

REDUÇÃO EQUITATIVA DA CLÁUSULA PENAL EM CONTRATOS EMPRESARIAIS PARITÁRIOS: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DAS CÂMARAS RESERVADAS DE DIREITO EMPRESARIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Eroulths Cortiano Jr.¹
Mariana Capaverde Keller²

RESUMO: A presente pesquisa investigou como as Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo aplicam os critérios previstos no artigo 413 do Código Civil para reduzir equitativamente a cláusula penal em contratos empresariais paritários. Para concretizar este objetivo, na metodologia, utilizou-se da revisão bibliográfica conjugada a pesquisa jurisprudencial, a partir de uma abordagem indutiva, quantitativa e qualitativa. Assim, depois de apresentar o conceito e a natureza jurídica da cláusula penal, analisou-se as hipóteses de controle do conteúdo da multa contratual. Em especial, examinou-se o artigo 413 do Código Civil, tendo a pesquisa identificado que a redução equitativa da cláusula penal será cabível quando houver cumprimento parcial da obrigação e/ou a pena for manifestamente excessiva, sempre em consideração à finalidade e à natureza do negócio. Estabelecidos tais pressupostos, a pesquisa apresentou a análise jurisprudencial sobre a aplicação do artigo 413 do Código Civil pelas Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do TJSP. Sinteticamente, foi possível evidenciar que os julgadores não observam os critérios estabelecidos no Código Civil para reduzir a cláusula penal, fundamentando as suas decisões de maneira genérica e insuficiente. Concluiu-se, assim, pela necessidade de maior fundamentação das decisões judiciais, sendo dever dos julgadores aplicarem de forma contundente os critérios do artigo 413 do Código Civil, especialmente quando diante de contratos empresariais paritários. Finalmente, buscou-se destacar que a conclusão alcançada no presente trabalho pode se relacionar à proposta de reforma do artigo 413 do Código Civil apresentada no projeto de reforma atualmente em trâmite no Senado.

Palavras-chave: cláusula penal, redução equitativa, contratos empresariais, artigo 413 do Código Civil.

ABSTRACT: The present work investigates whether the Reserved Chambers of Commercial Law of the São Paulo State Court of Appeal apply the legal criteria for the modification of the penalty clause provided under Article 413 of the Brazilian Civil Law in the context of business contracts. To that end, the work was composed by reference to an extensive bibliographical review together with case law research, based on an inductive, quantitative, and qualitative approach. Firstly, after presenting the concept and examining the nature of the penalty clause, the work studied the possibility of

¹ Pós-Doutor em Direito (Università di Torino). Doutor em Direito das Relações Sociais (UFPR). Professor da Faculdade de Direito da UFPR. Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Direito Civil "Virada de Copérnico". Associado do Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil, do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFam, do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil – Iberc e do Instituto dos Advogados do Paraná – IAP. Procurador do Estado do Paraná e Advogado em Curitiba.

² Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-graduanda em Direito Societário e Contratos Empresariais pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Direito Civil-Constitucional da UFPR (Grupo "Virada de Copérnico"). Advogada.

control of the content of the penalty clause, especially the provision of Article 413, that determines the reduction of the penalty clause when the obligation is partially complied with or when it is found to be overtly excessive, in light of the nature and purpose of the business, in an equitable judgment. Moreover, regarding the case law research on the application of article 413 by São Paulo State Court of Appeal, it was possible to evidence that the decisions do not observe the legal criteria for modifying the value of the penalty clause. Therefore, the work concludes that the judicial decisions must be better reasoned when modifying the penalty clause, always considering the nature and purpose of the business contracts. Finally, the article highlights that the conclusion reached in this work can be related to the proposal of reform of Article 413 in the reform bill of the Brazilian Civil Code being processed in the Senate.

Key-words: penalty clause, modification, business contracts, article 413 of the Brazilian Civil Code.

1 INTRODUÇÃO

A cláusula penal possui grande relevância para o Direito Civil, uma vez que pretende afastar os riscos do inadimplemento. Mostra-se crescente o uso da cláusula penal nos contratos civis empresariais, em que as partes, presumidas paritárias, a partir de sua autonomia privada, buscam alocar os riscos do contrato, fixando eventuais consequências para o caso de inadimplemento obrigacional.

Ocorre, no entanto, que a definição de cláusula penal não é precisa. Além de inexistir definição legal, a doutrina discorda ao conceituá-la, especialmente em razão da discussão existente quanto à sua natureza. Por outro lado, no Código Civil de 2002, buscando evitar que a cláusula penal se transformasse em um instrumento para o exercício ilegítimo do poder contratual ou para o enriquecimento injustificado do credor, o legislador optou por mitigar o princípio da imutabilidade da cláusula penal e estabelecer um sistema de duplo controle de seu conteúdo, expresso a partir dos artigos 412 e 413 do Código Civil.

Enquanto o primeiro dispositivo determina que “o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”; o segundo estipula o poder-dever do julgador de reduzir equitativamente a cláusula penal nos casos em

que a obrigação tiver sido cumprida parcialmente ou em que a pena se mostrar manifestamente excessiva, tendo em vista a natureza e finalidade do negócio jurídico.

Não obstante, observa-se no texto legal a ausência de referências para a definição do que seria a redução equitativa da cláusula penal e qual o significado das expressões “finalidade” e “natureza” do negócio. Justamente por isso, constatou-se um grande esforço da doutrina em estabelecer subsídios para a interpretação dos referidos conceitos e identificar os critérios que devem ser observados para a redução da cláusula penal.

Ocorre, no entanto, que apesar do louvável trabalho doutrinário, constatou-se a necessidade de estudar como os tribunais vêm aplicando a redução equitativa da cláusula penal, sobretudo no âmbito dos contratos empresariais paritários, que exigem menor intervenção judicial. Isso porque, em última instância, é o aplicador da norma que apresenta as soluções para os problemas enfrentados, decidindo sobre a redução – ou não – da cláusula penal.

Assim, a ausência de substratos para a aplicação dos conceitos estabelecidos no Código Civil, aliados à incerteza quanto à aplicação da redução da cláusula penal pelos julgadores, levou ao questionamento que embasa o presente trabalho: como tem a jurisprudência decidido pela redução equitativa da cláusula penal? Quais os critérios utilizados para essa redução?

Para esclarecer o questionamento aventado o artigo propõe-se a identificar, a partir de uma análise jurisprudencial, quais são os critérios utilizados pelos julgadores para reduzir equitativamente a cláusula penal em contratos empresariais paritários. A escolha se justifica na medida em que há uma maior excepcionalidade do dirigismo estatal sobre tais contratos, de modo que a redução equitativa da pena deve estar efetivamente restrita aos casos previstos em lei.

Exclui-se do âmbito do estudo do presente trabalho, portanto, os contratos de adesão, os contratos de consumo e os contratos de franquia, os quais, por presumirem relações com maior desequilíbrio negocial, acabam por favorecer eventual revisão contratual em favor da parte mais vulnerável. Ademais, a pesquisa teve como recorte institucional o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), já que este estado constitui um dos maiores polos empresariais do Brasil e o Tribunal foi o primeiro a implementar as Câmaras Especializadas de Direito Empresarial.

Portanto, em um primeiro momento, o presente trabalho se propõe a investigar de forma sucinta o conceito de cláusula penal para, adiante, examinar a natureza jurídica do instituto. Na sequência, será examinado o sistema de duplo controle da cláusula penal previsto nos artigos 412 e 413 do Código Civil, buscando perquirir o conceito de natureza e finalidade do negócio, que devem ser utilizados como critérios para redução equitativa da cláusula penal pelo julgador.

Estabelecidos estes pressupostos, a pesquisa examinará a definição de contrato empresarial paritário para verificar como deve ocorrer a redução equitativa da cláusula penal em tais instrumentos, tendo em vista que, pela sua natureza, deve haver um menor dirigismo contratual. Adiante, a fim de responder ao questionamento que embasou o presente trabalho, será apresentada a análise da jurisprudência das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do TJSP, examinando-se os critérios utilizados pelos julgadores na redução equitativa da cláusula penal nos contratos empresariais paritários.

Finalmente, buscar-se-á realizar uma breve relação entre as conclusões alcançadas na pesquisa jurisprudencial e a proposta de modificação do artigo 413 do Código Civil apresentada no projeto de reforma do referido códex, que tramita, atualmente, no Senado Federal.

2 CLÁUSULA PENAL

2.1 CONCEITO

A cláusula penal está regida pelos artigos 408 a 416 do Código Civil. Tais dispositivos, apesar de regulamentarem o instituto de forma completa, deixaram de adotar – como fazem outros ordenamentos jurídicos³ – um conceito para a cláusula penal, de maneira que foi a doutrina quem acabou por conceituá-la⁴.

Também chamada de multa contratual ou pena convencional, a cláusula penal consiste em um instrumento firmado pelas partes, no qual se estipula uma prestação que será devida no caso de violação de determinada obrigação, e possui estreita relação com o princípio da autonomia privada⁵. Tem como principal fundamento dar mais garantia e segurança ao cumprimento da obrigação para o caso de inadimplemento do contrato, de alguma das suas cláusulas ou da mora⁶.

Orlando Gomes define a cláusula penal como sendo “o pacto acessório pelo qual as partes de um contrato fixam, de antemão, o valor das perdas e danos que por acaso se verifiquem em consequência da inexecução culposa de obrigação”⁷. Sendo assim, a cláusula penal dispensa ao credor alegar prejuízo quando da cobrança da multa pactuada⁸. António Pinto Monteiro, de forma semelhante, conceitua-a como “uma estipulação negocial” na qual “qualquer das partes, ou uma delas apenas, se obriga antecipadamente, perante a outra, a efectuar certa prestação, normalmente em dinheiro, em caso de não cumprimento, ou de não cumprimento perfeito”⁹.

No que tange ao objeto da cláusula penal, este consiste na prestação que o devedor, por força da pena convencional, deverá satisfazer caso verificado inadimplemento ou mora. Consequentemente, o objeto da cláusula penal está sujeito

³ É o caso, por exemplo, do ordenamento jurídico português e do ordenamento jurídico francês, que estipulam expressamente o conceito de cláusula penal.

⁴ CASSETTARI, Christiano. **Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 47. No mesmo sentido: TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil - Vol. 2**. Rio de Janeiro: GEN Jurídico, 2021, p. 278.

⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil - Vol. 2**. Rio de Janeiro: GEN Jurídico, 2021, p. 278.

⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações: Lei n. 10.406, de 10.01.2002**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 519.

⁷ GOMES, Orlando. **Obrigações**. Atualizador: Edvaldo Brito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 149.

⁸ *Idem*.

⁹ PINTO MONTEIRO, António. **Cláusula Penal e imdenização**, Coimbra: Almedina, 1990. p. 44.

