratos deveria dedicar seus esforços ao estabelecimento de critérios de diferenciação a fim de poder conciliar a interpretação dos contratos ora à luz da liberdade econômica, ora da dignidade da pessoa humana (2006, p. 303). A necessidade de realizar tais diferenciações nasce, principalmente, a partir do surgimento de novos princípios contratuais pautados em fatores sociais, considerando também as externalidades que afetam os contratos no momento de seu estudo (NEGREIROS, 2006, p. 310).

É deste modo que a própria análise do teor do contrato poderia definir o grau de obrigatoriedade da norma que incide sobre ele. Não à toa que no direito do consumidor uma série de regras tornam-se obrigatórias, levando o intérprete do contrato consumerista a analisá-lo observando as externalidades que atingem.

2.2.2. O advento da Lei de Liberdade Econômica

De forma mais sutil que a regulação contratual dada aos consumidores por meio do Código de Defesa do Consumidor, o artigo 3º, inciso VIII, da lei 13.874/2019, “Lei de Liberdade Econômica”, confere aos negócios jurídicos empresariais uma garantia de que as regras aplicáveis a estes contratos deverão ser aplicadas apenas de maneira subsidiária ao pactuado pelas partes:

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública;

O ânimo do dispositivo foi equilibrar o ambiente de negócios brasileiro aos padrões de liberdade internacional, transformando as regras de direito empresarial em dispositivas ao afastar a obrigatoriedade destas, excluindo aquelas caracterizadas como sendo de ordem pública (ACCIOLY, 2019, p. 35). Todavia, a interpretação do dispositivo pode ser feita de diversas maneiras: tanto de forma a afastar o caráter cogente de normas que expressam com clareza esta característica, quanto como mero reforço à liberdade de contratar possibilitada no sistema jurídico brasileiro.

No entanto, ambos os extremos apresentados desrespeitam regras de hermenêutica. A interpretação mais ampla se dá de forma assistemática, desconsiderando a organização das normas dentro do sistema e seu oposto ignora o dispositivo, dando a ele uma eficácia insignificante.

Nesse sentido, o que o inciso propõe é uma definição da forma pela qual as regras deverão ser interpretadas, não sendo uma hipótese de modificação do texto de outras normas. Logo, a fim de evitar equívocos em sua aplicação faz-se necessário observar dois importantes critérios: (i) que haja dúvida sobre a natureza cogente ou dispositiva da norma; e (ii) que não haja razões de ordem pública que desautorizam a interpretação pró liberdade. Dessa forma, a aplicação do dispositivo não despreza as regras hermenêuticas postas (CAMILO JUNIOR, 2019, p. 91).

Ademais, a modificação trazida pelo dispositivo restringe-se aos contratos paritários, onde se verifica um equilíbrio de forças e partes com capacidade suficiente para negociar os termos do pacto firmado, resultando numa alocação de riscos equilibrada (FORGIONI, 2019a, p. 287). Esta aferição de paridade não se limita à quantidade de termos que cada parte definiu dentro do instrumento nem mesmo a desproporção deste número. Outros critérios como a concordância às práticas de mercado, a razoabilidade das condições e o cumprimento dos deveres de boa-fé também mostram-se necessários para verificar se, de fato, o contrato apresenta disparidade (CAMILO JUNIOR, 2019, p. 92). Ou ainda, a verificação de dependência de uma das partes frente a outra para que possa garantir sua sobrevivência (FORGIONI, 2019a, p. 287).

Importante destacar que o dispositivo não isenta a empresa mais fraca de respeitar as condições firmadas. No entanto, a diferenciação entre os contratos paritários e não paritários poderá influenciar o intérprete na tomada de decisão quanto à necessidade de intervir ou não no contrato. Não esquecendo que, a princípio, os contratos presumem-se paritários, de acordo com modificação legislativa trazida também pela Lei 13.874/2019 ao Código Civil Brasileiro:

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

Dessa forma, observa-se que o ordenamento tem possibilitado que a interpretação das normas contratuais ocorra de forma distinta a depender da sua hipótese de incidência. Logo, para a análise dos contratos empresariais, o julgador deverá considerar a sua natureza quando for aplicar norma cuja aplicação tenha sido afastada pelas partes. Assim, devem ser utilizados os critérios de interpretação estabelecidos pelas próprias partes, possibilitando que as disposições legais de interpretação não sejam consideradas cogentes (FORGIONI, 2019a, p. 295), com o fim de gerar uma maior previsibilidade aos contratantes.

3. DA NATUREZA DA CLÁUSULA PENAL E SUA REDUÇÃO

A pena convencional trata de sanção contemporânea às primeiras civilizações antigas, havendo registros de sua estipulação em documentos gregos e babilônicos (SILVA, 2008, p. 20). Todavia, foi com o desenvolvimento e a expansão do Império Romano que o direito obrigacional se aperfeiçoou, oportunizando o franco desenvolvimento do instituto sob a alcunha de *stipulatio poenae*.

A evolução da cláusula penal ocorreu a partir da Lei das XII Tábuas, que, em sua Tábua VII, indicava a possibilidade da aplicação da pena de Talião contra aquele que houvesse cometido ilícito penal privado. Diante desta situação, poderiam as partes acordar pena distinta daquela prevista na lei, como o pagamento de quantia pecuniária (VIERO, 2015, p. 22). A partir disso é possível observar uma função de caráter principalmente substitutivo da pena, onde as partes, em consenso, poderiam acordar pelo benefício mútuo da instituição de pena diversa daquela legalmente atribuída ao delito.

Verificada a ampla aceitação das sanções pecuniárias, os romanos passaram a instituir valores específicos para padronizar as quantias devidas diante de determinados ilícitos, destacando o papel sancionador da cláusula dentro na sociedade da época (ZIMMERMANN, 1996, p. 3). Logo, perceberam que não havia motivos para aplicar essas sanções apenas no campo do direito penal, visto que se tratava de uma forma efetiva de criar pressão sobre outrem independentemente da espécie de relação manifestada (ZIMMERMANN, 1996, p. 4).

Ocorre que, diferentemente da substituição da pena inicialmente idealizada, para aplicar efeito diverso ao pactuado em obrigações civis seria necessário que as partes instituíssem uma obrigação acessória dentro do contrato principal que lhes daria o direito de receber prestação diversa da celebração nas hipóteses de descumprimento do contrato (VIERO, 2015, p. 30).

Para tanto, passaram a incluir a figura do garantidor nos contratos, na forma da *sponsio*, na qual o *sponsor* seria responsabilizado pelo resultado do inadimplemento da obrigação - *poena* - que o conduziria ao cárcere no lugar do inadimplente. Com o desenvolvimento do instituto, à pessoa do garantidor foi garantida a faculdade de evitar seu aprisionamento por meio do pagamento de soma pecuniária (VIERO, 2015, p. 30).

Essa quantia também foi chamada de *poena*, sendo que o contrato que tratava da garantia era chamado de *sponsio poenae*. Importante esclarecer que a pena significava o preço de resgate de uma pessoa e não uma prefixação do valor do delito (VIERO, 2015, p. 31). Com evolução da *obligatio* no direito romano, verifica-se uma mudança da garantia concedida por terceiro para a auto garantia, prestada pelo próprio devedor (VIERO, 2015, p. 33).

A partir de então, foi possibilitado que qualquer interesse do credor pudesse ser patrimonializado, mediante a inserção da *stipulatio poenae*. Essa consistia na promessa de pagamento de um valor para a inexecução de uma prestação pactuada. A inovação buscava atingir dois objetivos distintos: tornar coercível um comportamento que não necessariamente continha caráter patrimonial; e liquidar preventivamente, mediante acordo mútuo, os danos que teriam uma maior dificuldade de serem liquidados pelas partes. (VIERO, 2015, p. 40). Então, a liquidação antecipada destes valores ocorria da seguinte maneira:

Para evitar que o credor tivesse que produzir a árdua prova do montante do dano sofrido, as partes poderiam recorrer à estipulação de pena (*poena*) convencional, consistente na maioria das vezes em uma soma em dinheiro, a que se comprometia o devedor, mediante *stipulatio*, a pagar ao credor em caso de inadimplemento da prestação devida (dita pena convencional própria). À *stipulatio poenae* se poderia recorrer, também, para comprometer-se ao pagamento de uma pena para o caso de inadimplemento de uma prestação que não era diretamente devida, mas somente deduzida na *stipulatio poenae* como condição potestativa negativa da obrigação de pagar a pena (dita pena convencional imprópria). A esta última se costumava recorrer quando a prestação deduzida em condição não pudesse constituir objeto válido de obrigação. A pena convencional também poderia ser estabelecida por meio de um *pactum adiectum* (somente) nos contratos tutelados por *iudicia bonae fidei* (VIERO, 2015, p. 40).

Com o desenvolver do pensamento jurídico romano no período Justiniano, foi estabelecido que as penas não poderiam ultrapassar o dobro do objeto originário. Esta medida foi tomada para que não fossem aplicadas penas desarrazoadas com a função exclusiva de punir o devedor, visto que tal punição poderia impedir a retomada de sua atividade comercial. Essa evolução marca uma mudança de percepção sobre a cláusula penal, afastando o caráter estritamente punitivo em troca da função da pena ser satisfeita com o ressarcimento dos danos ocorridos ao credor. (VIERO, 2015, p. 74).

3.1. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DO INSTITUTO

No sistema jurídico contemporâneo a cláusula penal caracteriza-se como obrigação acessória que recai sobre o devedor que deixar de cumprir obrigação ou constituir-se em mora, como prevê o artigo 408 do Código Civil Brasileiro. Em razão de seu caráter acessório, a eventual ineficácia da cláusula penal não afeta a validade da obrigação a qual se adere, mas apenas ocasiona a sua própria nulidade (PEREIRA 1996 p. 102).

O instituto se perfectibiliza na inexecução do contrato, na infração de uma de suas cláusulas ou diante da verificação da mora (GOMES, 2008b, p. 191). Para tanto, a cláusula penal subdivide-se em relação ao tipo de obrigação que deve ser descumprida para que possa incidir. A pena terá o caráter compensatório quando ocorrer a completa inexecução do contrato, ou seja, momento em que o credor poderá aceitar substituir a prestação da obrigação principal em troca dos valores prefixados na cláusula. Ou o caráter moratório, nas situações em que for verificado o retardamento da obrigação ou o descumprimento de uma cláusula específica, sendo passível ao credor cumular a cobrança das penas com o adimplemento da obrigação principal (GOMES, 2008b, p. 191).

A doutrina diverge em relação aos benefícios da cláusula penal, especialmente quanto ao seu papel primário e secundário. Esse posto é disputado por duas principais correntes, a que enxerga a multa contratual como sendo, primordialmente, um desincentivo ao inadimplemento do contrato e aquela que considera a prefixação dos danos o objetivo mor da instituição desta cláusula.

Os que defendem que o principal papel da pena é o desincentivo ao inadimplemento fundamentam que este fator estaria presente mesmo nas situações em que a cláusula penal fosse estipulada majoritariamente com o intuito de fixar os danos. A relevância desta ideia está no fato de que a prefixação de danos poderia ser amplamente modificada pelo julgador, mas o desincentivo, mesmo que em reduzida escala, continuaria exercendo o seu papel perante às partes (PEREIRA, 2017, pp. 154 - 155).

Já os que vinculam à cláusula penal o intuito majoritário de prefixar danos, baseiam tal posição no fato de ser comum que a cláusula contenha obrigação menos onerosa do que o efetivo cumprimento da obrigação principal. Diante dessas hipóteses não restaria configurado um desincentivo suficientemente convincente ao devedor para deixar de prestar a obrigação pelo simples fato de haver uma cláusula punitiva, visto que a pena poderia ser menos gravosa do que o próprio adimplemento da obrigação (GOMES, 2008b, p. 191).

Acontece que, ambos os lados apresentam argumentos bem estruturados que dificultam hierarquizar a função principal da cláusula penal. Somado a isso, os artigos que disciplinam a matéria (do artigo 408 ao artigo 416 do Código Civil Brasileiro) ora ressaltam o caráter penal do instituto (caput do artigo 416) ora indicam a prefixação de danos (artigos 410, 411, 413 e 416, parágrafo único) (SILVA, 2007, p. 237).

Os estudos mais recentes, de outro modo, contornam este embate ao identificar duas espécies distintas da cláusula penal, afastando a natureza unilateral do instituto e entendendo-o como de caráter híbrido. Isso ocorre com a especificação da finalidade de fato pretendida pelos contratantes (TEPEDINO, 2021, p. 544).

De tal modo, caberá às partes instituírem cláusula penal delimitada aos seus interesses, ora para fixar antecipadamente a indenização, ora para coagir o devido cumprimento da obrigação (MARTINS-COSTA, 2009, p. 614). As minudentes variações sobre o caráter e função da cláusula penal mostram-se relevantes dentro de um cenário onde a intervenção judicial em contratos é a regra, servindo para proporcionar ao intérprete um maior número de ferramentas para compreender a motivação das partes na instituição de determinadas cláusulas (SILVA, 2007, p. 237).

Judith Martins-Costa ainda complementa, ao reforçar que mesmo sendo as distinções e particularidades da cláusula penal extremamente criteriosas e técnicas, tais complicações acarretam diferentes resultados no plano fático:

Por exemplo, se a cláusula penal foi pactuada como cláusula de perdas e danos (finalidade de prévia liquidação do dano), o juízo sobre a redução do dano, previsto no art. 413, deverá ter em conta o critério da proporcionalidade, pois a natureza da cláusula é francamente indenizatória. Já se foi pactuada cláusula penal em sentido estrito, ou puramente coercitiva (finalidade compulsivo-sancionatória, visando-se gerar pressão no devedor de modo a estimulá-lo ao adimplemento), o foco está no cumprimento, e não no dano. (2009, p. 622)

No entanto, para que a função, tanto de prefixar danos como de desincentivar o inadimplemento possa ser devidamente exercida, é necessário que os credores tenham facilidades para cobrar a multa. Em razão disto, o cabimento da cláusula penal frente à inexecução do contrato é considerada como uma presunção absoluta, em que sequer é necessário ao credor demonstrar os prejuízos que sofreu para que possa aproveitá-la (MARTINS-COSTA, 2009, p. 724). Tal implicação é positivada no *caput* do artigo 416 Código

Civil: “Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo”.

A presunção se concretiza em razão do dano estar diretamente vinculado à indenização instituída pela cláusula penal. Com o preestabelecimento da quantia necessária para a liquidação do dano, o devedor não poderá simplesmente desconsiderar que o seu inadimplemento trouxe malefícios aos credor, pois, na época da contratação, acordou que o não cumprimento da obrigação resultaria em prejuízos que deveriam ser ressarcidos nos moldes da cláusula penal instituída. Seabra (2022, p. 74) reforça este entendimento, ao estabelecer que a fixação da pena vai além de uma presunção. É, em verdade, uma prova de que o descumprimento da obrigação constitui um prejuízo real que as partes optaram por afastar qualquer discussão a respeito do seu valor.

Nesta linha, Caio Mário da Silva Pereira defende que a cobrança da cláusula deverá ser mantida mesmo nos casos em que não houver prejuízo algum ao credor e o devedor possuir provas que demonstrem a ausência de prejuízo (PEREIRA, 2004, p. 157). Isso ocorre em razão da mera inexecução ser considerada uma conduta danosa, afastando qualquer oportunidade de prova contrária.