às disposições do Código Civil sobre a validade do negócio jurídico, devendo ser, portanto, um objeto lícito, possível, determinado ou determinável¹⁰.

Caio Mário da Silva Pereira ressalta que a cláusula penal “constitui uma das mais importantes modalidades de promessa condicionada”¹¹. Em sentido semelhante, Judith Martins-Costa, afirma que o instrumento é uma figura complexa, que consiste em uma “*promessa condicional de prestação*, geralmente de caráter pecuniário, a ser atuada para o caso de o devedor não cumprir a prestação, ou cumpri-la inadequadamente”¹².

Também merece destaque o caráter acessório da cláusula penal, já que a sua existência depende de uma obrigação principal, cuja eventual nulidade importa a da própria cláusula penal ou cuja resolução – sem culpa do devedor – importa também a resolução da pena convencional¹³.

Verifica-se, portanto, que a cláusula penal pode ser conceituada como sendo a estipulação em que as partes, ou apenas uma delas, se obrigam antecipadamente a efetuar certa prestação, em dinheiro ou outro bem que possa ser estimado em pecúnia, para o caso de inadimplemento de determinada obrigação. Trata-se de uma promessa condicional e acessória à obrigação a que se refere.

Consoante estabelecido no artigo 408 do Código Civil, a cláusula penal incorre de pleno direito ao devedor, de modo que, vencido o prazo da obrigação e constatado o inadimplemento, a cláusula penal será devida. Nos casos em que a obrigação tiver prazo indefinido, porém, a mora deverá ser constituída através da interpelação judicial ou extrajudicial para que a cláusula penal seja também devida¹⁴. Ainda, decorre da leitura do artigo 408 do Código Civil que, para que se possa exigir a cláusula penal do

¹⁰ *Ibidem*, p. 53-54.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 136.

¹² MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**. Volume V. Tomo II (art. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira(coord.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 609.

¹³ GOMES, Orlando. **Obrigações**. Atualizador: Edvaldo Brito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 149. Também ressaltam essas características: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: teoria geral das obrigações**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 138. MIRANDA, Pontes de. **Direito das obrigações: inadimplemento. Tomo XXVI**. Atualizado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Nelson Nery Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 148. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil - Vol. 2**. Rio de Janeiro: GEN Jurídico, 2021. p. 278.

¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**. Volume V. Tomo II (art. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 635.

devedor, este deverá ter incorrido culposamente em mora, devendo-se verificar, no caso concreto, a culpa do devedor¹⁵.

Define o artigo 409 do Código Civil, ademais, que a cláusula penal pode ser estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior. No entanto, a cláusula penal será sempre uma convenção antecipada. Isto é, pode ser pactuada no próprio negócio jurídico, ou em negócio apartado, desde que seja acordada antes de violada a obrigação a que se reporta¹⁶.

Diz-se que há duas modalidades da cláusula penal¹⁷. A primeira delas, é estipulada para a inexecução completa da obrigação, de modo que a cláusula penal converter-se-á em alternativa a benefício do credor, o que significa dizer que o credor poderá requerer o cumprimento da obrigação principal ou o pagamento da pena convencional, a sua escolha, sem, no entanto, poder cumular ambos os pedidos. Esta cláusula, por não poder ser cumulada, acabou sendo denominada pela doutrina da cláusula penal compensatória ou substitutiva.

Por outro lado, a segunda modalidade é estipulada para o caso de inadimplemento de uma cláusula específica do contrato ou para o caso de simples mora, podendo, nestes casos, o credor exigir a pena convencional juntamente com o desempenho da obrigação principal, consistindo, portanto, em uma obrigação cumulativa¹⁸. Por estar relacionada à mora, a doutrina acabou por conceituar esta modalidade como cláusula penal moratória ou cumulativa.

Em todos os casos, seja a cláusula penal moratória ou compensatória, aplica-se a regra do artigo 416 do Código Civil. Assim, para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo, havendo uma presunção *juris et de jure* de dano¹⁹. Nos casos em que o prejuízo suportado pelo credor ultrapassar o valor da cláusula penal, este somente poderá exigir indenização suplementar se assim foi

¹⁵ *Ibidem*, p. 634-635.

¹⁶ PINTO MONTEIRO, Antônio. **Cláusula Penal e indenização**, Coimbra: Almedina, 1990. p. 44. No mesmo sentido: MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**. Volume V. Tomo II (art. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira(coord.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 638.

¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**. Volume V. Tomo II (art. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira(coord.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 636. No mesmo sentido: TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do direito civil: obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 354.

¹⁸ GOMES, Orlando. **Obrigações**. Atualizador: Edvaldo Brito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 149-150.

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do direito civil: obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 357.

convencionado, caso em que a pena valerá como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

Estabelecidas tais premissas e conceituado o instituto da cláusula penal, cabe, agora, examinar qual a sua natureza jurídica da cláusula penal no ordenamento jurídico brasileiro, o que se faz na sequência.

2.2 NATUREZA JURÍDICA

Na doutrina, inúmeras são as teses existentes quanto à natureza jurídica da cláusula penal. De maneira geral, não há um consenso sobre qual seria a natureza assumida pelo instituto, sendo que cada autor possui, ainda, uma forma distinta de classificar as teses existentes. Foge do escopo do presente trabalho o estudo aprofundado sobre a natureza jurídica da cláusula penal. Pretende-se neste capítulo, portanto, apresentar brevemente as diferentes teses existentes, contextualizando as possíveis compreensões sobre o tema.

Para fins didáticos, adota-se a classificação tripartite da cláusula penal²⁰ para classificar as diferentes posições que tradicionalmente se manifestam em relação à natureza jurídica da cláusula penal, embora mereça a anotação de que esta classificação não é a única existente na doutrina.

Nessa divisão tripartite, enquadram-se as teses indenizatória, punitiva e de natureza mista²¹.

Para aqueles que adotam a teoria indenizatória²², a cláusula penal assume função puramente - ou em primeiro plano, ao menos - de pré-liquidar danos. A sua vantagem reside no fato de que ao credor seria desnecessário comprovar eventual

²⁰ Esta classificação é apresentada por Antonio Pinto Monteiro. Também é utilizada por Caio Mario da Silva Pereira e por Thomas Alexandre de Carvalho.

²¹ Caio Mário da Silva Pereira bem ilustra a divergência existente quanto a adoção de tais pensamentos: "Vários escritores, antigos e modernos, sustentam que o seu único objetivo é a preestimativa das perdas e danos. Em contraposição, alguns juristas, alemães principalmente, nela enxergam um caráter eminentemente punitivo. Hoje não mais vigora tão acendrado tom polêmico. E, se alguns dão preponderância ao significado preestimativo dos prejuízos, e secundário ao punitivo, e outros, como Trabucchi no lugar citado, realçam o papel de reforçamento sobre o indenizatório, os juristas mais modernos sustentam que ela os reúne a ambos, sendo ao mesmo tempo a liquidação antecipada das perdas e danos e a punição pelo descumprimento. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: teoria geral das obrigações**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.138).

²² Como defensor desta Teoria pode-se citar, principalmente, Otavio Luiz Rodrigues Junior (RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Natureza, função e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro*. Tese (Doutorado) – USP, São Paulo, 2006).

prejuízo sofrido, sendo, ainda, a indenização devida independentemente da comprovação dos danos pelo credor.

Ao contrário da teoria indenizatória, a teoria punitivista²³ coloca o caráter indenizatório da cláusula penal em segundo plano, entendendo que a sua principal função seria penalizar o devedor que deixa de cumprir com a obrigação a que a cláusula penal visa assegurar. De maneira sintetizada, os defensores da referida teoria defendem que a cláusula penal consiste na fixação de uma pena pelo descumprimento da obrigação, parte dela ou da mora, atuando como espécie de pena privada.

A teoria mista, buscando encontrar uma solução que conciliasse as duas teorias anteriores, defende que a cláusula penal pode assumir, ao mesmo tempo, finalidade indenizatória e punitiva. De acordo com a referida teoria, a cláusula penal pode estipular uma pena, cujo valor corresponderá a uma quantia indenizatória, que, em sendo de valor elevado, também servirá para compelir o devedor a cumprir a obrigação principal. Desta forma, ao mesmo tempo em que liquida os danos, a cláusula penal também pode ser também como garantia à obrigação, punindo o devedor em caso de incumprimento, cabendo identificar a função da cláusula a partir de cada caso concreto. É esta teoria que parece ser a mais adotada na doutrina brasileira²⁴.

Nos últimos anos, porém, observa-se um movimento da doutrina para reconhecer a superação da dupla função da cláusula penal, já que a sua aplicação acabou por incidir em inúmeras incongruências, também colocando os contratantes em frente a inúmeras incertezas. Conforme relatam Gustavo Tepedino e Carlos Nelson Konder, o entendimento de que a cláusula penal desempenharia dupla função - o qual por muito tempo prevaleceu no Brasil acabou por “*nublar mais do que esclarecer o intérprete na determinação das normas aplicáveis à cláusula penal*”.

A crítica se faz contundente. Afinal, considerando que a natureza jurídica da cláusula penal, se admitida a tese da dupla função, seria verificada *a posteriori*,

²³ A exemplo, defende esta teoria Thiago Rodovalho (RODOVALHO, Thiago. Cláusula penal: natureza jurídica, função e poder/dever de redução equitativa. **Revista Jurídica Luso – Brasileira**, Lisboa, Ano 7, n. 6, pp. 2246-2273, 2021).

²⁴ Pode-se citar como defensores dessa teoria Caio Mario da Silva Pereira (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013), Limongi França (FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988), Christiano Cassettari (CASSETTARI, Christiano. **Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013) e Nelson Rosenvlad (ROSENVALD, Nelson. **Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007).

haveria situações obscuras, em que os contratantes poderiam estipular, por exemplo, uma cláusula penal punitiva, que seria interpretada como cláusula indenizatória e o seu valor serviria para indenizar eventuais danos, mesmo sendo insuficiente²⁵.

Nesse sentido, Thomas Alexandre de Carvalho, ao examinar à natureza jurídica da cláusula penal explica as razões pelas quais haveria incompatibilidade entre as disposições do Código Civil e uma natureza jurídica punitivista da Cláusula Penal:

No que tange à natureza jurídica da cláusula penal, após apresentar as diferentes teses existentes na doutrina sobre o assunto, o trabalho concluiu que a tese que melhor se adequa às disposições do Código Civil é a tese indenizatória. Desta forma, a cláusula penal consiste em uma “avaliação à forfait das perdas e danos”, em que o devedor está dispensado de comprovar prejuízo. A disposição consiste, efetivamente, em uma pré-liquidação dos danos decorrentes de eventual inadimplemento da obrigação a que a cláusula penal visa assegurar²⁶.

Portanto, para o autor, a teoria indenizatória seria aquela que melhor compatibiliza o Código Civil de 2002 e com a função realmente exercida pela cláusula, quer seja moratória, quer seja compensatória²⁷: Em sentido semelhante. Otavio Luiz Rodrigues Junior e Rodrigo Xavier Leonardo explicam que, considerando a limitação da cláusula penal na forma do artigo 412 e a possibilidade de redução da pena em casos de parcial cumprimento já previstas no Código Civil anterior, conjugada com a previsão de mais uma causa de redução de seu valor “destruiu qualquer esperança de que ela tivesse alguma função de reforço ou de cariz punitivo”²⁸.

Ana Luiza Arguello também chama atenção para a previsão contida no artigo 412 do Código Civil, por entender que tal limitação evidencia o caráter indenizatório da cláusula penal e restringe a possibilidade de a figura exercer uma função punitiva no ordenamento jurídico brasileiro²⁹. Conforme explica a autora, uma vez que o valor da cláusula penal não pode ser superior ao da obrigação principal, seu caráter punitivo acaba sendo mitigado. Afinal, a pena convencional apenas poderia exercer um caráter

²⁵ CARVALHO, Thomas Alexandre de. **Critérios para a modificação da cláusula penal à luz do artigo 413 do Código Civil Brasileiro**. 160 f. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação de Direito). Universidade de São Paulo, 2018, p. 45.

²⁶ *Ibidem*, p. 47.

²⁷ *Ibidem*, p. 48.

²⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio; Luiz. LEONARDO, Rodrigo Xavier. O novo "despertar" da cláusula penal no Direito Civil brasileiro: A crise da função indenizatória e a necessidade de reforma legislativa. In: TARTUCE, Flávio; SALOMÃO, Luis Felipe. **Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência**. Volume II. p. 289-305, São Paulo: Atlas, 2021, pp. 300-301

²⁹ ARGÜELLO, Ana Luiza Tesser. **A cláusula penal nos contratos empresariais**. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial - Faculdade de Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 87.

punitivo se o dano, no caso concreto, se mostrasse inferior ao valor da obrigação principal³⁰.

Entendimento semelhante pode ser vislumbrado por doutrinadores como José Fernando Simão³¹, Antônio Junqueira³² e Orlando Gomes³³, para quem a cláusula penal possui natureza indenizatória.

Assim, na linha do que defendem estes autores, adota-se no presente trabalho a premissa de que a cláusula penal consiste numa “avaliação à forfait das perdas e danos”, estando o devedor dispensado de comprovar prejuízo e a avaliação do dano sofrido torna-se previsível, pois estabelecida de maneira prévia³⁴.

Convém, neste ponto, destacar que a cláusula penal em seu caráter indenizatório não deve ser confundida com as cláusulas limitativas de indenização (ou cláusulas de não-indenizar), estas consistentes em “um acordo prévio entre as partes que decidem por afastar ou limitar o efeito da reparação de um dano eventualmente produzido na relação entre os contratantes”³⁵. Isso porque, a cláusula de não-indenizar busca limitar ou excluir a reparação do dano, servindo de teto que poderá ser cobrado por quem o dano atingir. A cláusula penal, por outro lado, serve como liquidação prévia do dano, estipulando-se um valor fixo a ser pago pelo devedor ao credor em caso de inadimplemento da obrigação.

Dessa forma, enquanto a cláusula de não-indenizar exige a prova do dano, cujo montante indenizatório deverá com ele guardar relação, sem ultrapassar o teto pré-fixado pelas partes, a cláusula penal dispensa a prova do dano, incidindo de pleno direito³⁶.

Importante ressaltar, por fim, que a cláusula penal assume função indenizatória, mas sua função não pode ser confundida com as diferentes modalidades da cláusula

³⁰ ARGÜELLO, Ana Luiza Tesser. **A cláusula penal nos contratos empresariais**. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial - Faculdade de Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 88.

³¹ SIMÃO, José Fernando. Capítulo V. Da Cláusula Penal. In: SCHREIBER, Anderson et. al. (coord.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 5 ed., rev., atual., e ampl., p. 288- 298. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

³² JUNQUEIRA, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 81-82.

³³ GOMES, Orlando. **Obrigações**. Atualizador: Edvaldo Brito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

³⁴ *Ibidem*. p. 149.

³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**. Volume V. Tomo II (art. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira(coord.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 629.

³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**. Volume V. Tomo II (art. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira(coord.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 630.

penal, isto é, se a multa é compensatória ou moratória. Isso porque, por este viés indenizatório, entende-se que a cláusula penal compensatória - definida como aquela prevista para o caso de inadimplemento total da obrigação - substitui eventuais danos decorrentes do inadimplemento. A cláusula moratória estipulada para incidir em caso de mora, por outro lado, não substitui a obrigação principal, mas apenas os danos decorrentes da mora³⁷. Já a cláusula penal moratória estipulada para o caso de inadimplemento de uma obrigação específica, além de substituir os danos decorrentes do inadimplemento desta obrigação, pode ser cumulativa, em relação aos danos do inadimplemento total³⁸ - a não ser que, na linha do artigo 416, haja expressa previsão a esse respeito, servindo a cláusula penal como mínimo de indenização.

À luz do exposto, adota-se como pressuposto que a cláusula penal possui, no ordenamento jurídico brasileiro, caráter indenizatório, atuando como pré-fixação de danos. Seu caráter punitivo, embora não possa ser totalmente negado, quando presente, fica em segundo plano e não influencia na definição da cláusula penal.

Não há necessidade de que o valor da indenização tenha relação com o valor do dano efetivo, podendo ser inferior ou superior, cabendo às partes, diante de sua liberdade, estipular tal montante³⁹. Essa liberdade na estipulação da pena, todavia, não se mostra absoluta e imutável, já que o Código Civil previu um sistema de duplo controle da cláusula penal, o que se passa a analisar na sequência.

3 LIMITAÇÃO E REDUÇÃO DA CLÁUSULA PENAL

Com as modificações realizadas no Código Civil de 2002 - que introduziram os princípios contemporâneos da boa-fé, do equilíbrio econômico e da função social - houve uma relativização dos princípios clássicos da teoria contratual, tais como a autonomia privada, o consensualismo e a força obrigatória dos contratos⁴⁰. Neste cenário, observou-se uma efetiva redução da liberdade contratual, favorecendo-se outros princípios de ordem pública.

³⁷ ARGÜELLO, Ana Luiza Tesser. **A cláusula penal nos contratos empresariais**. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial - Faculdade de Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 84.

³⁸ *Ibidem*, 2018, p. 85.

³⁹ GOMES, Orlando. **Obrigações**. Atualizador: Edvaldo Brito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 150-151.

⁴⁰ CARVALHO, Thomas Alexandre de. **Critérios para a modificação da cláusula penal à luz do artigo 413 do Código Civil Brasileiro**. 160 f. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação de Direito). Universidade de São Paulo, 2018. p. 70.

Tal alteração legislativa também não deixou de afetar o instituto da cláusula penal. Conforme explica António Pinto Monteiro:

[...] verifica-se que alteração legislativa também afetou o instituto da cláusula penal, cuja intangibilidade, com o tempo, foi mitigada. Isso se deu, especialmente, da limitação do valor máximo da pena e da redução equitativa do montante da pena, o que a doutrina acabou por classificar como “duplo controle” da cláusula penal⁴¹.

No Direito Brasileiro este “duplo controle” da cláusula penal ocorre, um primeiro momento, com a previsão do artigo 412 do Código Civil que estabelece um limite ao valor da cláusula penal, o qual não pode ultrapassar o valor da pena principal. Dispõe o artigo 412 do Código Civil que “*o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal*”. Como consequência, “a parte excedente é excluída, valendo a cláusula até a medida prevista na lei”⁴². De acordo com Nelson Rosenvald, ultrapassado o valor máximo, o excesso será considerado ineficaz contra o devedor⁴³.

A restrição legal ao valor da cláusula penal, de acordo com Orlando Gomes, justifica-se pela necessidade de coibir abusos e injustiças⁴⁴. Na mesma linha, afirma Judith Martins Costa que:

A solução, para além de seu rigor científico, parece-nos atender à diretriz fundamental da justiça contratual: se parte, lesada pelo inadimplemento total, pode pedir a substituição da prestação da cláusula penal, é evidente que o valor da cláusula penal deve ser o mais próximo possível do valor da prestação. Não pode, por certo, ultrapassá-lo, pena de enriquecimento injustificado. Daí o “teto”, ou limite, estabelecido no art. 412⁴⁵.

Assim, será ineficaz qualquer excesso, cabendo ao juiz reduzir o montante da multa que ultrapassar o limite legal⁴⁶, seja ela compensatória ou moratória, embora, para estas últimas, apenas incida a regra do artigo 412 quando não houver outro

⁴¹ PINTO MONTEIRO, António Joaquim de Matos. **Responsabilidade contratual: cláusula penal e comportamento abusivo do credor**. Revista da Emerj. vol. 7. n. 26. Rio de Janeiro: Emerj, 2004. p. 167

⁴² GOMES, Orlando. **Obrigações**. Atualizador: Edvaldo Brito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 150.

⁴³ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 220.

⁴⁴ GOMES, Orlando. **Obrigações**. Atualizador: Edvaldo Brito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 150.

⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**, vol. V, tomo II, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2003. p. 453.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 683.

regramento em leis especiais⁴⁷, como aquele previsto na Lei da Usura e no Código de Defesa do Consumidor⁴⁸.

Passando ao segundo momento, o “duplo controle” da cláusula penal ocorre *a posteriori*, por meio de um terceiro adjudicador. De acordo com o artigo 413 do Código Civil, há um poder-dever do juiz de reduzir a cláusula penal nos casos em que a obrigação principal for cumprida em parte ou nos casos em que seu montante se mostrar manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Tal controle, no entanto, não deve ocorrer de forma imoderada, mas excepcionalmente, a fim de evitar abusos por parte do credor. Isto é, “as balizas para limitação da autonomia privada dos contratantes no que tange à cláusula penal advêm da lei, e apenas naquelas situações é que se entende deva ser utilizada, o que, por expurgar as mazelas inerentes à própria autonomia privada, confere-lhe mais forças”⁴⁹.

Nesse contexto, o presente capítulo buscará examinar a possibilidade de redução equitativa da pena nos termos do artigo 413 do Código Civil.

3.1 REDUÇÃO EQUITATIVA DA CLÁUSULA PENAL

O Código Civil de 2002 previu em seu artigo 413 que “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”.