Por força disso, a existência do prejuízo é irrelevante para a cobrança do encargo atribuído à cláusula penal (SEABRA, 2022, p. 72). Descartando a discussão a respeito da existência ou extensão do dano sofrido, sendo apenas necessário que a culpa pelo inadimplemento seja, de fato, atribuída ao devedor da obrigação pactuada (TEPEDINO, 2007, p. 762 - 763).

Todavia, mesmo diante desta presunção absoluta, devem ser cumpridos determinados requisitos para que o credor possa requerer a cobrança da cláusula. Estes são: (i) a estipulação do instituto previamente ao descumprimento da obrigação (PEREIRA, 1996, 102); (ii) a configuração do inadimplemento total ou parcial (MARTINS-COSTA, 2009, p. 724); e (iii) a comprovação da culpa do devedor pelo inadimplemento, exigida pelo artigo 408 do Código Civil (AZEVEDO, 2019b, p. 309 - 310).

É possível perceber, a partir dos requisitos supramencionados, que tanto o primeiro quanto o segundo podem ser objetivamente verificados com a análise do contrato que instituiu a cláusula penal. Dessa forma, ao credor resta o desafio principal de demonstrar a culpa do devedor, visto que esta representa elemento essencial para constituir tanto a mora (artigo 396

do Código Civil) quanto o inadimplemento (artigo 393 do Código Civil) (TEPEDINO, 2021, p. 543).

A partir da exposição introdutória a respeito da cláusula penal, pretende-se aprofundar isoladamente algumas das características essenciais do instituto, as quais suportam a compreensão dos objetivos buscados por este trabalho.

3.1.1. Cláusula penal compensatória e cláusula penal moratória

Como exposto, a cláusula penal pode ser aplicada para o inadimplemento da obrigação principal, acessória ou relativa à mora. Sendo que, a depender da obrigação descumprida pelo devedor cabe a aplicação de pena de natureza distinta, ora compensatória (substitutiva), ora moratória (cumulativa).

A exigência da pena compensatória afasta, por completo, a obrigação de cumprir o objeto principal do contrato. A moratória pode ser exigida mesmo com a manutenção da obrigação principal (PONTES DE MIRANDA, 2012b, p. 155). Ambas as aplicações são disciplinadas pelo Código Civil de 2002, em seus artigos 410 e 411:

Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

Além da identificação da espécie da multa pela via funcional, a distinção entre cláusula penal compensatória e moratória poderá ocorrer por meio da verificação do valor pecuniário instituído, devendo a multa de função moratória ser inferior àquela que abrange o inadimplemento total da obrigação (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 323).

Para o caso de total inadimplemento, a pena substitui o cumprimento da obrigação, objetivando restituir a totalidade dos danos verificados pelo credor. Desta forma, por mais que os danos percebidos ultrapassem o montante fixado na cláusula penal, não cabe ao credor exigir indenização suplementar àquela instituída. Ao credor, caberá a indenização total pelos prejuízos verificados com o inadimplemento apenas nos casos em que a cláusula penal for convencionada

como indenização mínima para o descumprimento da avença (PONTES DE MIRANDA, 2012b, p. 155), vide parágrafo único, do artigo 416 do Código Civil.

Já para o inadimplemento de obrigação que possua pena que a reforce, seja referente à mora ou aos demais deveres acessórios, por mais que o descumprimento da obrigação específica ocorra concomitantemente à resolução integral do contrato, a pena restritiva continuará sendo aplicável em regime cumulativo. Esta cobrança cumulada, no entanto, é limitada até a data da extinção contratual, não podendo a multa moratória incidir após a rescisão do contrato. A exemplo, Gustavo Tepedino expõe que, no momento em que se perde a utilidade na manutenção do negócio jurídico e o credor deflagra o descumprimento absoluto do contrato, apenas os efeitos relativos ao inadimplemento do principal poderão ser aplicados, de forma que não caberia aplicar a multa moratória (2021, p. 554 - 555).

Além da possibilidade de cumulação com a obrigação principal, a distinção entre o caráter compensatório e moratório toma essencial importância para a análise da redução da cláusula penal. A redução aqui tratada é aquela disposta no artigo 413 do Código Civil, que estabelece que a pena deverá ser reduzida pelo juiz quando verificado que a obrigação foi cumprida em parte ou o valor da penalidade se mostrar excessivo: “Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”.

Seu enquadramento, do primeiro trecho é principalmente destinado à cláusula penal compensatória, tendo em vista que para a regra ser aplicável há a necessidade de ter ocorrido o adimplemento parcial da obrigação. Esta será aplicável de acordo com a parcela da obrigação já cumprida pelo devedor. Sendo assim, quando a cláusula penal for estipulada para a inexecução integral do contrato, a diminuição do seu valor será a medida capaz de equilibrar os danos sofridos pelo credor, que teve seus interesses prejudicados (MARTINS-COSTA, 2009, p. 653).

Então, de maneira diversa, quando a cláusula penal tiver função de indenizar os prejuízos causados em função do descumprimento de cláusula contratual específica, como deveres de informação, ou a mora, na maioria dos casos não se poderá falar em redução proporcional, pois a obrigação acessória terá sido inteiramente descumprida. Para estes casos poderá ser aplicada a redução da multa quando for verificado que o valor estipulado para a

penalidade for excessivo, conforme previsto na segunda hipótese do artigo 413 do Código Civil (MARTINS-COSTA, 2009, p. 653).

3.1.2. Pena como sanção civil

A tradição romana desenvolveu a cláusula penal para punir penalmente aquele que descumprisse obrigação formalmente pactuada, sendo que o caráter penal do instituto provinha do fato de que o descumprimento do pacto era considerado crime, devendo seus efeitos incidirem dentro do âmbito penal.

No sistema jurídico brasileiro, a atuação do instituto ocorre dentro da esfera civil, não possuindo o papel de punir aquele que descumpriu determinado dever, mas sim, coagir o cumprimento da avença e facilitar que o prejudicado seja reembolsado pelos danos sofridos. Assim, diferentemente do direito penal, a cláusula penal busca evitar o ilícito e não punir o agente que o realizou (TEPEDINO, 2021, p. 546).

Dentro do direito civil, a cláusula penal, em razão da sua multiplicidade de funções, tem sido subdividida para que possa tornar claro qual o interesse das partes ao acordarem com a estipulação da pena. Para tanto, Judith Martins-Costa, esquematicamente, expõe as principais funções do instituto indicando também a sua eficácia, finalidade e espécie:

- (i) Função de indenizar. Eficácia de substituir a prestação originalmente pactuada. Finalidade de liquidar previamente o dano. Espécie: cláusula penal compensatória (substitutiva) dita “cláusula de perdas e danos”.
- (ii) Função de coagir ao cumprimento: a) eficácia de substituir a prestação originalmente pactuada. Finalidade coercitiva/satisfativa para o credor, na medida em que substitui a prestação originalmente pactuada. Espécie: cláusula penal compensatória (compensa na medida em que substitui a prestação originalmente pactuada), dita cláusula penal em sentido estrito; b) eficácia de acrescer a prestação originalmente pactuada. Finalidade puramente coercitiva, para levar ao cumprimento. Espécie: cláusula penal moratória (não substitui a prestação original, acrescenta um valor que é acumulado ao da prestação original), dita cláusula penal puramente coercitiva.
- iii) Hipóteses em que há eficácia alternativa (ou substituir ou compensar): a) inexecução de apenas algumas das obrigações pactuadas ou quando pactuada cláusula penal em segurança de alguma cláusula especial: pode ser cláusula compensatória (substitutiva) ou moratória (cumulativa); b) violação positiva do contrato: pode ser cláusula compensatória (substitutiva) ou moratória (cumulativa) (MARTINS-COSTA, 2009, p. 624).

As distinções propostas tem sua serventia essencialmente observada no momento em que a redução do valor da pena é arguido por uma das partes. Diante disso, o intérprete poderá estabelecer de forma mais clara quais são os critérios e motivos para a redução da pena, frente a natureza da cláusula instituída.

3.2. A REDUÇÃO DA CLÁUSULA PENAL

Ainda que uma das funções da cláusula penal seja prefixar os danos resultantes do inadimplemento de uma obrigação, o legislador, ao tratar de sua redução, concedeu ao intérprete da cláusula o dever de reduzi-la quando estiver diante de: (i) penalidade que exceda o valor da obrigação principal (artigo 412 do Código Civil); (ii) quando a obrigação principal for parcialmente cumprida (artigo 413 do Código Civil); e (iii) nas hipóteses em que o montante da penalidade, mesmo sendo inferior ao valor da obrigação principal, for verificado como excessivo (artigo 413 do Código Civil).

Essas possibilidades de redução da pena buscam, principalmente, preservar os objetivos do instituto, sendo eles a coação e o ressarcimento do credor (vide artigo 410 do Código Civil), evitando que seja utilizada como ferramenta de enriquecimento ilícito por uma das partes (TEPEDINO, 2014, p. 754).

3.2.1. Hipóteses para redução

Por mais que a lei estabeleça ao magistrado um dever de reduzir a cláusula penal nos casos em que verificar uma desproporção entre o montante da multa e os danos gerados pela obrigação descumprida, este dever não lhe é entregue de forma absolutamente arbitrária, sendo aplicável às hipóteses acima enumeradas.

A primeira delas, trata da mais objetiva das hipóteses, visto que para verificar a validade do valor instituído pela cláusula basta confrontá-la ao valor total da obrigação assumida entre as partes. Situação que será muito dificultada quando as prestações não forem pecuniariamente aferíveis ou de difícil avaliação (SEABRA, 2022, p. 321). Para as obrigações civis *lato sensu* a regra a ser utilizada é aquela estipulada pelo art. 412 do Código Civil, que estabelece o limite da multa como sendo o valor da obrigação principal. Não obstante, esta

mesma regra é aplicada com limitações distintas a depender da obrigação que está sendo regulada. Esta diversidade de limites ao valor da multa pode ser verificada em legislações que tratam de matérias específicas. Tem-se como exemplo:

Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor)

Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

§ 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.

Decreto nº 22.626/1933 (Lei da Usura)

Art. 9º. Não é válida a cláusula penal superior a importância de 10% do valor da dívida.

Como também no próprio Código Civil, que em seu artigo 1.336 estabelece que o condômino que não cumprir com seus deveres arcará com multa limitada a cinco vezes o valor de sua contribuição mensal. Este comando legal evita estimular o descumprimento da avença, fazendo que o credor não tenha maiores interesses na pena estipulada do que na própria obrigação pactuada (TEPEDINO, 2021, p. 552).

Diante dessa hipótese a pena deverá ser reduzida até o montante que superar o valor principal, devendo ser preservado o valor restante relacionado à cláusula, visto que a invalidade parcial do instituto não se faz suficiente para anulá-lo por completo. Entendimento já consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL. SEGURO HABITACIONAL. DANOS EM IMÓVEL POR DEFEITOS CONSTRUTIVOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. EXECUÇÃO. MULTA CONTRATUAL PELO RETARDO NO PAGAMENTO. MARCO INICIAL. MONTANTE DA PENALIDADE. CC, ART. 920. LIMITE. INCIDÊNCIA.

I. Se a multa decendial prevista no contrato é aplicada pela sentença transitada em julgado sem previsão do dies a quo para a sua fluíção, a fixação deste em fase de execução, por ocasião do julgamento dos embargos do devedor, se vier a resultar em valor superior ao limite estabelecido no art. 920 da lei substantiva civil - o da obrigação principal - dá margem à incidência da aludida norma, evitando-se enriquecimento sem causa do autor.

II. Recurso conhecido em parte e parcialmente provido, para restringir o montante da multa ao valor da indenização securitária. (REsp n. 253.004/SP, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 15/3/2001, DJ de 7/5/2001, p. 147.)² (Grifo nosso)

² No mesmo sentido: Recurso Especial n. 422.966/SP, de relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira; Recurso Especial n. 651.227/SP, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros; e Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 681.409/SP, de relatoria do Ministro Raul Araújo.

Já a segunda hipótese de redução da cláusula penal é fundamentada no trecho inicial do artigo 413 do Código Civil e não possui como parâmetro de redução o valor de multa instituído, mas sim a parcela da obrigação principal já cumprida pelo devedor. Para o seu cabimento, mostra-se necessário que certos requisitos sejam cumpridos, como a possibilidade da prestação ser cumprida em partes e este parcial cumprimento ter sido benéfico ao credor (MARTINS-COSTA, 2009, p. 690 - 691).

Quanto à utilidade ao credor, caberá ao julgador ponderar se a atividade prestada de fato se mostra benéfica ao cumprimento da obrigação principal (SEABRA, 2022, p. 409), devendo a pena ser “proporcional” ao avanço útil realizado sobre a obrigação principal. A essencialidade de ser demonstrado o benefício ao credor é observada em situações nas quais o cumprimento parcial não justifica uma redução da pena, visto que eventuais custos do inadimplemento podem superar as vantagens obtidas com o recebimento parcial da obrigação. Exemplo disso seriam os custos para negociação de contrato e busca por novo fornecedor do produto ou serviço.

Em relação às aspas envolvendo a expressão proporcional no parágrafo acima, essas se tornam necessárias à medida em que a redução não deverá ocorrer seguindo uma proporcionalidade matemática frente ao cumprimento parcial da obrigação. Ou seja, o valor da multa não será inversamente proporcional à quantidade de serviços ou produtos fornecidos, mas sim observando critérios de equidade, por mais indefinidos que sejam.

Estes critérios, sem dúvida, deverão levar em conta a quantia da obrigação já prestada pelo devedor. Todavia, como apresentado acima, deverão ser balizados pelos benefícios gerados ao credor e demais particularidades que venham a envolver o caso. Por fim, deve ser ressaltada a modificação legislativa entre o Código Beviláqua e o vigente, que substituiu o trecho do extinto artigo 924 “reduzir proporcionalmente” por “reduzida equitativamente” do artigo 413 (SIMÃO, 2021, p. 277).

A hipótese restante refere-se ao trecho final do artigo 413 do Código Civil, que possibilita a redução da cláusula penal se esta for considerada excessiva frente a natureza ou finalidade do negócio. Essa hipótese, diferentemente das já abordadas, trata de inovação em relação ao Código Civil de 1916, visto que a redução da cláusula poderia apenas se dar diante de cumprimento parcial ou instituição de multa que superasse o valor da obrigação principal.

A nova possibilidade, no entanto, já era observada no Código Alemão de 1896, que em seu parágrafo 343 prevê a redução da pena quando for desproporcionalmente elevada. Esta novidade foi posteriormente acompanhada por diversos Códigos europeus: Código Italiano de 1942, artigo 1384; Código das Obrigações Suíço, artigo 163,3; Código Civil Português de 1966, artigo 812; e por meio de uma modificação legislativa ocorrida em 1975 ao Código Civil Francês, realizada no artigo 1152 (PINTO MONTEIRO, 2004, p. 173).

A redução pautada no excesso manifesto busca afastar abusos que relações assimétricas podem causar ao devedor, impedindo que penas desproporcionais sejam aplicadas nas situações em que o credor pode, de forma quase unilateral, definir as condições contratuais (MARTINS-COSTA, 2009, p. 694).