Anteriormente, o Código Civil de 1916 não previa qualquer possibilidade de redução do montante da pena convencional. Ao contrário, no parágrafo único do artigo

⁴⁷ *Ibidem*, p. 668.

⁴⁸ A exemplo de Pontes de Miranda, para quem a multa compensatória estaria limitada ao conteúdo do artigo 920 do Código Civil de 1916 (correspondente ao artigo 412 do Código Civil atual) e a multa moratória deveria observar o limite da Lei da Usura. Todavia, o STF acabou por limitar a aplicação da referida lei aos contratos de mútuo. (MIRANDA, Pontes de. **Direito das obrigações: inadimplemento. Tomo XXVI**. Atualizado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Nelson Nery Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 162).

⁴⁹ CARVALHO, Thomas Alexandre de. **Critérios para a modificação da cláusula penal à luz do artigo 413 do Código Civil Brasileiro**. 160 f. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação de Direito). Universidade de São Paulo, 2018, p. 45.

927 expressava-se que o devedor não poderia eximir-se da cláusula penal sob o pretexto de ela ser excessiva⁵⁰. Não obstante, a doutrina - já naquela época - passou a admitir que o valor da cominação fosse reduzido pelo juiz⁵¹, especialmente em razão do cumprimento parcial da obrigação pelo devedor⁵².

O que se tinha, portanto, era uma faculdade do julgador de diminuir o valor da cláusula penal, considerando eventual cumprimento parcial da obrigação, cujo critério para redução estava pautado na proporcionalidade e cujo objetivo consistia em coibir abusos ou enriquecimento ilícito do credor. Conforme explicava Orlando Gomes, ainda pautado pelo Código Civil de 1916:

A ingerência do juiz admite-se apenas para diminuir, jamais para aumentar, e, assim mesmo, se a obrigação houver sido cumprida em parte. Neste caso atribui-lhe a lei o poder de reduzi-la proporcionalmente. Não impõe o dever de diminuí-la, o que significa que, ainda havendo execução parcial, o devedor pode ser condenado a pagar integralmente o valor da cominação. Em suma, não tem direito certo à redução proporcional⁵³.

O artigo 413 do Código Civil de 2002, no entanto, “alterou fundamentalmente a sistemática da cláusula penal e consagrou a intervenção judicial na economia do contrato”⁵⁴. Em um primeiro momento, porque passou a prever que a redução deveria se dar através de um juízo de equidade, não mais de proporcionalidade, cabendo ao magistrado, à luz do caso concreto, analisar o valor da cominação imposta.

A equidade - uma das cláusulas gerais mais conhecidas do sistema de *civil law* - consiste em “uma janela aberta deixada pelo legislador para que o magistrado possa fazer justiça no caso concreto”⁵⁵. De acordo com Paulo Lôbo, o juízo de equidade “segue padrões de experiência comum aplicáveis ao caso concreto e realiza o

⁵⁰ CARVALHO, Thomas Alexandre de. **Critérios para a modificação da cláusula penal à luz do artigo 413 do Código Civil Brasileiro**. 160 f. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação de Direito). Universidade de São Paulo, 2018, p. 60.

⁵¹ GOMES, Orlando. **Obrigações**. Atualizador: Edvaldo Brito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 151.

⁵² CARVALHO, Thomas Alexandre de. **Critérios para a modificação da cláusula penal à luz do artigo 413 do Código Civil Brasileiro**. 160 f. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação de Direito). Universidade de São Paulo, 2018, p. 62.

⁵³ GOMES, Orlando. **Obrigações**. Atualizador: Edvaldo Brito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 151.

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 149.

⁵⁵ CASSETTARI, Christiano. **Multa Contratual: teoria e prática da cláusula penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 87.

princípio da equivalência material, ou seja, o justo equilíbrio de direitos e deveres, que deve estar sempre presente no programa do contrato”⁵⁶.

Dessa forma, o Código Civil, que antes pautava-se pela proporcionalidade, passou a prever norma mais ampla, que exige um exame substancial do caso concreto pelo julgador. Conforme elucida José Fernando Simão:

A redução se faz pelo critério da equidade, e não da proporção. O adverbio *proporcionalmente* (do art. 924 do CC/1916) não é mais utilizado pelo texto de lei. Foi substituído pelo adverbio *equitativamente*. O conceito de equidade é o de justiça no caso concreto, com a possibilidade de abrandamento dos rigores da lei, de acordo com as peculiaridades do caso. O juiz deve suavizar o rigor legislativo, levando em conta o caso concreto que está *sub judice*⁵⁷.

Em um segundo momento, o Código Civil de 2002 também alterou fundamentalmente o anterior, uma vez que o artigo 413 previu um poder-dever do julgador de reduzir a cláusula penal, diante das hipóteses de cumprimento parcial ou excesso manifesto. Antes, no Código Civil de 1916, o que se verificava era tão somente a possibilidade de redução da multa, que dependia do pedido expresso da parte interessada. Na atualidade, ao contrário, a redução passou a ser mandatória⁵⁸. Afinal, trata-se de uma norma de ordem pública, a qual não pode ser afastada por acordo de vontade das partes⁵⁹⁻⁶⁰.

⁵⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil - Obrigações**. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 289.

⁵⁷ SIMÃO, José Fernando. Capítulo V. Da Cláusula Penal. In: SCHREIBER, Anderson et. al. (coord.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 5 ed., rev., atual., e ampl., p. 288- 298. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

⁵⁸ A maioria dos autores parece defender que a redução pode ocorrer até mesmo de ofício por se tratar de uma norma de ordem pública (A exemplo de PEREIRA, **Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 150; e RODOVALHO, Thiago. Cláusula penal: natureza jurídica, função e poder/dever de redução equitativa. **Revista Jurídica Luso – Brasileira**, Lisboa, Ano 7, n. 6, pp. 2246-2273, 2021). A questão, inclusive, está endereçada no Enunciado 356 da IV Jornada de Direito Civil. Ainda, a jurisprudência já reconheceu e aplicou a possibilidade de redução de ofício (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 0007747-09.2012.8.26.0510**; Relator (a): Jane Franco Martins. São Paulo, 01.06.2022. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14.10.2022.) No mesmo sentido: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma), **AgRg no AREsp nº 592.075/RJ**, Relator: Ministro João Otávio De Noronha, 05.03.2015; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma), **REsp n. 1.186.789/RJ**. Brasília, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, 20.03.2014; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **REsp n. 1.999.836/MG**. Brasília, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 27.09.2022.

⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**. Volume V. Tomo II (art. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira(coord.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p.710.

⁶⁰ Aliás, tão reconhecido o caráter cogente do artigo 413 do Código Civil, que, em 2006, na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal – CJF, foi aprovado o enunciado 355 que delimita que “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”.

Embora existam autores que critiquem esta regra, o entendimento da doutrina majoritária, especialmente após a promulgação do Código Civil de 2002, parece ter se assentado no sentido de que a norma do artigo 413 é cogente. Nas palavras de André Seabra:

Com a promulgação do Código Civil de 2002, a maioria da doutrina passou a defender a natureza cogente da norma. Afinal, ao contrário do que ocorria com o artigo 924 do Código Civil de 1916, cuja redação previa uma possibilidade de reduzir a pena, o artigo 413 do Código Civil de 2002 prevê que a penalidade deve ser reduzida pelo juiz. Verifica-se que a atual redação do artigo 413 foi além daquela prevista no antigo artigo 924 da Lei revogada. Além de, agora, o juiz não apenas “poder”, mas “dever” reduzir a penalidade, a norma alargou a hipótese na qual essa intervenção se faz necessária. Não se trata, pois, de uma discricionariedade do julgador, porém, antes, um dever⁶¹.

Voltando à alteração legislativa da cláusula penal, em um terceiro momento, o Código Civil de 2002 inovou ao incluir duas hipóteses de redução da cláusula penal - diferentemente do código anterior que previa apenas uma hipótese - sendo elas as hipóteses de cumprimento parcial da obrigação e de excesso da pena, à luz da finalidade e da natureza jurídica do negócio entabulado. Conforme chama atenção Caio Mário da Silva Pereira:

No regime do Código Civil de 1916, admitia-se que, em razão do cumprimento parcial da obrigação, o juiz poderia reduzir o montante da penalidade, sopesando o valor da parte já executada, em confronto com o valor total da obrigação. Consagrou o novo duas hipóteses de redução: cumprimento parcial e excesso de punição⁶².

O que se percebe da leitura do dispositivo legal, portanto, é que o artigo 413 do Código Civil “possui dois núcleos normativos que fazem incidir sua aplicação no caso concreto, a saber, cumprimento parcial da obrigação com cláusula penal e valor manifestamente excessivo”⁶³. Contudo, o fundamento da nova hipótese prevista de redução equitativa da cláusula penal tem por base o controle do abuso de direito, devendo a redução ser interpretada não como regra, mas exceção. Isto é, somente

⁶¹ SEABRA, André Silva. **Limitação e redução da cláusula penal**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 377.

⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 149-150.

⁶³ CARVALHO, Thomas Alexandre de. **Critérios para a modificação da cláusula penal à luz do artigo 413 do Código Civil Brasileiro**. 160 f. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação de Direito). Universidade de São Paulo, 2018, p. 87.

nos casos em que o direito do credor for exercido de “forma anormal é que incidirá em conduta ilícita, que o ordenamento reputará excessiva e não tutelar integralmente”⁶⁴.

Consequentemente, o dever de revisão da cláusula penal previsto no artigo 413 do Código Civil não consiste em invasão da autonomia privada, mas busca antes “garantir que a liberdade contratual seja bem utilizada, dentro dos limites conferidos pela lei”⁶⁵.

Assim, pautando-se pelo princípio da justiça-corretiva e pela vedação ao abuso de direito, o artigo 413 estabelece que eventual excesso da pena se tornará ineficaz perante o devedor⁶⁶, não cabendo ao juiz aumentar o seu valor, mas apenas reduzir⁶⁷. De toda forma, a redução da multa sempre dependerá do crivo judicial⁶⁸, ou de um terceiro adjudicador, que, a partir de uma análise equitativa, deverá reduzir o valor da cláusula penal se a obrigação for cumprida de forma parcial, ou se o valor da pena for manifestamente excessivo, conforme será melhor delineado abaixo.

3.1.1 Cumprimento parcial da obrigação

No caso da primeira hipótese de incidência da norma do artigo 413 do Código Civil, verifica-se que o fundamento da redução está no fato de que, em sendo a obrigação parcialmente cumprida de forma útil ao credor, exigir o valor integral da cláusula penal poderia levar a existência de uma pena desproporcional. Conforme explica Judith Martins Costa:

Se o inadimplemento não se estendeu ao todo, mas somente à parte do negócio, seria injusto permitir que o credor – que já se beneficiou com o cumprimento parcial da prestação – receba, por inteiro, a multa

⁶⁴ CHAGAS, Beatriz Uchôas. A redução equitativa da cláusula penal: a aplicação do artigo 413 do Código Civil. **Revista de Direito Privado**. vol. 110. ano 22. p. 85-108. São Paulo: Ed. RT, out.-dez./2021. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rl& marg=DTR-2021-47760>>. Acesso em: 11.07.2022.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 90.

⁶⁶ CARVALHO, Thomas Alexandre de. **Critérios para a modificação da cláusula penal à luz do artigo 413 do Código Civil Brasileiro**. 160 f. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação de Direito). Universidade de São Paulo, 2018. p. 90.

⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 149-150.

⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**. Volume V. Tomo II (art. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira(coord.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 712.

convencionada, conquanto deva ser sempre perquirida a utilidade, para o credor, da prestação parcialmente cumprida⁶⁹.

A obrigação principal a que faz referência a primeira hipótese do artigo 413 do Código Civil deve ser interpretada como a obrigação a que a cláusula penal visa assegurar⁷⁰, afastando, portanto, a análise de outras obrigações contratuais estranhas ao objeto da cláusula penal.

Assim, seja a cláusula penal moratória ou compensatória, o julgador deverá examinar se o cumprimento parcial da obrigação teve proveito ou utilidade ao credor. Afinal, mesmo se adimplida uma fração da obrigação, caso ela não aproveitar ao credor, não haverá como reduzir a pena convencional⁷¹.

O fundamento da referida norma é, justamente, de evitar o enriquecimento sem causa do credor “que, tendo recebido parte da obrigação, acabaria por ser beneficiado indevidamente com a multa que incidiria sobre o descumprimento integral”⁷². Desse modo, para verificar a possibilidade de redução da cláusula penal é necessário considerar o grau de satisfação objetiva dos interesses do credor, “tendo em vista a utilidade do que foi cumprido em face do interesse do credor manifestado na declaração negocial”⁷³.

Em suma, a incidência da regra da primeira parte do artigo 413 do Código Civil depende de três principais condições, isto é, (i) que a prestação possa ser cumprida por partes; (ii) que a prestação tenha sido efetivamente cumprida em parte; e (iii) que o credor tenha se aproveitado do cumprimento parcial, não rejeitando a prestação⁷⁴.

⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**. Volume V. Tomo II (art. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira(coord.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 687.

⁷⁰ ARGÜELLO, Ana Luiza Tesser. **A cláusula penal nos contratos empresariais**. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial - Faculdade de Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 104.

⁷¹ *Ibidem*, p. 104.

⁷² TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do direito civil: obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 403.

⁷³ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos sobre a cláusula penal a partir da superação da tese da dupla função. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 31, n. 4, p. 353-366, out./dez. 2022, p. 359.

⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**. Volume V. Tomo II (art. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira(coord.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 688. No mesmo sentido: MARTINS-COSTA, Judith. A dupla face no princípio de equidade na redução da cláusula penal. In: **Direito Civil e Processo. – Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 63.

Neste âmbito, faz-se importante esclarecer que o legislador estipulou que a redução da cláusula penal seria equitativa e não proporcional, “já que, por exemplo, o descumprimento de metade da prestação pode importar prejuízo superior a essa parcela em termos de interesse do credor, se a metade faltante lhe era mais importante para a função do negócio”⁷⁵.

Em sentido semelhante explica Ana Luiza Arguello que a equidade “difere da proporcionalidade aritmética”, já que deve ser levado em consideração “o interesse objetivo do credor na prestação, a importância, maior ou menor, do que foi prestado, em vista do efetivo interesse denotado pela economia contratual objetivamente considerada e a sua função econômica”⁷⁶. A questão, inclusive, foi sedimentada no Enunciado 429 da IV Jornada de Direito Civil⁷⁷.

Ademais, embora a professora Judith Martins Costa defenda que a redução equitativa da cláusula penal nos casos de cumprimento parcial da obrigação deva se pautar pelo critério da proporcionalidade⁷⁸, deve-se destacar que esta proporcionalidade defendida pela autora é equitativa, levando em consideração outros critérios que não um puramente matemáticos:

Assim, poder-se-ia ler no texto do art. 413, primeira parte: “A penalidade deve ser reduzida proporcionalmente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, embora não se trate de uma proporcionalidade meramente matemática, mas axiológica, levando-se em conta a importância, maior ou menor, do que foi prestado, à vista do efetivo interesse denotado pela concreta autonomia contratual, a tipicidade do negócio e a utilidade para o credor da prestação em parte cumprida, bem como da função econômico-social do negócio, consideradas ainda a peculiar racionalidade do agente econômico e a busca de eficiência do sistema que carece de coerência e de previsibilidade”⁷⁹.

⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos sobre a cláusula penal a partir da superação da tese da dupla função. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 31, n. 4, p. 353-366, out./dez. 2022, p. 359.

⁷⁶ ARGÜELLO, Ana Luiza Tesser. **A cláusula penal nos contratos empresariais**. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial - Faculdade de Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 104.

⁷⁷IV Jornada de Direito Civil - Enunciado 359: “A redação do art. 413 do Código Civil não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido”.

⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**. Volume V. Tomo II (art. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira(coord.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 688 e ss.

⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith. A dupla face no princípio de equidade na redução da cláusula penal. In: **Direito Civil e Processo. – Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 62.

Ademais, não se deve esquecer que, no contexto do Código Civil brasileiro, o legislador por bem estipulou outros dois critérios específicos que devem ser observados na redução da multa contratual. Portanto, quando deparado com o cumprimento parcial da obrigação, nos casos em que assim for possível, e este cumprimento tiver aproveitado ao credor da obrigação, caberá ao magistrado reduzir equitativamente a cláusula penal, atentando-se à natureza e à finalidade do negócio jurídico.

3.2.2 Excesso manifesto da pena

Passando para a segunda hipótese do artigo 413 do Código Civil, esta diz respeito aos casos em que a pena estabelecida for manifestamente excessiva. Por excesso manifesto, a lei faz referência a necessidade de que este excesso, confrontado com as demais circunstâncias do negócio, seja “perceptível a todo surto de vista”⁸⁰. Somente então o juiz poderá revisar o valor da pena. Conforme o entendimento de Judith Martins Costa:

Essa revisão só se justificará em face de um valor de per si exorbitante, isto é: “manifestamente excessivo”, considerando-se “manifesto” aquilo que não é implícito ou sugerido, antes saltando aos olhos, evidenciando-se com clareza palmar segundo padrões de experiência comum aplicados ao caso concreto⁸¹.

A autora destaca, ainda, que o momento para auferir a existência de eventual excessividade da cláusula penal é aquele em que houve o inadimplemento da obrigação, uma vez que a pena somente será exigível caso constatado o inadimplemento ou a mora do devedor⁸².

Ressalta Giovanni Ettore Nanni que a hipótese de manifesto excesso não consiste em um preceito que “franqueia a readequação da pena convencional consoante mera percepção subjetiva do julgador”, porque não basta que a multa seja

⁸⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: teoria geral das obrigações**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 150.

⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**. Volume V. Tomo II (art. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira(coord.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 698.

⁸² *Ibidem*, p. 708.

excessiva, mas o excesso deve ser manifesto, à luz dos critérios ponderados pela legislação⁸³. Complementa o autor, ainda, que:

Não só, pois as peculiaridades do caso concreto influenciam na caracterização ou não do manifesto excesso da pena. Para se chegar à determinação do que seja pena manifestamente excessiva não se pode, pois, levar em consideração apenas o valor da cláusula penal em confronto com o efetivo prejuízo, já que é da essência da pena o seu montante pode ser, mesmo, maior do que o do efetivo prejuízo. Seu objetivo não é fazer coincidir a indenização com os prejuízos reais ou até eliminá-la se prejuízos não existem. É, sim, rever a cláusula em razão do seu manifesto exagero, de modo a torná-la equitativa.⁸⁴.

Nessa linha, merece destaque que o dano efetivo sofrido pelo credor não merece ser um critério para auferir a excessividade da cláusula penal. Até porque, esta consiste em uma estipulação *a forfaitaire* do prejuízo, antecipada e inalterável, exigível até mesmo se ausente qualquer prejuízo⁸⁵.

Embora a professora Judith Martins-Costa defenda que certos requisitos podem auxiliar o julgador na aferição da redução da multa, tais como a diferença entre o valor do prejuízo efetivo e o montante da pena ou a gravidade da infração ao contrato e o grau de culpa do devedor⁸⁶, discorda-se desta posição. Não há como relacionar a redução equitativa da cláusula penal com a existência do dano, sendo a natureza e a finalidade do negócio os parâmetros norteadores dessa redução:

Entendemos que a conjugação dessas normas dos artigos 413 e 416 revela que, no direito brasileiro, a redução equitativa é norteada pela natureza e finalidade do negócio, e não pela existência ou extensão do dano. Em outras palavras, a pretensão à integralidade da cláusula penal só pode ser restringida com base na natureza e finalidade do negócio, mas não com base na extensão do prejuízo sofrido. Nesse sentido, não basta demonstrar o excesso manifesto entre a cláusula penal e o dano efetivo, ou o cumprimento parcial da obrigação pelo devedor. É preciso demonstrar que o desequilíbrio da penalidade se revela manifestamente injustificável diante da natureza e da finalidade da cláusula penal e do negócio⁸⁷.

⁸³ NANNI, Giovanni Ettore. **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo**. 2. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2021, p. 396.

⁸⁴NANNI, Giovanni Ettore. **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo**. 2. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2021, p. 396.

⁸⁵*Idem*.

⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**. Volume V. Tomo II (art. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira(coord.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, pp. 703-704.

⁸⁷ SEABRA, André Silva. **Limitação e redução da cláusula penal**. São Paulo: Almedina, 2022. p. 406.

Ainda, como ressaltam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, o Código Civil não faz referência a qualquer critério subjetivo, como o estado psicológico ou anímico do contratante, ou a critério punitivos, como a própria conduta do devedor⁸⁸. Ao contrário, o legislador limitou a intervenção do intérprete a dois critérios objetivos, “de modo que a utilização de outros critérios desvirtua a teleologia do instituto”⁸⁹.

Com relação ao termo “equitativamente” – que pauta a redução da multa – Judith Martins-Costa defende que este deve ser interpretado, nos casos de manifesto excesso, como:

“um mandado para a correção do que está escrito no contrato e que, por conta das circunstâncias concretas, se mostra excessivo, abusivo, em uma palavra: irrazoável. Por esta razão a equidade tem sido vista como uma manifestação da *razoabilidade*”⁹⁰.