Essa nova possibilidade de redução deverá ocorrer apenas quando verificado um excesso manifesto, e não qualquer excesso, visto que deste modo a função da pena perderia um de seus sentidos e a intervenção na autonomia privada que se tornaria excessiva. Dessa forma, tal como na tentativa de verificação da onerosidade excessiva, é necessário que o intérprete oriente-se acerca das diversas particularidades que envolvem a cláusula penal (PINTO MONTEIRO, 2004, p. 176).

Assim, o Código estabelece que seja aplicado pelo intérprete um parâmetro razoável para realizar a diminuição da multa, pautando-se na “natureza e finalidade do negócio”, de forma que estes conceitos deverão ser analisados à luz do local de celebração do negócio jurídico, dos costumes envolvendo as pessoas e profissionais que os praticam, e a forma na qual o contrato foi negociado (MARTINS-COSTA, 2009, p. 700).

Todas estas hipóteses servem a um intuito único: o de preservar o devedor de eventuais abusos que poderão ser suscitados pela aplicação de cláusulas penais incoerentes (PINTO MONTEIRO, 2004, p. 165). Ou seja, incoerentes aos limites impostos pelo Código, os quais pautam-se em princípios gerais que devem ser obedecidos pelas partes quando realizados negócios jurídicos, sendo eles, a boa-fé contratual e a vedação ao enriquecimento sem causa.

Cumprido, por fim, indicar que a redução da cláusula penal não deverá ocorrer em nível inferior ao dano sofrido pelo credor, visto que desvirtuaria uma das principais funções da cláusula, tendo a substituição do termo “proporcionalmente” por “equitativamente” também contribuído com tal visão, decorrente da redução puramente proporcional, por vezes, ter a capacidade de prejudicar o credor (CASSETTARI, 2010, p. 92).

3.2.2. A obrigatoriedade da redução

Neste trabalho será dado principal enfoque às reduções possibilitadas pelo artigo 413 do Código Civil. Em primeiro lugar, cumpre observar o trecho inicial do artigo: “A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz”.

A obrigatoriedade desta norma busca preservar o equilíbrio entre o descumprimento da obrigação e o valor pactuado a título de cláusula penal. Para tanto, concede ao intérprete da cláusula a possibilidade de reduzi-la a fim de evitar o enriquecimento sem causa por parte do credor da avença descumprida (TEPEDINO, 2021, p. 553).

Este *dever* de redução, além de expressamente previsto para as hipóteses supramencionadas, foi aprofundado na IV Jornada de Direito Civil, quando foram aprovados dois enunciados que caracterizam a redução como sendo um preceito de ordem pública e que poderá ser aplicado até mesmo de ofício pelo magistrado:

IV Jornada de Direito Civil

Enunciado 355 - Não podem as partes renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, por se tratar de preceito de ordem pública.

Enunciado 356 - Nas hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício.

3.2.2.1. *Motivação dos enunciados*

Tanto o enunciado 355 quanto o enunciado 356 abordam, em suas justificativas, a busca pelo cumprimento do princípio da função social (AGUIAR JÚNIOR, 2007, p. 270 - 272). Este princípio pode ser definido como sendo um limite à autonomia da vontade para aquelas situações em que tal autonomia for de encontro ao interesse social (PEREIRA, 2018, p. 26).

Dessa forma, para atribuir o caráter cogente à redução prevista no artigo 413 do Código Civil, os enunciados tiveram seu sustento no parágrafo único do artigo 2.035 do Código, que impede o prevalecimento das convenções que contrariem preceitos de ordem pública, tal qual a função social do contrato. Logo, se a redução da cláusula penal tem o objetivo de fazer o contrato atingir sua função social, não poderiam as partes deixar de acatar tal regra, vez que intrinsecamente ligada a um preceito de ordem pública (AGUIAR JÚNIOR, 2007, p. 271).

Antes mesmo do enunciado e até anteriormente à promulgação do Código Civil de 2002, parcela da doutrina já considerava que a redução desta cláusula deveria ser considerada como sendo de caráter cogente (RODRIGUES, 1999, p. 95), mesmo diante de um Código que substituía o verbo “dever”, utilizado na legislação atual, pelo verbo “poder”: “Código Civil de 1916, Art. 924. Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento.”

Sendo possível encontrar precedentes do Superior Tribunal de Justiça que permitiam a redução da cláusula penal mesmo diante de previsão contrária em contrato:

DIREITO CIVIL. REDUÇÃO PELO JUIZ DA PENA CONVENCIONAL. FACULDADE OUTORGADA PELO LEGISLADOR AO MAGISTRADO. INDERROGABILIDADE POR CONVENÇÃO DAS PARTES. EXEGESE DO ART. 924 DO CÓDIGO CIVIL. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA.

I- A faculdade conferida ao juiz pelo art. 924 do Código civil prevalece mesmo em face de expressa convenção em contrário das partes no sentido de ser a multa devida por inteiro em caso de inadimplemento parcial da obrigação.

II- A moderna doutrina e a atual jurisprudência se opõem à clássica doutrina civilista da supremacia da vontade, preferindo optar pelo caráter social de proteção a parte presumidamente mais frágil.

(REsp n. 11.527/SP, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 1/4/1992, DJ de 11/5/1992, p. 6437.) (grifo nosso)

PROMESSA DE COMPRA E VENDA. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. ART. 924, CC.

Os temas referentes aos arts. 128, 460, do CPC, não foram apreciados pelo Aresto hostilizado, faltando, assim, o requisito do prequestionamento.

A norma do art. 924 do Código Civil é disposição destinada a proteger a pessoa do devedor; de interesse público e não pode ser invalidada pela convenção das partes. Os apelantes satisfizeram grande parte do preço, justificando, assim, a redução da cláusula penal.

Não se conhece do recurso especial pela divergência quando a orientação desta Casa se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida. Incidência da Súmula nº 83-STJ.

A assertiva da agravante de que o percentual de 30% das parcelas pagas não cobre as despesas que teve com o imóvel durante o contrato envolve o reexame de matéria fática, fazendo incidir o disposto na Súmula nº 7 desta Corte.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag n. 115.023/SP, relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 3/9/2002, DJ de 25/11/2002, p. 236.) (grifo nosso)

Com a mudança de redação entre o artigo 924 do Código Civil de 1916, para o artigo 413 do Código Civil atual, aqueles de acordo ao enunciado 355 entendem que o caráter cogente da redução da cláusula penal foi reforçado:

Por outro lado, não se poderia, nunca, tolher ao juiz a faculdade de redução da multa,

em que pesem opiniões em contrário. A faculdade atribuída ao juiz era, inelutavelmente, de ordem pública. Hoje, não se encontrará quem defenda o contrário, sob pena de se colocar o devedor em situação de extrema inferioridade no contrato. [...] Notemos que a nova lei usa o verbo dever. Nesse caso, a redução passa a ser definitivamente um dever do juiz, e não mais uma faculdade. Cabe ao juiz também, no caso concreto, reduzir a multa se esta for manifestamente excessiva, levando-se em conta a natureza e a finalidade do negócio (VENOSA, 2013, p. 363-364).

3.2.2.2. *A obrigatoriedade da redução e a liberdade contratual*

O caráter cogente do dever de redução da cláusula penal é entendimento majoritariamente aceito pela doutrina nacional para interpretar o artigo 413 do Código Civil. Dentre os principais motivos para compreender o dever de redução da cláusula penal como uma norma de caráter cogente está a vedação ao enriquecimento ilícito.

O enriquecimento ilícito pode ser observado nas situações em que a obrigação é inadimplida após parcela do objeto principal ter sido entregue (PEREIRA, 2004, p. 159). Neste exemplo, o credor não apenas receberia parcela daquilo que contratou, mas também a totalidade do valor estipulado para cobrir os danos do total inadimplemento da avença. Isso faria o credor se beneficiar de quantia superior ao valor estipulado pela indenização, pois também receberia parcela da avença, caracterizando o enriquecimento. Logo, o enriquecimento ilícito seria verificado nesta diferença, entre valor recebido a título de parcela da obrigação cumprida, somado à totalidade da pena por descumprimento da obrigação, subtraído o valor devido ao integral adimplemento da obrigação, o que geraria um suposto lucro ao credor.

Independentemente do potencial enriquecimento ilícito causado pela não redução da cláusula penal, há interpretação que busca limitar a abrangência do caráter cogente concedido ao artigo 413 do Código Civil, considerando que a obrigatoriedade da redução não deve se estender à totalidade das hipóteses em que a cláusula penal é aplicada. Esta posição fundamenta-se na ideia que a multa contratual trata de direito patrimonial disponível, ou seja, poderiam as partes pactuar livremente acerca de sua modificação, eis que aborda questão de interesse estritamente privado (SIMÃO, 2021, p. 277 - 278).

Frente aos enunciados que reforçaram o caráter cogente do dever de redução da cláusula penal, José Fernando Simão entende que esses deveriam ser limitados à interpretação de contratos por adesão. Isso, pois nesses sequer poderia ser debatido o conteúdo do contrato, e então, uma restrição à redução da cláusula penal poderia, de fato, se tornar exageradamente onerosa à parte que apenas poderia concordar com as condições que lhe foram impostas. No

mais, o autor considera equivocada a interpretação que considerada o caráter cogente da redução como regra que deve ser aplicada a qualquer contrato, discordando, em especial, do enunciado 355 ao tratar a redução como preceito de ordem pública:

A matéria não é de ordem pública, é questão puramente patrimonial que só interessa aos contratantes. Permitir ao juiz, em um contrato paritário, mormente entre hipossuficientes, controlar a cláusula penal, é ignorar a base do contrato: a autonomia das partes e suas vontades (SIMÃO, 2021, p. 278).

Para exemplificar a não aplicabilidade do instituto à totalidade dos contratos, têm-se os contratos específicos, como o *built to suit*³, em que a cláusula penal não poderá ser reduzida, mesmo que já cumprida parcela das obrigações a cargo do devedor. Isso ocorre porque o valor do contrato é estipulado tanto para pagar o aluguel como os gastos que viabilizaram a locação (SIMÃO, 2021, p. 278).

Nesta mesma linha, Orlando Gomes, ao interpretar o artigo 924 do Código Civil de 1916, entendia que o dispositivo não continha dever de reduzir a cláusula penal quando fosse verificado o cumprimento parcial da obrigação, mas apenas quando fosse ultrapassado o seu limite legal (GOMES, 2008b, p. 193). Importante frisar que esta interpretação foi realizada tendo como objeto de estudo um artigo que não se utilizava do verbo “dever” (como é hoje utilizado), mas sim do verbo “poder” para abordar a forma na qual o juiz interviria na cláusula penal. De todo modo, esta diferença no objeto de estudo não afasta o entendimento do autor acerca do tema sob análise.

O desenvolvimento de sua posição é pautada na dificuldade de definir o que seria uma cláusula penal excessiva e principalmente em razão da inutilização da multa convencional, visto que os efeitos objetivados com a cláusula penal são intrinsecamente relacionados ao valor da pena instituída (GOMES, 2008b, p. 193). Conflitos que são igualmente observados com a mudança de redação realizada pelo Código Civil de 2002.

Em posição também favorável à liberdade contratual, Beviláqua compreendia que até mesmo o limite imposto à pena pelo artigo 920 do Código Civil de 1916 (atual artigo 412) não se justificaria:

³ Contrato *built to suit* é aquele que o locador constrói ou reforma um imóvel a fim de que possa se adequar aos interesses do locatário, sendo este responsável por pagar os alugueres, que sustentarão tanto o custo da construção como a remuneração pelo próprio aluguel.

O limite imposto à pena por este artigo não se justifica. Nasceu da prevenção contra a usura, e é uma restrição à liberdade das convenções, que mais perturba do que tutela os legítimos interesses individuais. A melhor doutrina, neste assunto, é de plena liberdade seguida pelo Código Civil italiano, pelo português e pelo venezuelano (1976).

Dessa forma, se verifica uma dualidade entre a intervenção judicial, motivada pelo caráter cogente da cláusula penal, e a vontade das partes, que deverá ser suprimida pelo julgador, o que não ocorre para institutos jurídicos semelhantes.

3.2.2.3. *Redução da cláusula penal e a teoria da imprevisão*

Além dos posicionamentos supramencionados, que entendem pela não obrigatoriedade da redução da cláusula penal, é possível traçar um paralelo entre a diminuição do valor da multa contratual, estabelecida no artigo 413 do Código Civil, e a teoria da imprevisão, fundamentada na onerosidade excessiva.

A teoria da imprevisão como instrumento para revisão de contratos provém da cláusula *rebus sic stantibus*, que delimita a eficiência do negócio jurídico de execução diferida à não alteração das condições verificadas no momento de sua formação (GOMES, 2008a, p. 40), ou seja, possibilita que ocorra a relativização do *pacta sunt servanda* quando as bases fáticas que pautaram o negócio forem modificadas.

Foi a partir da cláusula *rebus sic stantibus* que a teoria da imprevisão passou a ser desenvolvida, vindo a ser positivada com o advento do Código Civil de 2002 e tendo seus requisitos de aplicação indicados nos artigos 317, 478 a 480 do Código. No Brasil, essa teoria tem como fundamento teórico a onerosidade excessiva (CARVALHO, 2018, p. 76), que pode ser conceituada da seguinte maneira:

Exige-se que a alteração das circunstâncias seja de tal ordem que a excessiva onerosidade da prestação não possa ser prevista. Por outras palavras, a imprevisão há de decorrer do fato de ser a alteração determinada por circunstâncias extraordinárias. Por outras palavras, a imprevisão há de decorrer do fato de ser a alteração determinada por circunstâncias extraordinárias (GOMES, 2008a, p. 41).

Em razão do exposto, tem-se que tanto a onerosidade excessiva como a redução da cláusula penal nada mais são do que ferramentas que o intérprete poderá utilizar quando for provocado a rever um contrato. Todavia, a redação dos institutos foi realizada de maneira

distinta pelo legislador do Código Civil de 2002. Diferentemente da redação verificada no artigo 413, os artigos que regulam a revisão do contrato em razão de onerosidade excessiva utilizam o verbo “poder” ao indicar a possibilidade do juiz modificar as prestações pactuadas:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, **poderá** o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação. (grifo nosso)

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, **poderá** o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. (grifo nosso)

Somado a isso, é de entendimento amplo que tal revisão trata apenas de possibilidade concedida ao juízo e não um dever que obriga o magistrado:

Introduz-se, portanto, a possibilidade real e efetiva de intervenção judicial nos contratos, aplicando-se claramente a teoria da imprevisão ou da excessiva onerosidade, sob o ponto de vista objetivo, quando do pagamento, ou propriamente da execução (veja o Capítulo 8 do volume 3). Por via transversa, pela nova norma, caberá aos tribunais no caso concreto definir quando e sob quais condições deverão ser alterados os valores nominais firmados pelas partes por motivo de inflação, desvalorização cambial, alterações de condições de mercado etc (VENOSA, 2018, p. 112). (grifo nosso)

Indo além, Wald ressalta que os tribunais brasileiros têm aplicado a revisão do contrato com base na teoria da imprevisão como medida excepcional, buscando evitar a insegurança jurídica (2011a, p. 334). Posicionamento que é facilmente identificado ao analisar decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça diante de eventos de caráter manifestamente imprevisíveis, tal como a crise financeira mundial de 2008, que impactou expressivamente o valor do câmbio e *commodities*:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. REVISIONAL. COMPRA E VENDA DE FERTILIZANTES. INDEXAÇÃO COM BASE NA MOEDA AMERICANA. RELEVANTE ALTERAÇÃO DO DÓLAR AO FINAL DO ANO DE 2008. TEORIA DA IMPREVISÃO. AFASTAMENTO.