Importante destacar que no entender da renomada autora, o mandamento da equidade como razoabilidade busca vedar o excesso, mas não conduz a um passe livre para a “produção de sentidos pelo órgão jurisdiciona”, até mesmo porque sua noção está relacionada à “implementação de certos requisitos averiguáveis, por sua vez, por meio de elementos objetivos que funcionam de bussolas para o intérprete”.

Os elementos objetivos essenciais em que deve se pautar o julgador para a redução equitativa da cláusula penal, obviamente, são aqueles previstos pelo legislador no artigo 413 do Código Civil, quais sejam, a natureza a finalidade do negócio. Justamente por isso, o excesso deve ser apurado diante das particularidades de cada caso concreto.

Portanto, para a redução equitativa da pena, o magistrado deve verificar a natureza e a finalidade do negócio a que se refere a cláusula penal para balizar a sua decisão, por se tratar dos requisitos expressamente previstos no artigo 413 do Código Civil, o que se passa a analisar na sequência.

⁸⁸TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do Direito Civil: obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021., p. 406.

⁸⁹TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos sobre a cláusula penal a partir da superação da tese da dupla função. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 31, n. 4, p. 353-366, out./dez. 2022, p. 360.

⁹⁰MARTINS-COSTA, Judith. A dupla face no princípio de equidade na redução da cláusula penal. In: **Direito Civil e Processo. – Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 66.

4 OS CRITÉRIOS PARA A REDUÇÃO EQUITATIVA DA CLÁUSULA PENAL

O artigo 413 do Código Civil previu expressamente dois critérios que devem ser observados pelo terceiro adjudicador quando da redução equitativa da cláusula penal, sendo eles a natureza e a finalidade do negócio jurídico. Tais critérios servem para orientar “não apenas a análise sobre a presença dos requisitos necessários para a redução da cláusula penal, mas também a própria atuação da equidade corretiva”⁹¹.

Embora alguns autores entendam que a análise da natureza e finalidade do negócio jurídico seja restrita à hipótese de excesso manifesto, entendemos que ambos os critérios devem balizar a redução da multa tanto no caso de cumprimento parcial da obrigação, quanto no caso de excesso manifesto.

Conforme elucida Thomas Alexandre de Carvalho, ainda que a redução equitativa possibilite ao julgador poderes amplos para aplicar a regra de redução da pena ao caso concreto, ele deve guiar-se pela natureza e finalidade jurídica do negócio:

O legislador poderia ter silenciado a esse respeito, conferindo verdadeiro cheque em branco ao julgador para valer-se de qualquer critério para modificar o valor da cláusula penal em um juízo de equidade, mas preferiu oferecer as balizas que terão de ser seguidas para aplicação do juízo equitativo, contra as quais não se é possível esquivar, sob pena de se permitir a existência de juiz legislador ou juiz ditador, nas palavras de AGOSTINHO ALVIM

O estudo da natureza e finalidade do negócio é o estudo da aplicação do artigo 413 do Código Civil. Demonstrar a natureza e a finalidade do negócio é justamente dizer quando a cláusula penal é excessiva e como ela poderá ser reduzida. Pouco se escreveu sobre o tema no Brasil, e os parâmetros utilizados em outros países, quer com fundamento na lei, como o ordenamento alemão, quer fruto da construção doutrinária, embora de grande valia, não poderão ser aplicados cega e automaticamente, pois o Brasil é o único país – até onde se tenha conhecimento – que decidiu amarrar o julgamento equitativo às balizas da natureza e finalidade do negócio.

Propõe-se, assim, que a natureza e finalidade do negócio sejam o norte a ser seguido para o adjudicador verificar se a cláusula é manifestamente excessiva e se houve o cumprimento parcial, bem assim seja o norte para conduzir a sua modificação.⁹²

⁹¹ SEABRA, André Silva. **Limitação e redução da cláusula penal**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 392.

⁹² CARVALHO, Thomas Alexandre de. **Crítérios para a modificação da cláusula penal à luz do artigo 413 do Código Civil Brasileiro**. 160 f. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação de Direito). Universidade de São Paulo, 2018, p. 91.

Importante destacar, no entanto, que, embora a natureza e a finalidade do negócio sejam comumente tratadas em conjunto, as duas concepções contemplam características que as distinguem⁹³.

De um lado, o conceito de “natureza do negócio” deve ser entendido como o “conjunto de características essenciais à operação negocial realizada”⁹⁴. Assim, caberá ao julgador se atentar à espécie negocial e ao tipo de contrato celebrado entre as partes. Até mesmo porque, como elucidam Tepedino e Schreiber, “uma cláusula penal de certo valor pode se mostrar aceitável no âmbito de um contrato oneroso, mas se afigurar excessiva em um contrato gratuito”⁹⁵.

De forma semelhante o entendimento de Thomas Alexandre de Carvalho para quem a natureza do negócio está relacionada às características do próprio negócio jurídico celebrado. Para ele, ao examinar a possibilidade de redução do montante da pena, o julgador deverá se ater à natureza do negócio pactuado, examinando se o negócio jurídico é unilateral ou bilateral, oneroso ou gratuito, de adesão, de consumo ou paritário, além de verificar se o contrato é um contrato de lucro ou existencial⁹⁶.

Defende o autor que nas hipóteses em que o contrato for unilateral e gratuito, por exemplo, a redução da pena deverá ser aplicada de forma menos restrita, enquanto nos contratos onerosos e bilaterais a aplicação deverá ser feita de forma mais restrita. O mesmo ocorre com relação aos contratos de adesão, que, em comparação aos contratos empresariais, poderão ter a pena reduzida de forma menos criteriosa, buscando proteger a parte aderente e equilibrar a relação negocial⁹⁷.

Na mesma linha de pensamento, André Seabra defende que a expressão “natureza do negócio” a que se refere o artigo 413 do Código Civil diz respeito, além da natureza da cláusula penal⁹⁸, à natureza da relação negocial, de modo que cabe

⁹³SEABRA, André Silva. **Limitação e redução da cláusula penal**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 392.

⁹⁴TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do Direito Civil: obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 406.

⁹⁵*Ibidem*, p. 406.

⁹⁶CARVALHO, Thomas Alexandre de. **Critérios para a modificação da cláusula penal à luz do artigo 413 do Código Civil Brasileiro**. 160 f. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação de Direito). Universidade de São Paulo, 2018, p. 104-110.

⁹⁷*Ibidem*, p. 104-107.

⁹⁸O autor, juntamente com outros doutrinadores, como a professora Judith Martins-Costa, entende que a expressão “natureza do negócio” a que se refere o artigo 413 do Código Civil diz respeito tanto à natureza da cláusula penal quanto à natureza da relação negocial. No entanto, considerando que no presente trabalho adota-se o posicionamento de que a natureza jurídica da cláusula penal é indenizatória, não faria sentido aplicar a distinção.

ao julgador examinar todo o contrato e a relação por ele instituída⁹⁹. De acordo com o autor, caberá ao legislador considerar “se o mesmo é comutativo, oneroso, aleatório, ou de outra natureza, bem como o tipo específico de contrato celebrado — compra e venda, locação, etc”.

Também caberia para o autor, em uma segunda etapa, para perquirir o conceito de “natureza do negócio”, examinar as características da relação negocial, atentando-se para eventual vulnerabilidade de uma parte em relação a outra, já que haverá maior excepcionalidade na redução da multa quanto maior for o envolvimento das partes na negociação¹⁰⁰.

Por outro lado, o conceito de “finalidade do negócio”. diz respeito à função ou a causa concreta do negócio jurídico. Asseveram Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber que se trata, assim, “de verificar a finalidade econômica e os efeitos essenciais (função prático-social) a que as partes, por meio de determinado contrato, pretenderam atingir”. Uma das principais tarefas do julgador será verificar se, em vista da função perseguida pelo contrato, a vítima da resolução contratual aproveitou, ao menos em parte, os efeitos produzidos pelo negócio jurídico¹⁰¹.

De forma mais restrita, Thomas Alexandre de Carvalho defende que a finalidade a que se refere o artigo 413 do Código Civil é a finalidade econômica do negócio, isto é, o fim econômico buscado. Refuta o autor, assim, as diferentes teses que atribuem a interpretação de finalidade para questões como a finalidade da cláusula penal ou o comportamento da parte inadimplente:

Finalidade do negócio não se confunde com finalidade da cláusula penal, já que se extirpou a cláusula penal punitiva do sistema. Finalidade do negócio não se confunde com o dano efetivo, sob pena de desnaturar a natureza jurídica da cláusula penal. Finalidade não se confunde com comportamento da parte inadimplente. Finalidade não se confunde com a situação econômico-financeira da parte credora ou devedora. Finalidade do negócio não se confunde com grau de culpa do devedor. Finalidade do negócio é, sim, o fim econômico que cerca determinado negócio jurídico¹⁰².

⁹⁹ SEABRA, André Silva. **Limitação e redução da cláusula penal**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 394.

¹⁰⁰ SEABRA, André Silva. **Limitação e redução da cláusula penal**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 396.

¹⁰¹ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do Direito Civil: obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021., P. 407.

¹⁰² CARVALHO, Thomas Alexandre de. **Crerios para a modificação da cláusula penal à luz do artigo 413 do Código Civil Brasileiro**. 160 f. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação de Direito). Universidade de São Paulo, 2018, p. 113.

No entendimento do referido autor, considerando que o artigo 413 do Código Civil faz referência à finalidade econômica do negócio jurídico, há diversas situações que justificariam a redução da cláusula penal. O primeiro exemplo dado pelo autor seriam as situações de ineficiência, em que “a finalidade econômica que as partes anteviram e pretenderam atingir com a assinatura do contrato não foi alcançada”¹⁰³. Assim, quando a cláusula penal se torna um fim em si mesmo, sem contribuir para o fim pretendido com o negócio, ela se torna ineficiente e a sua redução seria cabível¹⁰⁴.

O segundo exemplo diz respeito aos casos em que as partes internalizam, no valor da cláusula penal, os danos “que não compartilham da simpatia de juízes ou árbitros e, por essa razão, geralmente são denegados quando requeridos pela parte lesada”¹⁰⁵. Nesse sentido, considerando que a cláusula penal seria um instrumento pactuado para “ornar a reparação mais completa possível de acordo com o desejo das partes”, nesses casos existiria motivo para reduzir o valor da pena alegadamente excessiva¹⁰⁶.

Em síntese, para se auferir a finalidade do negócio jurídico, faz-se necessário examinar:

quais os interesses em jogo em cada operação econômica, dignos de proteção, buscando-se preservar a finalidade econômico-individual do contrato, isto é, a sua causa. No exame da juridicidade da multa contratual, não se pode analisar somente a cláusula abstratamente considerada, mas sim o contexto específico de cada relação jurídica¹⁰⁷.

Das considerações acima destacadas, verifica-se, portanto, que o julgador deve se pautar pela natureza - esta entendida pelas características do negócio jurídico firmado - e pela finalidade - esta entendida como os interesses, principalmente econômicos, das partes - do negócio para verificar a existência, ou não, de uma das hipóteses de redução equitativa da cláusula penal.

¹⁰³ *Ibidem*, 2018, p. 121-122.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 122.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 123.

¹⁰⁶ CARVALHO, Thomas Alexandre de. **Crerios para a modificação da cláusula penal à luz do artigo 413 do Código Civil Brasileiro**. 160 f. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação de Direito). Universidade de São Paulo, 2018, p. 123.

¹⁰⁷PINTO MONTEIRO, António. Responsabilidade contratual: cláusula penal e comportamento abusivo do credor. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro — EMERJ, Rio de Janeiro, n. 26, v.7, pp. 165-178, 2004. Apud: SEABRA, André Silva. **Limitação e redução da cláusula penal**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 405.

Caso conclua que há necessidade de redução da pena, seja por existir manifesto excesso ou por ter a obrigação sido cumprida parcialmente, caberá ao julgador, na sequência, reduzir a multa equitativamente. Como já destacado acima, ao se referir expressamente ao termo “equitativamente”, o legislador abandonou o critério, anteriormente adotado, da proporcionalidade para readequar o montante da pena convencional.

De toda forma, a redução equitativa da cláusula penal não é uma “carta branca” para que o julgador modifique a pena de forma discricionária. Ao contrário, a redução equitativa deve se pautar por critérios objetivos previstos no artigo 413 do Código Civil. Justamente por isso deve o julgador proferir decisão de maneira fundamentada, perpassando os critérios da natureza e da finalidade do negócio jurídico entabulado e explicando de forma minuciosa os elementos que formaram a sua convicção. Conforme as palavras de Beatriz Chagas:

O legislador fixou para a redução parâmetros amplos, que reclamam concretização. Exige-se, pois, da doutrina, um esforço de sistematização dos critérios aplicáveis, garantindo um mínimo de previsibilidade aos contratantes. Além da previsibilidade, a fixação de parâmetros para a redução judicial é essencial ao cumprimento do dever constitucional de fundamentar a decisão, que impõe evidenciar os critérios utilizados ao intervir na liberdade contratual das partes¹⁰⁸.

Depreende-se, assim, que apesar da norma legal do artigo 413 do Código Civil, a justificativa e os limites para a concretização da redução da pena estarão sujeitas à decisão judicial ou de um terceiro adjudicador, que deverão apresentar “adequada e racional fundamentação da decisão (art. 93, IX, CF) quanto à finalidade da cláusula penal estipulada”¹⁰⁹, bem como quanto à natureza do negócio jurídico estipulado, que justificam a redução da pena.

Nos contratos empresariais, considerando a existência de maior liberdade contratual, a redução equitativa da cláusula penal deve seguir ainda mais os critérios estabelecidos pelo Código Civil, conforme se verá adiante.

¹⁰⁸ CHAGAS, Beatriz Uchôas. A redução equitativa da cláusula penal: a aplicação do artigo 413 do Código Civil. **Revista de Direito Privado**. vol. 110. ano 22. p. 85-108. São Paulo: Ed. RT, out.-dez./2021. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rl& marg=DTR-2021-47760>>. Acesso em: 11.07.2022.

¹⁰⁹ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 491.

5 REDUÇÃO EQUITATIVA DA CLÁUSULA PENAL NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS PARITÁRIOS

Inicialmente, é importante mencionar que, com a unificação do Direito Privado, levada a efeito pelo Código Civil de 2002, não se questiona que as normas previstas na lei civil regem as relações interempresariais¹¹⁰. Nesta linha, Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior ensinam que a existência de “contratos empresariais” pressupõe uma classificação dos contratos tomando como elemento de aproximação os sujeitos contratantes. Têm-se, assim, que o que justifica disciplina legal e a aplicação pelo juiz das normas de interpretação ao contrato, com um maior ou menor grau intervenção, é justamente a qualificação dos sujeitos que pactuaram a avença:

Contratos empresariais são aqueles cujos contratantes são empresários no exercício de sua atividade profissional. Contratos vocacionados à execução continuada e que reúnem elementos de distinção em relação aos demais contratos em razão de seus sujeitos, de sua história e sua função. Em princípio, seus contratantes, por serem empresários, apresentam condições similares de acesso à informação e análise dos riscos que permeiam toda negociação empresarial¹¹¹.

Assim, no caso dos contratos empresariais, a diferença com relação às demais relações contratuais reside na qualificação dos contratantes como empresários, o que pressupõe uma maior profissionalização no exercício da contratação, menor assimetria informacional e o risco como elemento natural e constante do contrato, de modo que “ao se cotejar contratos empresariais, contratos de consumo e de trabalho, as medidas a serem adotadas para o reequilíbrio, por força externa, do contrato, não serão necessariamente as mesmas, assim como os critérios e a razão da modificação não serão necessariamente coincidentes”¹¹².

Apesar destas características, que, desde logo, indicam uma menor intervenção judicial nos contratos empresariais em razão da qualificação dos contratantes, é importante sublinhar que nem todo contrato dito empresarial é necessariamente paritário. Afinal, a classificação de um contrato como paritário está

¹¹⁰ DUCLERC VERÇOSA, Haroldo Malheiros. **Curso de direito comercial**: fundamentos da teoria geral dos contratos. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. 4, t.1. p. 45.

¹¹¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos**: contratos empresariais e análise econômica. 2ª ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 32-33.

¹¹² *Ibidem*, p. 34.

vinculada à classificação dos contratos que adota como elemento de aproximação “a função econômica do negócio” ou “suas características marcantes e singulares”¹¹³.

Em outras palavras, um contrato paritário não necessariamente é um contrato empresarial, e vice-versa. Os contratos empresariais classificados como paritários são aqueles em que não existe “dependência econômica de uma parte em relação a outra”. Isto é, o conceito de paritário pressupõe “relações equilibradas, em que certa igualdade das empresas é fator determinante na organização e desenvolvimento das fases do negócio, desde o ajuste inicial, passando pela execução, criação intermediária de obrigações, até sua extinção”.¹¹⁴.

Assim, em sendo o contrato empresarial paritário, deve haver menor dirigismo contratual, privilegiando-se a manifestação da vontade das partes e o princípio do *pacta sunt servanda*.

Apesar disto, não há dúvidas que as regras do Código Civil sobre cláusula penal também servem para regular as cláusulas penais inseridas em contratos empresariais paritários. No entanto, considerando que o julgador deve se atentar, na redução do montante da pena, à natureza e à finalidade do negócio, também é evidente que esta redução será mais restrita, privilegiando-se de forma mais contundente o conteúdo contratual.

De forma geral, observa-se que “quanto maior o envolvimento das partes nas negociações, maior deve ser a presunção de que conheçam os termos da cláusula penal pactuada e suas implicações sob a relação contratual, e menor deve ser a amplitude para redução” da multa¹¹⁵. Neste contexto, importa o fato de que as partes estavam bem assessoradas durante as negociações, pois a possibilidade de redução da pena é reduzida, presumindo-se que o excesso teria sido almejado para atender aos interesses dos contratantes¹¹⁶.

Explica Thomas Alexandre de Carvalho que, em contratos paritários, “entende-se que a definição do caráter manifestamente excessivo da cláusula penal seja mais

¹¹³ FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos Empresariais**: teoria geral e aplicação. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 47.

¹¹⁴ FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos Empresariais**: teoria geral e aplicação. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018, p. 67.

¹¹⁵ SEABRA, André Silva. **Limitação e redução da cláusula penal**. São Paulo: Almedina, 2022. p. 396.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 396.

critérioria, rigorosa, de modo que qualquer excesso não seja lido como manifestamente excessivo”¹¹⁷. Da mesma forma, considerando que os contratos empresariais são contratos de lucro, há uma maior “preponderância dos princípios clássicos e menor incidência (mas não exclusão) dos princípios sociais do contrato, de modo que a autonomia privada terá maior ênfase”¹¹⁸.

Inclusive, é importante registrar que ao reverso do que ocorre nos contratos empresariais em que se verifica uma relação de dependência econômica entre os contratantes, nos contratos empresariais paritários o ordenamento jurídico brasileiro dá especial relevância àquilo que foi avençado.

Inclusive, a reforma do Código Civil, levada a efeito pela Lei 13.874/2019 (“Lei da Liberdade Econômica”), especialmente com a modificação do artigo 421¹¹⁹ e a inclusão do artigo 421-A¹²⁰ no Código Civil, ressaltou a necessidade de proteção da vontade dos contratantes nos contratos paritários, sobretudo empresariais, tornando a intervenção judicial hipótese excepcional.

Embora as alterações promovidas no Código Civil pela Lei da Liberdade Econômica não tenham produzido “qualquer alteração nos pressupostos de incidência da redução equitativa da cláusula penal”, de modo que o artigo 413 do Código Civil não será afastado pelo “princípio da intervenção mínima”¹²¹, a alteração do artigo 421 chama atenção para a excepcionalidade da redução equitativa da cláusula penal e para a necessidade de adstrita observância das hipóteses legais.

Da mesma forma, as alterações do Código Civil não afastaram a proibição de que as partes limitem a revisão do valor da cláusula penal, já que se trata de norma

¹¹⁷ CARVALHO, Thomas Alexandre de. **Crerios para a modificação da cláusula penal à luz do artigo 413 do Código Civil Brasileiro**. 160 f. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação de Direito). Universidade de São Paulo, 2018, p. 108.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 110.

¹¹⁹ Código Civil, Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

¹²⁰ Código Civil, 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.

¹²¹ SEABRA, André Silva. **Limitação e redução da cláusula penal**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 372.

cogente¹²². O que, no entanto, pode-se admitir é que a alteração legal evidenciou que as partes, ao negociarem a cláusula penal, podem estipular os critérios que pretendem que o julgador se baseie para eventualmente reduzir equitativamente a cláusula penal. Não se trata de afastar o conceito de natureza e finalidade do negócio, mas auxiliar na identificação de tais características¹²³.

Afinal, como explica Ana Luiza Arguello, a liberdade de estipular os parâmetros para a redução equitativa da cláusula penal “é condizente com o racional próprio dos contratos empresariais, pressupondo-se entabulados por agentes econômicos racionais na melhor alocação dos seus riscos”¹²⁴.