1. "O histórico inflacionário e as sucessivas modificações no padrão monetário experimentados pelo país desde longa data até julho de 1994, quando sobreveio o Plano Real, seguido de período de relativa estabilidade até a máxidesvalorização do real em face do dólar americano, ocorrida a partir de janeiro de 1999, não autorizam concluir pela imprevisibilidade desse fato nos contratos firmados com base na cotação da moeda norte-americana, em se tratando de relação contratual paritária."

(REsp 1321614/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/03/2015).

2. Não envolvendo relação de consumo, o contrato objeto do pedido de revisão, mas, sim, revelando-se paritário, convém que se submetam as partes aos termos do acordo celebrado, não decorrendo da variação cambial verificada base para a revisão do negócio entabulado.

3. A variação ocorrida no valor da moeda americana ao final do ano de 2008, com reflexo no contrato de compra e venda de fertilizantes, indexado com base na variação do dólar americano, não se revela imprevisível a ponto de autorizar o Poder Judiciário, com base na Teoria da Imprevisão, a proceder à sua revisão e alterar o indexador estipulado.

4. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(AgRg no REsp n. 1.518.605/MT, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 7/4/2016, DJe de 12/4/2016.)

Por força disso, surge dúvida quanto à diferença de tratamento entre a revisão dos contratos por onerosidade excessiva e a revisão da cláusula penal possibilitada pelo artigo 413 do Código Civil. O que motiva a redução da cláusula penal a ser considerada uma norma de caráter cogente, enquanto a revisão por onerosidade excessiva é enquadrada como mera faculdade concedida ao intérprete?

Como já exposto, uma das principais razões pelas quais a redução da cláusula penal detém este caráter obrigatório é o fato do pagamento de sua integralidade, quando realizado o parcial adimplemento da obrigação, ser considerado como enriquecimento sem causa por parte do credor. Este, além de receber parcela da obrigação, receberia a totalidade da multa, o que iria de encontro aos preceitos de ordem pública estabelecidos pelo artigo 2.035, parágrafo único, do Código Civil. Ocorre que o recebimento de prestação, com qualquer grau de desbalanço entre a data da celebração do contrato e a entrega da obrigação principal também pode ser considerado como um enriquecimento adicional por parte do credor.

Isso porque, o credor, ao receber objeto em que foram utilizados insumos adquiridos por preço mais elevado do que aqueles orçados na data da avença, recebe bem ou serviço de maior valor às custas do devedor. Essa prestação tende a ser mais valiosa, visto que se outro agente de mercado tiver interesse em adquirir objeto similar, deverá pagar os valores dos insumos de acordo com os novos preços estabelecidos. Nessa situação, o enriquecimento pode ser caracterizado a partir da desproporção entre a quantia paga pelo credor para receber a obrigação (que se mantém fixa) e o objeto recebido de valor superior, o qual se tornou mais oneroso ao devedor.

Logo, é possível observar que os denominados “preceitos de ordem pública” são afetados de forma similar independentemente do dano gerado ao devedor ser proveniente de pagamento integral de pena contratual ou em virtude de onerosidade absorvida ao longo da execução do pacto. Assim, pode ser verificado um desalinhamento no ordenamento jurídico, visto que revisões contratuais que impactam as partes de maneira semelhante possuem tratamento jurídico consideravelmente distinto, o que foge da coerência sob a qual o ordenamento deve se pautar (BOBBIO, 1999, p. 110).

Para eliminar esse desacordo, duas linhas intuitivas de raciocínio surgem: (i) a onerosidade excessiva deveria ser parametrizada, a fim de identificar o momento no qual o juiz *deve* passar a intervir. Ou seja, como na redução da cláusula penal em que deve ser reduzida quando parcela da obrigação principal for cumprida, poderiam ser estabelecidas condições para balizar quando a onerosidade excessiva deveria ser aplicada; ou (ii) como a cláusula penal trata de questões patrimoniais, envoltas pela obrigatoriedade dos contratos, a sua revisão deve ser realizada com maior parcimônia, visto que as partes livremente optaram por instituí-la.

Todavia, o entendimento que melhor se conecta às disposições já encontradas no ordenamento jurídico é aquele apresentado ao fim. Por mais que as condições de aplicação da onerosidade excessiva ainda sejam abstratas e de difícil enquadramento, a instituição de parâmetros objetivos para sua aplicação, ligados à proporcionalidade dos impactos, ainda mais de maneira obrigatória, poderia trazer uma série de entraves à realização de negócios no Brasil. Contratos de risco, por exemplo, poderiam ser desestimulados em virtude de limitações de risco incompatíveis à natureza do negócio a ser realizado, o que aumentaria a possibilidade de investidores serem obrigados a realizar aportes adicionais de recursos para ver o objeto do contrato cumprido.

Em razão disso, José Cretella Neto defende que as decisões deixem de mitigar a cláusula penal, visto que contribui com insegurança jurídica e afasta o interesse internacional de aportar no Brasil:

Essa espécie de decisão judicial, favorecendo o faltoso, causa grande insegurança jurídica nos potenciais investidores estrangeiros, que pretendem aportar recursos a nosso País, pois o recado é claro: “se seu parceiro brasileiro descumprir o contrato firmado com sua empresa, o Poder Judiciário do Brasil garantirá tratamento bastante benigno ao faltoso, a ponto de tornar risível qualquer valor estipulado na cláusula penal originalmente inserida no contrato”. [...]
O Direito não pode se desvincular da Economia. Afinal, praticamente só interessa ao Direito aquilo que se traduz em valores econômicos. Por essa razão, é necessário que

as decisões judiciais não mais mitiguem a cláusula penal indiscriminadamente, reduzindo seu montante a valores irrisórios, o que as caracteriza como fator de insegurança jurídica (= risco) na análise que as empresas transnacionais fazem do ambiente no Brasil, que circunda os tão necessários investimentos estrangeiros (CRETILLA NETO, 2015, p. 395).

Por fim, importa salientar que a elevação da insegurança jurídica não deve ser negligenciada pelo sistema jurídico. Os *rankings* de facilidade de realização de negócios (*Doing Business*) do Banco Mundial⁴ já elencam o Brasil na 124ª posição, dentre os 191 países mais fáceis de realizar negócios, condição que impacta o desenvolvimento do país frente à intuitiva relação entre os países mais desenvolvidos e a facilidade de realizar negócios em seu território.

Dessa forma, ao invés de propor o aumento da intervenção judicial sobre os contratos e menosprezar o sistema de preços sob o qual o sistema econômico se sustenta (HAYEK, 1945, p. 527), tal ordem deve ser valorizada e estendida à cláusula penal, a fim de que esta recupere o vigor do seu efeito de prefixar danos e coagir o cumprimento das obrigações.

3.3. A CLÁUSULA PENAL EM CONTRATOS EMPRESARIAIS

A insegurança jurídica gerada por este dever de intervenção judicial na cláusula penal é acatada pelo sistema jurídico brasileiro em função da necessidade de realizar o sopesamento de valores que são caros ao ordenamento, de um lado, a vedação ao enriquecimento ilícito e, do outro, a obrigatoriedade dos contratos. A partir de então, prosperou o entendimento que diante do cumprimento parcial da obrigação ou excessiva onerosidade deve o magistrado equilibrar a obrigação com a redução da cláusula penal, prosperando a vedação ao enriquecimento ilícito.

Esse entendimento, por mais que intervenha significativamente sobre a vontade individual das partes, evita que um dos contratantes se beneficie de uma disparidade informacional para alcançar proveitos econômicos por uma obrigação que sequer poderia ser realizada conforme as condições pactuadas. Dessa forma, o entendimento exarado nos enunciados 355 e 356 da IV Jornada de Direito Civil muito bem se aplica a contratos com essas características, que tendem a ocorrer nas relações existenciais.

Já para relações empresariais, ignorar o profissionalismo das partes e realizar intervenções que alterem significativamente o valor da cláusula penal afeta diretamente o

⁴ <<https://archive.doingbusiness.org/en/rankings>>, acesso em 10 de novembro de 2022.

intuito de sua estipulação, que deveria servir para facilitar o planejamento financeiro da empresa, indicando com clareza quais valores poderiam decorrer do inadimplemento de uma contratação.

Além de uma maior previsibilidade quanto aos custos futuros, dentre as funções da cláusula penal está a estipulação prévia dos danos, o que se torna uma alternativa muito interessante para evitar a judicialização de conflitos. Isso ocorre por meio da facilitação do pagamento referente aos danos gerados pelo descumprimento do contrato, os quais já estariam previamente definidos, como aborda Silvio Rodrigues:

[A cláusula penal] Facilita o recebimento da reparação, porque poupa ao credor o trabalho de provar judicialmente o montante de seu prejuízo, a fim de alcançar a indenização. De fato, se o inadimplemento ocorrer sem que haja cláusula penal, o credor, depois de vencedor da lide, deve mostrar judicialmente o montante do seu dano e, se não conseguir fazê-lo, não obtém ressarcimento. Havendo, entretanto, cláusula penal, fica o interessado dispensado não só de provar como até mesmo de alegar qualquer dano, pois a convenção que estipulou a multa parte do pressuposto de que o inadimplemento acarreta prejuízo, o qual pode ser coberto com a pena. Aliás, a fixação convencional de uma pena teve justamente por escopo suprimir qualquer debate sobre a matéria. De maneira que basta ao credor provar o inadimplemento do contendor, para que tenha direito à multa. A inexistência ou não de prejuízo é irrelevante (1999, p. 87).

Essa função é ainda mais benéfica em países como o Brasil, onde o poder judiciário muitas vezes não pode agir com rapidez para realizar a quantificação dos danos e nem sempre o faz de maneira padronizada (TIMM, 2019, p. 175).

Todavia, a agilidade que se objetiva com a prefixação dos danos não se sustenta à medida que o incentivo para o imediato pagamento da multa é afastado em razão do dever do juiz modificar este valor diante das situações previstas no artigo 413 do Código Civil. Dessa forma, o benefício trazido ao devedor que não precisaria preocupar-se com custos decorrentes do litígio é suprimido pelo benefício que poderá ser gerado em razão da diminuição da pena.

Logo, é por conta desta desvirtuação dos objetivos principais da cláusula penal que o caráter obrigatório da redução da pena poderia ser aplicado com maior parcimônia aos contratos empresariais, visto que retira previsibilidade e segurança dos pactos realizados, fundamentos essenciais para que as relações de mercado possam ocorrer com maior grau de eficiência e aproveitamento de recursos (FORGIONI, 2019b, p. 119).

3.3.1. O caráter patrimonial e disponível

É certo que as obrigações podem apresentar ou não caráter patrimonial, ou seja, as partes poderão ou não objetivar fins econômicos com a realização de determinados negócios. Certas obrigações, não necessariamente objetivarão este fim, como por exemplo os serviços voluntários com instituições filantrópicas, na qual a finalidade para ambos os interessados não envolve benefícios financeiros. No entanto, por via de regra, ao menos uma das partes se beneficia de contraprestação pecuniária (NORONHA, 2013, p. 42).

O direito de receber a prestação, por mais que detenha finalidade particular e egoísta, igualmente merece ser tutelado pelo ordenamento. Este dever de tutela apenas não lhe seria correspondente nos casos em que fosse contrário ao interesse geral, quando o ato se caracteriza como antijurídico ou concretiza um abuso de direito (NORONHA, 2013, p. 45).

Para tanto, é importante sempre analisar o interesse do credor à luz deste interesse geral, o qual não deve ser ultrapassado. Dessa forma, ao observar o universo empresarial verificamos que a maioria das obrigações realizadas detém este caráter patrimonial/econômico, visto que dentre as principais funções da empresa está o objetivo de auferir lucros aos seus sócios e acionistas em razão dos negócios realizados (SACRAMONE, 2022, p. 75). Por consequência, essas relações abrangem majoritariamente interesses puramente particulares e delimitados pelo capital social das entidades que o realizam.

Observado o contexto que enquadra as relações empresariais, a análise do caráter patrimonial da cláusula penal dentro desse contexto passa a ser evidenciado. Diferentemente das relações consumeristas, onde muitas vezes a parte que adquire um bem ou serviço não o faz por critérios de enriquecimento, mas sim critérios que vão desde a sua subsistência até a realização de atividades de lazer, nas relações empresariais, estas operações objetivam, em sua maioria, a maximização dos lucros da empresa.

Sendo assim, supõe-se que as partes irão analisar os contratos a serem firmados com maior cautela, de forma a contingenciar riscos que possam impactar os objetivos traçados para a empresa (MARINO 2006, p. 45). Dessa forma, no momento em que ocorrer a análise da multa contratual, ao menos nos contratos paritários, esta deverá ser delimitada num montante que possa ressarcir os danos decorrentes do inadimplemento das obrigações, mas sem afetar a continuidade das operações de ambos os agentes. Logo, não haveria razão para o devedor

considerá-la excessiva, visto que negociada conforme parâmetros previamente assumidos como suficientes e justos:

Por essa razão não pode o devedor, em tese, eximir-se de cumprir a estipulação penal, a pretexto de ser ela excessiva (CC, art. 927, 2ª parte), pois, se a multa resultou de avença prévia, deve-se acreditá-la justa, visto que decorreu da própria vontade das partes e foi fixada tendo em vista reparar o prejuízo eventualmente derivado do inadimplemento (RODRIGUES, 1999, p. 87).

Diante disto, além da concordância prévia e da assunção de responsabilidade pelo pagamento dos valores firmados, tal penalidade estaria estritamente relacionada aos participantes daquela obrigação, evidenciando o seu caráter disponível, de forma que não seria capaz de impactar interesses de ordem pública (CAMILO JUNIOR, 2019, p. 91), mas somente o patrimônio do devedor.

3.3.2. Afastamento da obrigatoriedade e a lei da liberdade econômica

A fim de garantir que disposições livremente firmadas em relações empresariais tivessem seu cumprimento reforçado, tal como as obrigações relativas à cláusula penal, foi instituída a Lei de Liberdade Econômica. Essa fortaleceu a prevalência da livre estipulação das partes frente às demais normas aplicáveis ao direito empresarial, no já citado artigo 3º, inciso VIII, da nova lei, bem como tornou a revisão contratual medida excepcional, conforme inclusão introduzida ao Código Civil, no artigo 421-A e seus incisos.

Dessa forma, a alteração possibilitou que as empresas pudessem descartar a ocorrência daquelas intervenções predeterminadas pelo julgador, sendo indicada por Forgioni, a redução da cláusula penal (2019a, p. 295). Evidente que a lei não desconsiderou a aplicação dos princípios contratuais como a função social, boa-fé objetiva e equilíbrio econômico (LOUREIRO, 2019, p. 59). No entanto, para os contratos empresariais, foram principalmente ressaltados os princípios ligados à liberdade de contratar, dispostos na nova lei em seu artigo 2º e correspondentes incisos:

Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:
I – a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;
II – a boa-fé do particular perante o poder público;
III – a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas;

Logo, com a vigência da nova lei, a interpretação acerca da redução da cláusula penal, prevista no artigo 413 do Código Civil, conforme o brocardo *dura lex sed lex*, se dificulta. Isso porque contraria expressamente a excepcionalidade da intervenção estatal sobre o exercício de atividades econômicas, trazida pelo inciso III do artigo 2º da Lei de Liberdade Econômica.

Assim, a revisão da cláusula penal, mesmo se considerada norma de caráter cogente, deve ser analisada com rigor, não sendo imposto ao julgador diminuir a pena em qualquer situação (NANNI, 2019, p. 677). A diminuição deveria muito menos ser proferida de ofício pelo intérprete, tendo em vista o nítido interesse do legislador em reduzir as intervenções sobre a vontade das partes (SEABRA, 2022, p. 386), posição já solidificada pelo Superior Tribunal de Justiça⁵ quando vinculada a contratos empresariais. Dessa forma, a redução deverá seguir certos parâmetros a fim de restringir sua aplicação, como já aplicável à teoria da imprevisão, que limita as hipóteses de incidência e dificulta a intervenção judicial. Caio Mário da Silva Pereira, ao tratar do tema, vincula os seguintes requisitos para que a teoria seja aplicada:

a) a vigência de um contrato de execução diferida ou sucessiva; b) alteração radical das condições econômicas objetivas no momento da execução, em confronto com o ambiente objetivo no da celebração; c) onerosidade excessiva para um dos contratantes e benefício exagerado para outro; d) imprevisibilidade daquela modificação (PEREIRA, 1998, p. 98 -102).

Sendo também restringida a possibilidade de a teoria ser invocada pelo contratante que descumpriu a avença por culpa ou mora (PEREIRA, 1998, p. 102).

O Superior Tribunal de Justiça, ao ser questionado sobre o assunto, também levantou requisitos para a aplicação da teoria. Em Recurso Especial nº 5.723⁶, de relatoria do Ministro Eduardo Ribeiro, foram indicados os seguintes requisitos: (i) existência de fatores imprevisíveis, capazes de alterar a equivalência das prestações; (ii) que da alteração resultasse empobrecimento sensível de uma das partes, ao mesmo tempo que consagra o enriquecimento sem causa da outra; e (iii) o contrato tenha se tornado impossível de ser cumprido, não verificando apenas uma dificuldade econômica (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 97).

⁵ REsp n. 1.888.028/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 24/8/2022; e REsp n. 1.867.551/RJ, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 5/10/2021, DJe de 13/10/2021.

⁶ REsp n. 5.723/MG, relator Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 25/6/1991, DJ de 19/8/1991, p. 10991

Já o Supremo Tribunal Federal, ao manifestar-se sobre a aplicação da teoria da imprevisão, seguiu o seguinte sentido:

CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS. A CLÁUSULA APLICA-SE AOS CONTRATOS DE EMPREITADA. A CLÁUSULA SÓ AMPARA O CONTRATANTE CONTRA ALTERAÇÕES FUNDAMENTAIS, EXTRAORDINÁRIAS DAS CONDIÇÕES OBJETIVAS, EM QUE O CONTRATO SE REALIZOU. **ELA NÃO VISA, PORÉM ELIMINAR RISCOS DE NEGÓCIO, RISCOS INERENTES AO PRÓPRIO SISTEMA ECONÔMICO VIGENTE NO PAÍS.** NO CASO O RECORRENTE NÃO PERDEU, DEIXOU APENAS DE GANHAR AQUILO QUE, PELO SEU CÁLCULO, SERIA SEU JUSTO LUCRO. MAS A DOUTRINA DA IMPREVISÃO NÃO OBJETIVA REAJUSTÁ-LO. AINDA NO CASO EM APREÇO NÃO ERA IMPREVISÍVEL O AUMENTO DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA JULGAR A AÇÃO IMPROCEDENTE.
(RE 56960, Relator(a): HERMES LIMA, Segunda Turma, julgado em 13/11/1964, DJ 08-12-1964 PP-04488 EMENT VOL-00606-03 PP-00974) (grifo nosso)

Logo, por mais que nem todos estes requisitos se adequem à revisão da cláusula penal, alguns deles muito bem se conectam ao objeto de estudo deste trabalho. Dentre estes, é possível destacar a impossibilidade de cumprimento do contrato; a necessidade de haver uma significativa desproporção entre os ônus gerados ao devedor frente aos bônus auferidos pelo credor; e a impossibilidade de utilizar a redução como via para reduzir os riscos do negócio jurídico.

No entanto, a aplicação desses não deixa de lado a importância de se observar os critérios trazidos pelo artigo 413 do Código Civil (cumprimento parcial da obrigação e montante da pena excessivo, considerando a natureza e finalidade do negócio). Sendo assim, com a adição de novos requisitos é possível estabelecer um processo objetivo de redução da cláusula penal, afastando em parte o intervencionismo intensivo possibilitado pela definição do artigo supra como de caráter cogente. Isso deverá gerar maior previsibilidade às partes e reduzir intervenções de terceiros sobre matérias que podem ser livremente decididas por aqueles que são de fato afetados pelos seus resultados.

3.3.3. A não obrigatoriedade da redução da cláusula penal e os novos princípios contratuais

Mesmo considerando (i) o incentivo à liberdade contratual motivado pela Lei de Liberdade Econômica; (ii) o impacto decorrente da não obrigatoriedade de reduzir a cláusula

penal ter como único prejudicado o devedor da obrigação; e (iii) que o devedor expressamente consentiu quanto a tal condição; é necessário demonstrar, com maior profundidade, que os novos princípios contratuais (função social do contrato, boa-fé objetiva e o equilíbrio econômico do contrato) não são afetados pelo afastamento do caráter cogente da redução da multa contratual nos contratos empresariais.

3.3.3.1. *Função social do contrato*

Tratando inicialmente da função social, cumpre definir tal princípio, que é conceituado por Azevedo como:

preceito destinado a integrar os contratos numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade (por exemplo, contratos contra o consumidor) quanto os que prejudique ilicitamente pessoas determinadas [...] A ideia da função social do contrato está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da república, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, inc. IV); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro - de resto, o art. 170, *caput*, da Constituição da República, de novo, salienta o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa (1998, p. 115).

O conceito acima indica dois principais campos de aplicação da função social do contrato: (i) o da proteção dos interesses da coletividade, e (ii) o do impedimento de ações e omissões que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas. A fim de demonstrar que o afastamento da obrigatoriedade de redução da cláusula penal em contratos empresariais não contraria a função social do contrato, faz-se necessário preencher estes campos indicando características da cláusula penal e dos contratos empresariais que impossibilitam o descumprimento da função social do contrato.

O primeiro deles, relativo à proteção da coletividade, foi antecipado no tópico anterior, em que o caráter estritamente patrimonial e disponível da cláusula penal foi tratado. Com isso, concluiu-se que, dentro da natureza dos contratos aqui abordada, os danos de uma cláusula penal superior ou inferior estariam restritos ao patrimônio do devedor. *Prima facie*, esta delimitação a respeito da cláusula penal se mostra incapaz de prejudicar terceiros não relacionados à obrigação, muito em função do princípio da relatividade dos efeitos dos

contratos, que limita seus efeitos apenas às partes, não aproveitando ou prejudicando terceiros (GOMES, 2009, p. 46).

Quanto ao segundo requisito, relativo aos danos a determinadas pessoas, este seria evidenciado no momento em que o contrato visa atingir ou maleficiar outrem ausente à relação celebrada, situação que dificilmente poderia ser resultante de uma restrição à redução da cláusula penal. Todavia, sendo verificada tal possibilidade, resultaria numa situação viável, porém improvável, para que a cláusula pudesse ser reduzida de ofício.

Dessa forma, é possível observar que a análise voltada a não obrigatoriedade de redução da cláusula penal, com foco nos contratos empresariais, apenas em situações muito específicas ocasionaria um desacordo ao artigo 421 do Código Civil, que restringe a liberdade contratual aos limites impostos pela função social do contrato. Tendo em vista que tal princípio pauta-se majoritariamente na forma pela qual o contrato irá gerar efeitos perante a sociedade (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 31), dificilmente a concessão de liberdade contratual superior à redução da cláusula penal será fator contratual capaz de impactar negativamente à coletividade.

3.3.3.2. *Boa-fé objetiva*

No tocante à relação particular entre as partes, a boa-fé objetiva e o equilíbrio econômico do contrato pautam comportamentos que devem ser objetivados pelas partes. A boa-fé, em especial, subdivide-se em subjetiva, “estado de espírito do agente frente à situação que envolve o fato ou negócio jurídico” (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 10) e objetiva, entendida como a atitude tomada frente o que se poderia esperar do homem médio, pautando-se pelos usos e costumes convencionais da situação em que se enquadra (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 10).

Essa última, é explicitada pelo Código Civil em três circunstâncias distintas: (i) no artigo 113, impondo que os contratos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé; (ii) no artigo 187, que reprime como ilícita a conduta do titular que “excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”; e (iii) no artigo 422, que estabelece a manutenção da boa-fé independentemente deste princípio estar ou não previsto no contrato (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 21-23).

Quanto às circunstâncias (i) e (iii), a discussão da obrigatoriedade da redução da cláusula penal não se encontra em plano similar a ponto de afetar tais disposições, visto que são consideradas regras gerais e continuarão incidindo independente dos efeitos da cláusula penal em um contrato.

Todavia, quanto à segunda circunstância, cabe detalhar as razões pelas quais a consideração do caráter não obrigatório da redução da pena não compromete o princípio aqui tratado. Isso porque o artigo 187 do Código Civil define consequência direta para o descumprimento de dever de boa-fé, configurando o direito exercido sem observar este princípio como ato ilícito (TEPEDINO, 2021, p. 69).

Então, a partir da leitura do artigo é possível identificar os critérios objetivos para sua aferição, sendo eles: o fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes (TEPEDINO, 2021, p. 75). Desta forma, resta esclarecer a ausência de impactos a esses critérios ocasionados pelo afastar da obrigatoriedade de redução da cláusula penal.

É possível caracterizar o fim econômico da obrigação como não excessivo em razão de motivo já apresentado, de que o devedor, à época da celebração do contrato, teria considerado como suficiente e justa a obrigação, estando de acordo com sua adequação para indenizar as perdas e danos que viessem a ocorrer. Somado a isso, está o interesse do credor, que objetiva, de forma previsível e segura ver os prejuízos decorrentes do inadimplemento devidamente ressarcidos. Logo, considerando que o contrato foi firmado entre empresas e de maneira paritária, verifica-se preenchido o critério “fim econômico” desde que respeitado o que fora estabelecido pelas partes, tendo em vista a importância da manutenção da segurança e previsibilidade nos contratos empresariais.

Já a boa-fé (*stricto-sensu*) e os bons costumes demandam uma análise puramente casuística, a fim de examinar se o contrato firmado respeitou os limites usualmente firmados para a realização do negócio jurídico. Dessa forma, a redução da cláusula penal pode ser considerada cabível quando verificada a excepcionalidade do objeto em análise, pois a intervenção contratual deve ser aplicada subsidiariamente pelo poder judiciário, como ocorre para a teoria da imprevisão.

Assim, verificado o preenchimento dos requisitos apresentados, a não obrigatoriedade da redução da cláusula penal se conforma ao princípio da boa-fé contratual aqui exposto.

3.3.3.3. *Equilíbrio econômico do contrato*

Por fim, cumpre tratar do equilíbrio econômico do contrato que visa proteger os contratantes da lesão e da onerosidade excessiva (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 11). Para este princípio, cabe assumir posição semelhante àquela tratada no tópico 3.1.2.3 deste trabalho, que aborda as semelhanças entre a revisão contratual por onerosidade excessiva e a redução da cláusula penal diante das hipóteses previstas pelo artigo 413 do Código Civil.

Como já exposto, a obrigatoriedade da redução da cláusula penal, imposta ao magistrado como dever e não como faculdade, foge da coerência necessária ao sistema jurídico, eis que trata como regra um padrão que é tratado como exceção por instituto semelhante.

Dessa forma, ao entender que a obrigatoriedade do artigo 413 deve ser amenizada, não se pretende excluir a revisão da cláusula penal, mas apenas adequá-la à forma pela qual o equilíbrio econômico do contrato ocorre em relação às demais obrigações pactuadas pelas partes, ou seja, de forma excepcional. Logo, esta interpretação não afeta o que este princípio pretende proteger, mas adequa sua aplicação ao que já vem sendo praticado.

Feitas tais considerações, far-se-á uma análise a respeito da possibilidade das partes incluírem mecanismos contratuais capazes tanto de limitar os efeitos, quanto de reger a forma sob a qual a redução pautada no artigo 413 do Código Civil deverá ocorrer.

4. LIMITES À REDUÇÃO DA CLÁUSULA PENAL EM CONTRATOS EMPRESARIAIS

Realizada análise quanto à força obrigatória das normas e acerca das características da cláusula penal, dando maior enfoque à forma na qual a sua redução ocorre e de que forma é regulada, passa-se a verificar de que maneiras, as partes, em contratos empresariais, poderão limitar contratualmente os efeitos da redução regida pelo artigo 413 do Código Civil.

Os limites à diminuição do valor instituído pela cláusula penal podem ser analisados sob duas principais incidências. A primeira delas trata da possibilidade das partes afastarem por completo os efeitos do artigo 413, impedindo que a redução da cláusula penal venha a ocorrer diante das hipóteses de cumprimento parcial do contrato ou montante da penalidade manifestamente excessiva. Já a segunda, mais branda, aborda o direito das partes instituírem a forma sob a qual a redução deverá ocorrer, suprimindo, mas não tolhendo, o poder de redução do julgador.

Ambas, por mais distintas que sejam em razão de sua intensidade, já foram ora consideradas válidas, ora inválidas pela doutrina majoritária. Dessa forma, cumpre demonstrar a forma na qual vêm sendo individualmente interpretadas e aplicadas pelos tribunais brasileiros.

4.1. EXTINÇÃO DOS EFEITOS DO ARTIGO 413 DO CÓDIGO CIVIL

Começando pela mais intensa das incidências de limitação, abordar-se-á a completa restrição à diminuição da cláusula penal. Essa, à luz do Código Civil de 1916, era analisada pela doutrina como uma alternativa válida para tolher a intervenção do juiz sobre o contrato firmado entre as partes, vide posição apresentada por Mucio Continentino:

Quanto aos inconvenientes apontados por CARVALHO DE MENDONÇA [refere-se à intervenção do Estado], para elles as partes têm facil correctivo nas proprias mãos, já vedando a reducção em qualquer caso, já estabelecendo o modo pelo qual ella se fará, convenções licitas e permittidas pela unanimidade da doutrina (1926, p. 170 - 171).

No mesmo sentido, Orlando Gomes aponta que “Em suma, não tem direito certo à redução proporcional. A intervenção judicial pode ser evitada pelas partes mediante expressa estipulação de que a pena será cumprida por inteiro, ainda que a obrigação tenha sido

parcialmente satisfeita”, isso porque não era imposto um dever ao juiz para realizar a redução, mas apenas uma possibilidade (2008b, p. 193). Caio Mário da Silva Pereira defendia posicionamento na mesma linha, no entanto, ainda que as partes pudessem optar pela irreduzibilidade da cláusula, deveriam observar os princípios do equilíbrio das prestações, da igualdade material, da boa-fé objetiva e da vedação ao enriquecimento ilícito. Além disso, se verificada onerosidade excessiva, caberia ao juiz modificá-la mesmo contra estipulação contratual (2017, p. 166).

Ainda sob a vigência do Código de 1916, Silvio Rodrigues posicionava-se de modo contrário, ao entender que a norma instituída pelo artigo 924 pretendia socorrer o devedor, que era visto como parte mais fraca do contrato. Logo, se as partes pudessem instituir, limitação de tal natureza, o devedor nunca teria força para rejeitá-la, tornando a norma inócua, frente o objetivo que se buscava alcançar (1999, p. 95).

Ademais, o autor expõe que na vigência do Código anterior era possível encontrar decisões que pendiam para ambos os lados. O julgado RT 273/300 entendia que: “se as partes ajustaram o pagamento integral da pena, em qualquer hipótese de violação do contrato, não cabe ao juiz reduzi-la”. Entretanto, as decisões RT 205/314 e 212/309 caracterizavam a norma do artigo 924 como sendo de ordem pública, o que a impedia de ser revogada por convenção das partes (RODRIGUES, 1999, p. 95).

Atualmente, a doutrina, em sua grande maioria, se opõe à possibilidade das partes afastarem sua incidência em razão de considerarem a norma como sendo de caráter cogente, posição defendida por Judith Martins-Costa (2009, p. 711), Gustavo Tepedino (2021, p. 558) e Sílvio de Salvo Venosa (2018, p. 346). Corrente que é igualmente predominante no campo da jurisprudência, vide decisões já referenciadas sob a égide do Código Civil de 1916, Recurso Especial nº 11.527/SP e Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 115.023/SP. No mais, as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, após a vigência do novo Código Civil mantiveram o padrão anteriormente apresentado, mesmo diante de contrato firmado entre sociedades empresárias, como pode ser observado no Recurso Especial nº 1.447.247:

[...] SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO AUTURAL COM CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DA CLÁUSULA PENAL AVENÇADA. REDUÇÃO DE OFÍCIO DA MULTA CONTRATUAL PELA CORTE ESTADUAL. 1. Em que pese ser a cláusula penal elemento oriundo de convenção entre os contratantes, sua fixação não fica ao total e ilimitado alvedrio destes, porquanto o atual Código Civil, diferentemente do diploma revogado, introduziu

normas de ordem pública, imperativas e cogentes, que possuem o escopo de preservar o equilíbrio econômico financeiro da avença, afastando o excesso configurador de enriquecimento sem causa de qualquer uma das partes. 2. Entre tais normas, destaca-se o disposto no artigo 413 do Código Civil de 2002, segundo o qual a cláusula penal deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio. **3. Sob a égide do Código Civil de 2002, a redução da cláusula penal pelo magistrado deixou, portanto, de traduzir uma faculdade restrita às hipóteses de cumprimento parcial da obrigação (artigo 924 do Código Civil de 1916) e passou a consubstanciar um poder/dever de coibir os excessos e os abusos que venham a colocar o devedor em situação de inferioridade desarrazoada.** 4. Superou-se, assim, o princípio da imutabilidade absoluta da pena estabelecida livremente entre as partes, que, à luz do Código revogado, somente era mitigado em caso de inexecução parcial da obrigação. 5. O controle judicial da cláusula penal abusiva exsurgiu, portanto, como norma de ordem pública, objetivando a concretização do princípio da equidade - mediante a preservação da equivalência material do pacto - e a imposição do paradigma da eticidade aos negócios jurídicos. [...] (REsp n. 1.447.247/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/4/2018, DJe de 4/6/2018.) (grifo nosso)

Nestes casos, os julgadores optaram por suprimir convenções particulares das partes a fim de promover a equidade e garantir o equilíbrio econômico da avença, considerando que os limites ora impostos à redução são incongruentes aos princípios contratuais. Dessa forma, caracteriza-se a norma instituída pelo artigo 413 como cogente e, por consequência, inderrogável.

No entanto, independentemente de ser majoritária, tal posição não é unânime. Além daqueles que defendiam a licitude da cláusula penal irredutível à luz do Código de 1916, contemporaneamente, a defesa dessa posição é realizada por Giovanni Ettore Nanni:

Ainda que a feição de não se permitir disposição em contrário seja a regra, sob pena de esvaziar o conteúdo do preceito, em hipótese extraordinária, levando em consideração a natureza e a finalidade do negócio particular, é adequado concluir pela licitude de cláusula penal irredutível. Há que se apresentar um evento peculiar, no bojo de uma relação paritária, em que a diminuição da pena convencional comprometa a estrutura, o racional e/ou a equação econômica do contrato, justificando a sua manutenção em caso de inexecução, coibindo-se a modificação (2019, p. 678).

Tal entendimento é também o de José Cretella Neto, que traz crítica à interpretação predominante em virtude do impacto à segurança jurídica causada pela intervenção do judiciário sobre os contratos paritários e das consequências daí resultantes, tal como o afastamento de capital estrangeiro:

Lastimável também que a maioria da doutrina brasileira apoie a redução judicial da cláusula penal – excetuados os contratos de adesão, em geral, como os de consumo, de seguros, de cartão de crédito etc, no que não há como discordar, dada a disparidade de peso econômico entre os contratantes – mas entendendo que grandes empresas também deveriam se beneficiar desse *favor judicis*! (2015, p. 384)

No entanto, este posicionamento encontra-se sem amparo de decisões recentes proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. Ademais, mesmo com o advento da Lei de Liberdade Econômica, que fortalece a estipulação feita por particulares, a capacidade das partes afastarem a redução da cláusula penal não tem prosperado também perante os tribunais estaduais. É possível verificar nas decisões compulsadas que o caráter cogente vinculado ao artigo 413 impede tal disposição, a exemplo do seguinte julgado:

LOCAÇÃO DE IMÓVEL NÃO RESIDENCIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. Sentença de improcedência dos embargos. Apelo da embargante. Cerceamento de defesa não constatado. Provas dos autos suficientes à segura resolução da lide. Rescisão antecipada do pacto locatício celebrado para vigorar por 10 anos, mas que durou apenas 3. Apelada que executa a multa rescisória e os aluguéis concedidos a título de carência no início da relação locatícia. Novo contrato celebrado entre a locadora e empresa terceira que se seguiu imediatamente à rescisão da avença objeto da demanda. Locatária que cumpriu o aviso prévio notificando por escrito a locadora e envidou esforços para a transição, inclusive negociando a venda do maquinário com a nova locatária meses antes da efetiva rescisão. Considerável redução de prejuízos à locadora que sequer teve o imóvel desocupado. **Cláusula penal que deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, como no caso, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio. Inteligência do art. 413 do Código Civil.** [...] RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1117229-28.2018.8.26.0100; Relator (a): Alfredo Attié; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 31ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/05/2021; Data de Registro: 13/05/2021)

Neste acórdão, independente do alto valor da prestação contratada, e do grau de profissionalismo de ambas as partes (veículos de grandes investimentos), a multa contratual fora reduzida buscando evitar o enriquecimento sem causa da locadora. Isso porque, a locadora não teria suportado prejuízos elevados com a rescisão antecipada do pacto.

No que toca à Lei de Liberdade Econômica, Forgioni entende que, em razão do artigo 421-A, as partes poderão tanto afastar a revisão da multa contratual como a revisão por onerosidade excessiva, mediante convenção expressa nesse sentido:

Penalidades contratuais, afastando o poder atribuído ao julgador de reduzir equitativamente o valor convencionado em cláusula penal [cf. art. 413 do Código Civil]; e – revisão contratual por excessiva onerosidade, decorrente do advento de

fatos imprevistos e imprevisíveis, mesmo que quebrem o sinalagma inicial, subtraindo o poder reservado ao julgador pelos artigos 478 e ss. do Código Civil (2019, p. 295).

Contudo, alinhado à posição majoritária da doutrina e jurisprudência, André Seabra, acompanhado por Nelson Rosenvald, explica que o ordenamento brasileiro não foi modificado quanto à impossibilidade de convencionar o afastamento do artigo 413 (SEABRA, 2022, p. 380). No entanto, afirma que tal consideração muito se deve às hipóteses de ser verificada a multa contratual manifestamente excessiva, a qual o ordenamento jurídico não permite a supressão, vide artigo 2.035, parágrafo único, do Código Civil (SEABRA, 2022, p. 380). Assim, deve a verificação do excesso manifesto ser, tão-somente, mais rigorosa em contratos empresariais, por conta da natureza do negócio (SEABRA, 2022, p. 399).

4.1.1. A extinção dos efeitos do artigo 413 a depender dos critérios de revisão

Mesmo verificado o posicionamento majoritariamente contrário à extinção da redução da pena, é possível analisar características particulares de cada cláusula penal que poderiam suavizar esta restrição em limitar, por completo, a redução da cláusula penal.

Neste sentido, Judith Martins-Costa aborda uma série de características da cláusula penal, quais sejam: a espécie da cláusula penal; a modalidade de cláusula penal; a diferença entre o valor do prejuízo efetivo e o montante da pena; o interesse do credor; a gravidade da infração ao contrato e o grau de culpa do devedor; o efetivo poder negociatório das partes; as vantagens que o incumprimento pode trazer ao devedor; a consideração da totalidade do contrato e da relação por ele instaurada; a consideração da fase formativa do contrato; a consideração da fase do desenvolvimento do contrato; e a atenção ao segmento específico de mercado, como sendo capazes de permitir ou não que a redução da cláusula penal ocorra (2009, p. 702 - 706).

Ou seja, havendo certa identidade atribuída à cláusula penal, essa necessidade de redução em muito se afasta. A exemplo, diante da visão híbrida da cláusula penal, em que as partes podem instituí-la a fim de prefixar perdas e danos ou com a função puramente coercitiva, se verifica uma diferença no tratamento que deve ser dado à redução de cada uma delas (ROSENVALD, 2007, p. 223). Tendo a cláusula a função de prefixar danos e identificada a quantia ínfima de tais impactos ao credor, é coerente que tal redução possa ocorrer. Já, tendo a

cláusula a função puramente coercitiva, em razão de dificuldades posteriores que o inadimplemento trará ao credor, sua redução torna-se menos racional, visto que desvirtua o intuito de aplicação da pena.

O afastamento da redução também pode ser atribuído a segmentos específicos de mercado ou determinados tipos contratuais em que a redução da cláusula penal retiraria significativamente a segurança necessária para que as partes sintam-se à vontade para contratar.

Além dos contratos *built to suit*, em que as parcelas cumpridas não servem apenas para pagar as prestações recorrentes, mas também para compensar os investimentos feitos pelo construtor, nos contratos em que o cumprimento das obrigações precede de um adiantamento financeiro, o afastamento da redução também se mostra medida importante para garantir o contratante do produto ou serviço. Ao impedir a redução da cláusula penal, retira-se o risco de o julgador diminuir a pena em montante insuficiente para compensar o valor adiantado pelo credor, possibilitando às partes maior segurança para a realizar negócios dessa natureza.

Sendo assim, em relações empresariais, verificada a paridade dos contratantes e analisada a função que se objetiva com a instituição da pena contratual, haverá hipóteses em que afastar a redução da cláusula penal poderá ser indispensável à realização do negócio. Isso porque, a imposição de efeitos contrários aos estipulados a tornaria inócua, ou ainda, um impeditivo à contratação.

4.2. PARÂMETROS DE REDUÇÃO

Tratando da instituição de parâmetros pelos quais a pena deverá ser reduzida, a doutrina, em maior consonância, têm enxergado como válida a inserção de cláusula que estabelecem critérios para a redução ser efetuada. Dessa forma, muitos dos contrários à supressão completa da redução entendem como válida tal disposição⁷.

Dentro deste roteiro da redução da multa contratual, as partes poderão, por exemplo: explicitar a finalidade da pena, tornando-a mais ou menos propensa à revisão do juiz; expor as justificativas que levaram à determinação dos valores indicados na cláusula e o desenvolvimento de seus critérios de revisão; indicar cenários que as partes não consideram imprevisíveis, em razão da alocação de risco prevista para o contrato, visando afastar a

⁷ (SEABRA, 2022, p. 382); (MARTINS-COSTA, 2009, p. 712).

aplicação de onerosidade excessiva; e estabelecer níveis proporcionais de redução de acordo com a parcela da obrigação entregue; o que já era proposto por Continentino, “si as próprias partes previram *hypothese* de execução parcial e regularam como a pena deveria então ser diminuída, o juiz deve submeter-se ao estipulado. Emfim, podem as partes, na convenção suprimir o poder de redução do juiz. (1926, p. 169)”.

A limitação parcial da cláusula penal é bem aceita em razão da possibilidade de convivência de tais limites ao caráter cogente, majoritariamente atribuído ao artigo 413 do Código Civil. Assim, sendo não apenas autorizada, mas aconselhada e viabilizada pelos artigos 113, § 2º e 421-A, inciso I, ambos do Código Civil. Parâmetros esses que permitem delimitar a eventual intervenção judicial sobre a alocação de riscos instituída entre as partes (SEABRA, 2022, p. 382).

No entanto, por mais que aceitas as disposições que roteirizam a redução, essas ainda devem sujeitar-se ao crivo judicial (MARTINS-COSTA, 2009, p. 712). Isso porque tais restrições podem tolher o dever de revisão da cláusula penal em intensidade muito similar à própria extinção da redução, podendo ser utilizada como mero artifício para afastar o caráter cogente da norma que trata da diminuição da pena.

Ocorre que, mesmo quando não verificada a intenção de desvirtuar os limites criados à redução da multa contratual, é possível encontrar julgados que a modificam por parâmetros diversos. Isso é o caso do acórdão proferido pela 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, n. 1035536-44.2021.8.26.0576. Nesse julgamento, tratando de locação em *shopping center*, mesmo que a cláusula penal tenha sido instituída como redutível de acordo com o período proporcional do contrato cumprido, a Câmara entendeu pela sua modificação.

Ao decidir nesse sentido, foi afastada a aplicabilidade de norma que regula especificamente a situação narrada, prevista na Lei 8.245, de 1991 (Lei de Locação), “Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei”. Isso porque, os benefícios gerados ao credor seriam desproporcionais aos ônus percebidos pelo lojista, já impactado pelos eventos decorrentes da Pandemia da COVID-19.

Para esta situação é possível identificar que a redução da cláusula penal não ocorreu necessariamente por conta dos critérios descritos no artigo 413 do Código Civil, visto que não

foi o valor excessivo da penalidade ou o cumprimento parcial da obrigação que resultou em sua diminuição. O que a motivou, em verdade, foi o fato da obrigação acessória ter se tornado excessivamente onerosa por conta de motivos imprevisíveis, sendo assim aplicável a revisão do contrato na forma do artigo 478 do Código Civil.

Já nas situações em que a redução for pautada no artigo 413, caberá ao julgador modificar o parâmetro de redução da pena quando verificar que fere ao princípio da equidade, o qual deverá ser interpretado de acordo com a natureza e finalidade do negócio, como tratado pelo Código Civil (SEABRA, 2022, p. 2022). Ainda assim, por via de regra, se observado o contexto empresarial do contrato, a modificação da cláusula deverá ocorrer de forma mitigada, podendo respeitar os parâmetros instituídos pelas partes, tendo em vista a natureza profissional na qual o negócio veio a ser realizado. Tal entendimento é solidificado pelo Enunciado 21 da I Jornada de Direito Comercial: “Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais.”.

4.3. HIPÓTESES INDEVIDAS DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 413

Além das hipóteses de restrição da cláusula penal acima abordadas, é possível estabelecer, em razão dos limites e requisitos necessários para que a redução seja aplicada (benefício ao credor e cumprimento parcial), algumas situações em que a diminuição da pena não deverá ocorrer por consequência do não cumprimento destes critérios. Essas situações foram esquematicamente identificadas por Judith Martins-Costa (2009, p. 707 - 708) e sintetizadas abaixo, indicando os motivos pelos quais a redução deve ou não ocorrer:

	Situação de aplicação	Redução proporcional	Redução por excessiva onerosidade
1	Cláusula penal compensatória fundada no inadimplemento total da obrigação.	Não cabe a redução proporcional, haja vista a não caracterização de benefício ao credor.	Possibilidade de redução em razão de valor excessivo.
2	Cláusula penal compensatória fundada no inadimplemento parcial da obrigação.	Cabe a redução proporcional, se verificado benefício ao credor.	Possibilidade de redução em razão de valor excessivo.

3	Cláusula penal cumulativa fundada no inadimplemento de obrigação acessória, ocasionando a inutilidade da obrigação principal, resultando no inadimplemento absoluto.	Não cabe a redução proporcional, haja vista o completo descumprimento da cláusula e a não caracterização de benefício ao credor.	Possibilidade de redução em razão de valor excessivo.
4	Cláusula penal cumulativa fundada no inadimplemento de obrigação acessória.	Não cabe a redução proporcional, haja vista o completo descumprimento da cláusula.	Possibilidade de redução em razão de valor excessivo.
5	Cláusula penal moratória (<i>stricto sensu</i>)	A princípio, não cabe a redução proporcional, todavia, tendo o atraso período ínfimo, pode ser almejada a redução por conta de proporcionalidade.	Possibilidade de redução em razão de valor excessivo.

A fim de avaliar a funcionalidade destes parâmetros, suas aplicabilidades foram apuradas em decisões judiciais. A primeira situação é exposta em acórdão extraído do recurso de apelação nº 0002377-63.2017.8.16.0183, proveniente do Tribunal de Justiça do Paraná. Nessa decisão foi indicado com clareza que, diante de contrato privado, caso não caracterizada a excessiva onerosidade da multa e havendo inadimplemento total da obrigação, a redução da cláusula penal não se mostra aplicável:

Em um primeiro momento, vê-se que a estipulação não afrontou o critério objetivo de abusividade previsto no artigo 412 do CC, de onde se conclui que eventual afastamento da cláusula, com a redução equitativa da penalidade, **dependeria, necessariamente, da cabal demonstração de excesso do percentual já que se trata de inadimplemento total da obrigação.**

E, conforme dito anteriormente, **não restou comprovado que o embargante tenha cumprido, ainda que em parte, a obrigação e tampouco restou comprovada a existência de abusividade.**

Desta forma, após a análise da natureza e finalidade do contrato, verificando que houve a pactuação expressa da multa compensatória, **não se demonstra abusiva a sua fixação, ademais, como no caso dos autos, em consonância com o previsto no Código Civil, deve ser mantido o percentual pactuado.** (TJPR - 13ª C.Cível - 0002377-63.2017.8.16.0183 - São João - Rel.: JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU KENNEDY JOSUE GRECA DE MATTOS - Rel.Desig. p/ o Acórdão: DESEMBARGADOR FRANCISCO EDUARDO GONZAGA DE OLIVEIRA - J. 03.04.2020)

Para a segunda situação, o adimplemento parcial da cláusula penal não deve ser aprovado diante da não caracterização de benefício ao credor. Isso pode ser observado em decisão proferida pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que, ao analisar contrato de compra e venda de fazenda, indeferiu a redução da cláusula penal, mesmo diante de cumprimento parcial do contrato quanto à obrigação acessória:

APELAÇÃO [...] CLÁUSULA PENAL - CUMPRIMENTO PARCIAL - AUSÊNCIA DE BENEFÍCIO AO CREDOR - REDUÇÃO - INVIABILIDADE - MONTANTE PROPORCIONAL AO CONTRATO E ÀS PERDAS E DANOS APURADOS [...] 6 - A cláusula penal não deve ser reduzida na hipótese em que o cumprimento parcial da obrigação não trouxer qualquer benefício ao credor, sendo a parcela auferida por este integralmente devolvida com a resolução do contrato, mormente verificada a ausência de excessividade na pena convencionada, ainda mais diante das perdas e danos apuradas. [...] (TJMG - Apelação Cível 1.0620.06.021158-3/002, Relator(a): Des.(a) Pedro Bernardes de Oliveira , 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/10/2010, publicação da súmula em 16/11/2010)

A terceira situação é observada em acórdão que retrata a rescisão do contrato de compra e venda de imóvel, motivada por atraso recorrente dos pagamentos das prestações devidas. Nessa, o Tribunal de Justiça Catarinense, ao verificar que não havia abusividade sobre o valor cobrado a título de multa contratual, entendeu como aplicável a cobrança integral da multa cumulativa de 10% sobre o valor do contrato, independente de terem sido incorporadas benfeitorias ao bem:

AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. [...] MÉRITO. FALTA DE PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES PELO PROMITENTE COMPRADOR. RESCISÃO DA AVENÇA COM O RETORNO DAS PARTES AO STATUS QUO ANTE. CLÁUSULA PENAL. ABUSIVIDADE NÃO CONFIGURADA. [...] Em compromissos de compra e venda, a falta de pagamento pelo promitente comprador basta para fundamentar o pedido de rescisão, devolvendo as partes ao status quo ante, com a retomada do imóvel pelo promitente vendedor e a devolução dos valores a ele pagos, de forma integral e imediata. **Havendo cláusula penal moratória expressa, o não cumprimento do ajuste por uma das partes autoriza a cobrança do percentual previsto no contrato, sobretudo quando afastada sua abusividade. [...] (TJSC, Apelação Cível n. 2011.019071-2, de Balneário Camboriú, Rel. Luiz Carlos Freyesleben, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 09-06-2011).**

Já a quarta hipótese é retratada por decisão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso a qual tratou de contrato de compra e venda de bem imóvel. Nesse caso, o vendedor deixou de

realizar o pagamento das parcelas de IPTU anteriores ao negócio, as quais recaiam sobre sua responsabilidade, sendo condenado a cumprir com o valor integral da cláusula penal cumulativa referente ao descumprimento da obrigação acessória:

[...] ATRASO NO PAGAMENTO DE TAXAS DE IPTU DO IMÓVEL VENDIDO - DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - APLICAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL - COBRANÇA DA MULTA POR MEIO DE AÇÃO DE EXECUÇÃO [...] Verificado o descumprimento de obrigação acessória estipulada no contrato, com o atraso no pagamento de parcelas do IPTU pelo compromissário vendedor, é possível a execução de cláusula penal convencionada, que não se encontra necessariamente vinculada à cláusula resolutiva. [...] (N.U 0027393-44.2005.8.11.0000, , EVANDRO STÁBILE, PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO, Julgado em 02/08/2005, Publicado no DJE 11/08/2005)

Por fim, para a quinta e última situação, vemos que o descumprimento de prazos contratuais deve resultar no pagamento integral da multa, visto que o exclusivo descumprimento do prazo é motivador da cobrança da cláusula penal. Logo, independentemente da obrigação em atraso ser posteriormente cumprida, a pena mantém-se devida, como expõe o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

[...]CUMPRIMENTO RETARDADO DA OBRIGAÇÃO - NÃO REDUÇÃO DE CLÁUSULA PENAL DE NATUREZA MORATÓRIA - MULTA PROCESSUAL - INAPLICABILIDADE. [...] **Cumprimento posterior de obrigação contratual, por si só, não é suficiente para impor redução de valor de respectiva cláusula penal moratória, pois, diferentemente de cláusula penal compensatória, não dispensa/substitui, nem mesmo parcialmente, a obrigação principal.** [...] (TJMG - Embargos de Declaração-Cv 1.0687.16.000373-1/002, Relator(a): Des.(a) José Augusto Lourenço dos Santos , 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/10/2018, publicação da súmula em 08/10/2018)

Por força da análise do quadro acima e das decisões expostas, é possível extrair duas conclusões. A primeira delas trata da impossibilidade de afastar a redução da pena quando verificado o seu valor em excesso, muito por conta do princípio do equilíbrio econômico do contrato, que não pode ser simplesmente derogado pelas partes - vide artigo 2.035, parágrafo único, do Código Civil. Isso porque, para todas as principais hipóteses de aplicação da cláusula penal indicadas pela autora, em situação alguma, o descumprimento dos critérios de redução da cláusula penal poderiam impedir a diminuição da pena em razão de ser excessiva.

Todavia, isso não afasta a necessidade do julgador realizar uma análise rigorosa do excesso manifesto, devendo ser aplicado com cautela como motivo à revisão da cláusula penal em contratos de lucro:

Isso significa que o intérprete, necessariamente, levará em consideração que a cláusula penal detém efeito moralizador de assegurar a confiança na execução da palavra dada. A atividade sindicante não pode converter o credor em vítima. Por isso a intervenção judicial de controle do montante da pena não pode ser sistemática; antes deve ser excepcional e em condições e limites apertados (ROSENVOLD, 2007, p. 224).

Sendo este entendimento já respaldado em juízo:

EMBARGOS EXECUÇÃO. Onerosidade excessiva. Inocorrência. Consequências deletérias provocadas pela pandemia da Covid-19. Ausência de demonstração do vínculo de causalidade entre a pandemia e a alegada instabilidade financeira da executada. **Crise sanitária que não pode ser utilizada de forma indiscriminada como justificativa genérica para o descumprimento de obrigações contratuais validamente avençadas.** Teoria da imprevisão. Inaplicabilidade. Inclusão de valor correspondente à multa rescisória prevista no contrato de prestação de serviços, que deu origem à dívida exequenda, no instrumento de distrato ora executado. Possibilidade. Natureza jurídica de cláusula penal. **Incidência do princípio da força obrigatória do contrato. Desnecessidade de redução do valor ajustado entre as partes. Inexistência de demonstração da desproporção da quantia fixada e de eventual enriquecimento sem causa da exequente.** [...] (TJSP; Apelação Cível 1004046-90.2021.8.26.0224; Relator (a): Anna Paula Dias da Costa; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/04/2022; Data de Registro: 20/04/2022).

Já a segunda conclusão trata da possibilidade das partes afastarem, em determinadas ocasiões, a redução pautada na entrega parcial da obrigação. Isso porque as contratantes poderiam, diante de situações amplamente avaliadas como irredutíveis pela jurisprudência (como é o caso das situações 1, 3 e 4), detalhar contratualmente como estas se concretizaram, facilitando, em eventual análise feita por julgador, a identificação da possibilidade ou não da redução parcial.

Para finalizar, ressalta-se que é possível encontrar decisões que traçam os marcos necessários a possibilitar às partes o afastamento da redução da cláusula penal realizada em juízo. No entanto, sem confirmar essa disponibilidade, apenas tornando a revisão da multa criteriosa em razão dos princípios que regem os contratos empresariais:

[...] APLICAÇÃO DE CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA POR RESILIÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO LOGO NO INÍCIO DA VIGÊNCIA DO PRAZO

DETERMINADO DE 24 MESES. PRETENSÃO DA REDUÇÃO EQUITATIVA DA CLÁUSULA PENAL POR INOBSERVÂNCIA À BOA-FÉ OBJETIVA. **DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO NÃO NEGADO QUE JUSTIFICA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL NOS TERMOS ESTIPULADOS NO CONTRATO, EIS QUE ANUÍDO PELO AUTOR/APELANTE, PESSOA JURÍDICA DEVIDAMENTE CONSTITUÍDA E REPRESENTADA. O CÓDIGO CIVIL PREVÊ REDUÇÃO DA CLÁUSULA PENAL EM CASO DE CUMPRIMENTO PARCIAL DA OBRIGAÇÃO, OU SE A QUANTIA FOR MANIFESTAMENTE EXCESSIVA (ARTIGO 413 DO CC). RECORRENTE QUE INVOCA APENAS O EXCESSO DO MONTANTE, SEM QUESTIONAR A PROPORCIONALIDADE AO CUMPRIMENTO, NÃO SENDO O CASO DE APLICAÇÃO DO CITADO ARTIGO NESTE ASPECTO POR AUSÊNCIA DE PEDIDO, BEM COMO NÃO APRESENTA FATOS CONCRETOS QUE POSSAM DEMONSTRAR A ALEGAÇÃO DE EXCESSO DA INDENIZAÇÃO PRÉ-FIXADA. QUANTUM DA MULTA JUSTIFICADO PELO RÉU, ANTE OS GASTOS COM EQUIPAMENTOS DE ELEVADO CUSTO PARA ATENDER O CONDOMÍNIO AUTOR, O QUE NÃO FOI IMPUGNADO PELO AUTOR POR OCASIÃO DA RÉPLICA. FALTA DE PROVA DA ALEGADA MÁ-FÉ QUE, DIFERENTE DA BOA-FÉ, NÃO SE PRESUME. O SIMPLES FATO DE TEREM AS PARTES PREFIXADO ALTO VALOR DE INDENIZAÇÃO POR MEIO DE CLÁUSULA PENAL NÃO INDICIA, POR SI, QUALQUER ATO DE MÁ-FÉ DO CONTRATANTE. VALE ACRESCENTAR, CASO O DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL FOSSE ATRIBUÍDO AO RÉU/APELADO, FARIA JUS O AUTOR DAS CLÁUSULAS PENAS QUE SERVEM PARA PROTEGER AMBOS OS CONTRATANTES E, ASSIM, POR ESTA ÓTICA NÃO IMPUGNOU OS TERMOS NO MOMENTO DA CONTRATAÇÃO. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE QUE SE OBSERVA. SENTENÇA MANTIDA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (TJRJ, 0027385-77.2017.8.19.0209 - APELAÇÃO. Des(a). GUARACI DE CAMPOS VIANNA - Julgamento: 02/07/2019 - DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL)**

No acórdão acima, proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, importante entendimento se deduz: o alto valor da multa contratual em contratos empresariais não é causa isolada capaz de motivar a redução da penalidade. Isso porque, o excesso manifesto, ao ser apresentado, deverá vir acompanhado de outros elementos além do mero valor da pena imposta, restringindo a aplicação do artigo 413 do Código Civil. Assim, esse deve ser enquadrado apenas quando ocorrer aguda onerosidade da cláusula penal.

Ademais, o fato de o juiz sequer analisar a redução por conta de cumprimento parcial merece destaque. Em razão do adimplemento substancial não ter sido tempestivamente apresentado, o julgador considerou a obrigação integralmente descumprida, sendo devida a aplicação total da multa compensatória, numa visível atenuação do caráter cogente do artigo 413.

Posição também apresentada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, diante de obrigação parcialmente cumprida, considerou o cumprimento pouco relevante e capaz

de motivar a integral imposição da cláusula penal. Para tanto, levou em conta a natureza da obrigação e o respeito à alocação de riscos instituído entre as partes:

Ação de rescisão de contrato de afiliação à marca e prestação de serviços por alegado descumprimento, pela ré, dona de rede hoteleira, de suas obrigações. Reconvencção desta em busca da condenação da autora a pagar valores mensais em aberto relativos a taxa de afiliação, bem como multa contratual, posto que o inadimplemento contratual seria da contraparte. Avença celebrada por prazo determinado, com duração de mais de doze anos. Ruptura do contrato que se deu no início de sua vigência, em decorrência de mora e descumprimento atribuíveis, de forma exclusiva, à autora. Autora que, antes mesmo da rescisão formal do vínculo contratual, firmou acordo com rede hoteleira concorrente. **Razoabilidade de aplicação integral da multa integral, específica, aliás, para rescisão da avença entre o início da vigência contratual e o começo da fase operacional. Inaplicabilidade do art. 413 do Código Civil. Considerações em torno da finalidade da cláusula penal e da qualificação das partes, que são empresárias, presumivelmente cientes, portanto, dos riscos e ônus da contratação, que indicam ser esta, efetivamente, a melhor solução para o caso em julgamento. [...] Não se deve demonizar, no Direito Comercial, a regra "pacta sunt servanda". Ao contrário, a autonomia privada e o respeito aos contratos, em sistema capitalista, possibilitam o fluxo de relações econômicas e a própria existência de diferenciais competitivos.** A boa-fé objetiva, no comércio, "tem feição própria, dizendo respeito à confiança no contrato, não podendo levar a uma excessiva proteção de uma das partes, sob pena de desestabilização do sistema"; daí poder-se concluir que, no processo de interpretação dos contratos mercantis, **"a boa-fé não pode ser confundida com equidade ou com 'consumerismo'"** (PAULA FORGIONI). Reforma da sentença recorrida, julgada procedente "in totum" a reconvencção. Apelação da autora não conhecida. Apelação da ré provida. (TJSP; Apelação Cível 1091094-47.2016.8.26.0100; Relator (a): Cesar Ciampolini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Regional XI - Pinheiros - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/07/2018; Data de Registro: 05/07/2018).

Logo, por mais que a cogência deste dever do juiz de reduzir a cláusula penal seja interpretada como atribuível à totalidade do artigo 413 do Código Civil, a impossibilidade de excluir a redução da cláusula penal muito mais se relaciona ao critério identificado na segunda parte do artigo do que na redução de acordo com o parcial cumprimento da avença (SEABRA, 2022, p. 381). Isso porque, para ocorrer a redução em virtude de cumprimento parcial, devem ser preenchidos diversos critérios para sua aplicação.

Assim, o afastamento da redução, estritamente pautada no cumprimento parcial da obrigação, abrange as hipóteses com maiores probabilidades de serem acatadas pelo julgador, visto que impossibilitar a sua diminuição pelo Estado não atinge diretamente os preceitos de ordem pública que fazem do artigo 413 do Código Civil norma de caráter cogente.

5. CONCLUSÃO

O trabalho, em um primeiro momento, teve por objetivo analisar o caráter cogente das alternativas de redução da cláusula penal possibilitadas pelo artigo 413 do Código Civil, dentro do escopo empresarial. Ao final, tratou-se do modo no qual as partes podem limitar a incidência de tal instituto. Para tanto, a fim de aproximar a pesquisa da prática, buscou-se complementar o conteúdo exposto com decisões retratando a matéria em discussão.

De início, ao expor sobre a obrigatoriedade das normas, buscou-se evidenciar as distinções cabíveis na aplicação de normas a depender de seu contexto. Com isso, foi dada ênfase à maior disponibilidade concedida às partes para determinar a forma pela qual o negócio jurídico firmado deve ser regido. Para tanto, tornou-se necessário identificar a importância de características consideradas como inerentes aos contratos de lucro e capazes de motivar essa aplicação distinta de certas normas.

Isso pôde ser realizado ao analisar a forma na qual a intervenção do judiciário sobre os contratos é capaz de afetar os custos de transação das relações interempresariais, ao gerar maior insegurança às contratações. Conseqüentemente, para retomar certa previsibilidade, atividades meio começam a exercer papel de destaque em trocas de maior expressão econômica, a fim de conciliar riscos provenientes da possível intervenção de um terceiro na relação. No entanto, essas atividades, por mais necessárias que venham a se tornar, majoram o valor das transações e aumentam o custo para realizar novos negócios, retirando agilidade do setor produtivo.

Os anseios por previsibilidade e reforço ao cumprimento dos contratos resultaram na utilização de mecanismos capazes de limitar o poder estatal sobre os acordos privados. Dentre esses mecanismos está a cláusula penal. Essa, com as expressivas funções de tornar mais oneroso o descumprimento do negócio e prefixar os danos resultantes do inadimplemento, trouxe o potencial de definir, com exatidão, a forma pela qual os danos decorrentes de um inadimplemento devem ser quantificados.

Ocorre que, com a introdução do artigo 413 do Código Civil e a prevalência de interpretação que considera dever do juiz reduzir a cláusula penal como uma norma de caráter cogente, a previsibilidade capaz de ser gerada pelo instituto foi comprometida. Isso deve-se ao fato do valor instituído a título de cláusula penal poder provocar enriquecimento ilícito ao

credor, o qual é combatido pelo ordenamento. Todavia, ao estipular previsão nesse sentido, o Código suprime, substancialmente, a força obrigatória dos contratos, princípio essencial à facilitação dos negócios.

No entanto, com o advento da Lei de Liberdade Econômica, a posição indicando o caráter cogente da redução da cláusula penal retoma a discussão, em virtude da nova legislação possibilitar a aplicação de “todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado”. Assim sendo, a redução, como dever e não faculdade do julgador, restou controvertida.

Em especial aos contratos empresariais, é possível estabelecer conexões à revisão por onerosidade excessiva, a qual é exercida pelo juízo em condições menos amplas do que nos contratos caracterizados como existenciais, tendo em vista que no primeiro o profissionalismo, interesse econômico e habitualidade do negócio, indicam uma maior ciência das partes frente ao negócio realizado. Condições estas que igualmente poderiam ser aplicáveis à redução da cláusula penal, devendo a ferramenta ser utilizada de forma extraordinária pelo julgador.

Logo, verificada a subsidiariedade da redução, o trabalho passou a analisar a disponibilidade das partes para afastar a redução da pena contratual nos contratos caracterizados como de lucro. Em primeira análise, tal capacidade não poderia ser atribuível aos particulares, visto que iria de encontro a certos preceitos de ordem pública. No entanto, ao analisar situações e critérios específicos, como a natureza da cláusula penal e do negócio em questão, a derrogação pode ser considerada possível. Caso não fosse derogável, a diminuição da pena teria o potencial de extinguir a função atribuída à cláusula ou até impedir que o negócio se concretize, em razão de modificar muito intensamente a alocação de riscos necessária à celebração do contrato.

Ademais, é apontado tanto por posições doutrinárias como jurisprudenciais, que, diante de situações que não cumprem os critérios necessários à redução, essa não deveria ser realizada. Isso amplia o leque de derrogação das partes para estabelecer a forma na qual estes critérios devem ser preenchidos a fim de viabilizar a diminuição da multa contratual.

Assim, se verifica que o objetivo da pesquisa foi cumprido, eis que a inclusão de limites à redução da cláusula penal, para os contratos de lucro, é conduta possibilitada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, por mais que o artigo 413 conceda o caráter cogente à redução da cláusula, este não o faz com intensidade capaz de extinguir a vontade

particular sobre a matéria. Mantendo em vigor a ambição geral deste trabalho, identificar interpretações que não prejudiquem a segurança, já tormentosa, de contratar neste país.

REFERÊNCIAS

a) Bibliografia

ACCIOLY, João C. de Andrade Uzêda. Hermenêutica pro libertatem. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica - Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 29-39.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Contratos relacionais, existenciais e de lucro**. Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC, Rio de Janeiro, ano 12, v. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (org.). **Jornada de Direito Civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007. 1 v.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral dos contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019a.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019b.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado - direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento - função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 750, p. 113-120, abr. 1998.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 34, p. 298-308, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua**, vol. IV, 2ª tiragem, edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Campinas: Red Livros, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. trad. Maria Celeste C. J. Santos; apes. Tercio Sampaio Ferraz Júnior. 10ª. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Liberdades de Precificação e de Pactuação. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica - Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 84 - 94.

CARVALHO, Thomas Alexandre de. **Critérios de modificação da cláusula penal à luz do artigo 413 do Código Civil Brasileiro**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) -

Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

doi:10.11606/D.2.2018.tde-25092020-155634. Acesso em: 2022-11-09.

CASSETTARI, Christiano. **Multa contratual**: teoria e prática da cláusula penal. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

COASE, Ronald. **O problema do custo social**. The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies: Vol. 3: No. 1, Article 9. 2008. <https://services.bepress.com/lacjls/vol3/iss1/art9>

CONTINENTINO, Mucio. **Da Cláusula Penal no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva & Comp - Editores, 1926.

CRETELLA NETO, José. **Da cláusula penal nos contratos empresariais**: visão dos tribunais brasileiros e necessidade de mudança de paradigma. Revista de Processo, São Paulo, v. 245, p. 379-404, 2015.

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

FORGIONI, Paula A.. A interpretação dos negócios jurídicos: II- alteração do art. 113 do Código civil: art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica - Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019a. p. 281-307.

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: Teoria Geral e Aplicação. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019b.

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: Teoria Geral e Aplicação. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, volume II**: obrigações. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008a.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008b.

HAYEK, Friedrich August von. **The use of knowledge in society**. The American Economic Review, 35(4), 1945, p. 519-530.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**: vol. I: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

LOUREIRO, Caio de Souza. Princípios na Lei de Liberdade Econômica. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo

Xavier. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica - Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 47-75.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Classificação dos contratos. In: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JÚNIOR, Antônio (coord.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 21-48.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código civil**, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2019

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 2 v.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 2 v.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. 2 v.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: contratos**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 3 v.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: contratos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 3 v.

MONTEIRO, Antonio Pinto. **Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor**. Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, v. 25, p. 113-141, 2004.

PONTES DE MIRANDA, José Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado - Parte Geral: pessoas físicas e jurídicas**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983. 1 v.

PONTES DE MIRANDA, José Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado - Parte Geral: pessoas físicas e jurídicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012a. 1 v.

PONTES DE MIRANDA, José Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado - Direito das obrigações**: conseqüências do inadimplemento, exceções de contrato não adimplido. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012n. 26 v.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: Parte Geral das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Revisão Judicial dos Contratos**: Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROSEVALD, Nelson. **Cláusula Penal**: a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Manual de Direito Empresarial**. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

SCHREIBER, Anderson; SIMÃO, José Fernando. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SEABRA, André Silva. **Limitação e redução da cláusula penal**. São Paulo: Almedina, 2022.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Inadimplemento das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Leonardo Di Cola N.. **Cláusula penal e o Código civil de 2002**. 2008. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. 1 v.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do direito civil**: obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social do contrato. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 395-406.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato social e sua função**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**: Estudos sobre a análise econômica do direito. 3. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, 13.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: obrigações e responsabilidade civil. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

VIERO, Angela Cristina. **A degradação do propósito da cláusula penal nos contratos paritários**: estudo histórico-comparativo. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2015.

WALD, Arnaldo. **Direito civil**: introdução e parte geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011b.

WALD, Arnaldo. **Direito civil**: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2011a.

ZIMMERMANN, Reinhard. **The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition**. Oxford: Oxford University Press, Clarendon Paperbacks, 1996.

b) Legislação

BRASIL, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, em vigor desde 11 de janeiro de 1917. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 22 de novembro de 2022.

BRASIL, Lei da Usura, em vigor desde 08 de abril de 1933. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d22626.htm>. Acesso em 22 de novembro de 2022.

BRASIL Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22 de junho de 2017.

BRASIL, Código de Defesa do Consumidor, em vigor desde 12 de setembro de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em 22 de novembro de 2022.

BRASIL, Código Civil Brasileiro, em vigor desde 11 de janeiro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 22 de novembro de 2022.

BRASIL. Lei. 13.874, em vigor desde 20 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em: 25 novembro. 2022.

FRANÇA, Code Civil. Em vigor desde 21 de março de 1804. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>>. Acesso em: 25 novembro. 2022.

c) Jurisprudência

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 5723/MG, 3t. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. Brasília, DF, 25 de junho de 1991.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 11527/SP, 4t. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF, 11 de maio de 1992.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 253004/SP, 4t. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 07 de maio de 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 115023/SP, 4t. Relator: Ministro Barros Monteiro. Brasília, DF, 25 de novembro de 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 422966/SP, 4t. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF, 01 de março de 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 651227/SP, 3t. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 11 de dezembro de 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1447247/SP, 4t. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 04 de junho de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 681409/SP, 4t. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, DF, 07 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1867551/RJ, 3t. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 05 de outubro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1888028/RJ, 3t. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 16 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 56960/SP, 2t. Relator: Ministro Hermes Lima. Brasília, DF, 13 de novembro de 1964.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Apelação Cível nº 0027393-44.2005.8.11.0000. Relator: Desembargador Evandro Stábile. Cuiabá, MT, 02 de agosto de 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0620.06.021158-3/002, Originário da Comarca de São Gonçalo do Sapucaí. Relator: Desembargador Pedro Bernardes de Oliveira. Belo Horizonte, MG, 16 de novembro de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Embargos de Declaração nº 1.0687.16.000373-1/002, Originário da Comarca de Timóteo. Relator: Desembargador José Augusto Lourenço dos Santos. Belo Horizonte, MG, 08 de outubro de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 0002377-63.2017.8.16.0183, Originário da Comarca de São João. Relator: Desembargador Francisco Eduardo Gonzaga de Oliveira. Curitiba, PR, 03 de abril de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0027385-77.2017.8.19.0209, Originário da Comarca da Capital. Relator: Desembargador Guaraci de Campos Vianna. Rio de Janeiro, RJ, 02 de julho de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2011.019071-2, Originário da Comarca de Balneário Camboriú. Relator: Desembargador Luiz Carlos Freyesleben. Florianópolis, SC, 09 de junho de 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1091094-47.2016.8.26.0100, Originário do Foro Regional XI - Pinheiros - 3ª Vara Cível. Relator: Cesar Ciampolini. São Paulo, SP, 04 de julho de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1117229-28.2018.8.26.0100, Originário do Foro Central Cível - 31ª Vara Cível. Relator: Desembargador Alfredo Attié. São Paulo, SP, 13 de maio de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1035536-44.2021.8.26.0576, Originário do Foro de São José do Rio Preto - 8ª Vara Cível. Relator: Desembargador Alfredo Attié. São Paulo, SP, 22 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1004046-90.2021.8.26.0224, Originário do Foro de Guarulhos - 7ª Vara Cível. Relatora: Desembargadora Anna Paula Dias da Costa. São Paulo, SP, 20 de abril de 2022.