Portanto, a previsão do artigo 413 do Código Civil será aplicável mesmo nos contratos empresariais, concedendo ao juiz um poder-dever de reduzir equitativamente a cláusula penal contratada. Contudo, esta previsão não retira o caráter excepcional da revisão dos contratos empresariais, que deve ser realizado de forma cuidadosa pelo julgador, já que qualquer interferência pode significar a modificação da alocação dos riscos pretendida pelas partes. Deve-se privilegiar, nestes casos, a liberdade contratual e o princípio do *pacta sunt servanda*¹²⁵.

Ademais, tem-se que a redução equitativa deve ser pautada pelos critérios previstos em lei. Afinal, “a interpretação dos contratos empresariais deve ser empreendida por critérios objetivos e que se relacionem com a operação econômica, não devendo ser levada em consideração, para uma redução equitativa da cláusula penal, interesses de cunho subjetivo”¹²⁶. Nesse sentido, conforme bem explica André Seabra:

“Inegável, portanto, que, tratando-se de contrato empresarial, presume-se não só a paridade entre as contraentes, como também sobressai a mitigação do dirigismo contratual. Essas considerações, entretanto, não significam a completa exclusão em abstrato da possibilidade de redução da cláusula penal nos contratos ditos empresariais, como ocorre na Alemanha, por força de expressa disposição legal. A redução da cláusula penal prevista no art. 413 não se justifica, apenas, em razão de uma eventual assimetria das partes no momento da contratação, em regra não verificada nos contratos empresariais. Diante da “natureza” empresarial do ajuste, em conjunto da

¹²² *Ibidem*, p. 380.

¹²³ *Ibidem*, p. 381.

¹²⁴ ARGÜELLO, Ana Luiza Tesser. **A cláusula penal nos contratos empresariais**. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial - Faculdade de Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 108.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 105.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 113.

“finalidade” da penalidade, a análise sobre a verificação do excesso manifesto será mais rigorosa, exigindo-se um descolamento de proporções exorbitantes entre o valor da penalidade e os interesses que a justificaram”¹²⁷.

Diante disso, afigura-se que a redução da cláusula penal, quando se tratar de contratos empresariais paritários, deverá ser mais restrita, considerando a finalidade lucrativa das partes, a alocação de riscos, a simetria informacional, a liberdade negocial e tantos outros fatores envolvidos na relação negocial. Portanto, é justamente no âmbito dos contratos empresariais paritários, em que há um menor espaço para a intervenção judicial, que o presente trabalho analisará como a jurisprudência vem aplicando a redução equitativa da cláusula penal, conforme se demonstrará no capítulo seguinte.

6 REDUÇÃO EQUITATIVA DA CLÁUSULA PENAL EM CONTRATOS EMPRESARIAIS PARITÁRIOS: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A fim de responder o questionamento que embasou a presente monografia, isto é, verificar como ocorre a redução equitativa da cláusula penal na jurisprudência e quais são os critérios utilizados pelos julgadores para essa redução, foi realizada uma pesquisa jurisprudencial, com abordagem indutiva e analítica, qualitativa e quantitativa.

Para otimizar a pesquisa jurisprudencial, o recorte institucional¹²⁸ foi limitado ao TJSP, por consistir no principal polo das relações empresariais do Brasil¹²⁹. Mais especificamente, considerando que o escopo do trabalho está voltado aos contratos empresariais, a pesquisa foi realizada apenas nas Câmaras Especializadas em Direito

¹²⁷ SEABRA, André Silva. **Limitação e redução da cláusula penal**. São Paulo: Almedina, 2022. p. 399.

¹²⁸ “Pelo recorte institucional, define-se qual é a instituição decisória cujos julgados serão analisados”. (FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (coord.). **Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 124).

¹²⁹ De acordo com o informativo do IBGE do ano de 2020, a participação do estado de São Paulo no PIB do Brasil corresponde a 31,2%, correspondendo ao maior PIB do território nacional, por estado. Para se ter comparação, somados os PIBs de Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Paraná eles correspondem a parcela de 31,5% do PIB nacional. (IBGE. Sistema de Contas Regionais: Brasil 2020. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101975_informativo.pdf. Acesso em: 10.06.2022) Inegável, portanto, a influência econômica do Estado de São Paulo para o país.

Empresarial do TJSP¹³⁰. A escolha se justifica na medida em que tais Câmaras foram criadas não apenas para conferir maior celeridade na prestação jurisdicional, mas também consolidar o Direito Empresarial brasileiro, conferindo maior segurança jurídica às normas que regem a matéria¹³¹.

Excluiu-se da pesquisa o Supremo Tribunal Federal, já que seu âmbito de atuação se limita essencialmente a questões constitucionais, e o Superior Tribunal de Justiça, uma vez que, embora tenha a “última palavra” sobre a interpretação de normas infraconstitucionais, este Tribunal vem adotando o posicionamento de que “rever o percentual da cláusula penal que equitativamente foi reduzido nas instâncias ordinárias demanda o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviabilizado”¹³².

Quanto ao recorte temático¹³³, a pesquisa examinou os acórdãos que examinam a possibilidade de redução da cláusula penal estipulada em contratos empresariais paritários, regidos pelo Código Civil. A amostra de julgados foi composta através da pesquisa de jurisprudência no site do Tribunal Justiça de São Paulo, utilizando-se dos seguintes termos na ementa do julgado: “redução” e “cláusula penal”. Não houve limitação quanto ao recorte temporal¹³⁴. Todavia, deve-se destacar que a pesquisa foi realizada em setembro de 2022 e a decisão mais antiga encontrada na pesquisa foi datada do ano de 2012, considerando a data de criação das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial no ano de 2011.

¹³⁰ Compreendidas na pesquisa, portanto, a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; a Câmara Reservada de Direito Empresarial; o Grupo Especial de Câmaras de Direito Empresarial; e Grupo Reservado de Direito Empresarial

¹³¹ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Instalação da Câmara Reservada de Direito Empresarial. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 157, p. 275-278, 2011, pp. 276-277.

¹³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1351671/PR**, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 05/02/2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 06/06/2022. Em sentido semelhante: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **AgInt no AREsp n. 1.334.161/SP**, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, 22/8/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 20/06/2023. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp n. 1.928.664/PR**, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, 8/8/2022.

¹³³ “O recorte temático é também muito comum nas pesquisas de jurisprudência, pois corresponde diretamente à delimitação do tema”. (FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (coord.). **Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 124).

¹³⁴ “Também pode ser indicado o recorte temporal na delimitação da pesquisa de jurisprudência, ou seja, o período no qual as decisões que serão analisadas foram proferidas”. (FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (coord.). **Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 124).

Realizado o levantamento da primeira amostra, foram identificados 111 acórdãos. Desses, em um primeiro momento, foram excluídos os contratos que tratavam de franquia. Isso porque, a pesquisa estava restrita aos contratos paritários, em que ambas as partes possuíam poder de negociação, o que não ocorre nos contratos de franquia, como já visto anteriormente.

Posteriormente, dos julgados selecionados, foram excluídos os julgados que não tinham, de fato, relação com a pesquisa, por envolverem decisões estranhas ao tema da redução equitativa da cláusula penal. Foram selecionados, portanto, 29 acórdãos que compuseram a amostra submetida a análise¹³⁵.

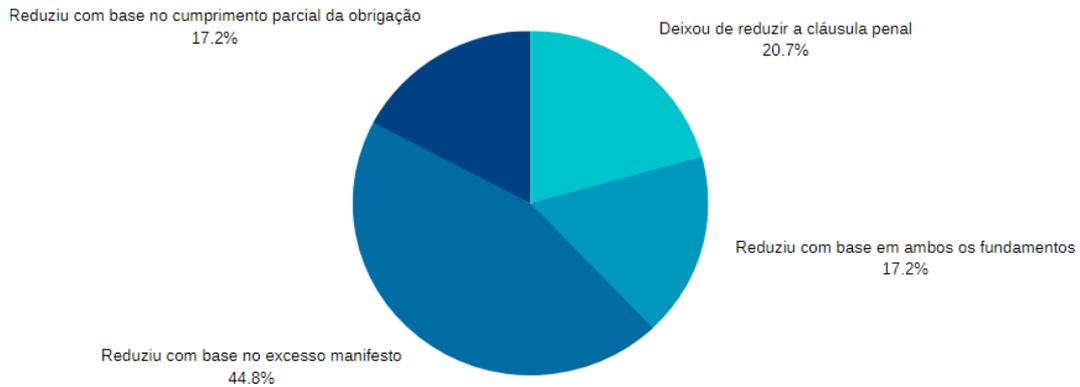
Deve-se destacar que a presente pesquisa, devido ao reduzido espaço amostral, não pretende chegar a uma conclusão generalizada sobre a aplicação do artigo 413 pelos julgadores, mas dar uma panorama sobre como ocorre esta aplicação, especificamente em relação aos contratos empresariais paritários, cujos casos foram analisados pelas Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, contribuindo para a reflexão sobre a redução equitativa da cláusula penal e sobre a margem de discricionariedade que esta redução pode proporcionar.

Passando aos resultados da pesquisa, verificou-se que, dos julgados selecionados, seis deles deixaram de reduzir a cláusula penal, por entender que o valor da pena era razoável e não merecia intervenção. Dos julgados que reduziram o valor da cláusula penal, cinco reduziram a cláusula penal em decorrência do cumprimento parcial da obrigação, enquanto treze reduziram com base no excesso manifesto. Os cinco julgados restantes optaram por reduzir a cláusula penal com base em ambos os fundamentos (excesso manifesto e cumprimento parcial da obrigação).

¹³⁵ São os julgados: Apelação Cível 0007747-09.2012.8.26.0510; Apelação Cível 0009276-12.2009.8.26.0270; Apelação Cível 0009613-52.2010.8.26.0565; Apelação Cível 0014995-64.2013.8.26.0001; Apelação Cível 0016617-94.2012.8.26.0008; Apelação Cível 0018470; Apelação Cível 1000200-56.2018.8.26.0067; Apelação Cível 1002022-29.2019.8.26.0396; Apelação Cível 1008329-90.2014.8.26.0196; Apelação Cível 1009947-86.2014.8.26.0320; Apelação Cível 1037624-50.2016.8.26.0602; Apelação Cível 1052977-43.2018.8.26.0576; Apelação Cível 1070149-73.2015.8.26.0100; Apelação Cível nº 1007946-50.2014.8.26.0152; Apelação Cível 1057643-58.2016.8.26.0576; Apelação Cível 1057763-69.2019.8.26.0100; Apelação Cível 1061452-38.2017.8.26.0506; Apelação Cível 0179289-64.2012.8.26.0100; Agravo de Instrumento 2264706-76.2020.8.26.0000; Apelação Cível 1009179-49.2018.8.26.0344; Apelação Cível 1019736-46.2020.8.26.0564; Apelação Cível 1008682-40.2018.8.26.0019; Apelação Cível 1006330-52.2017.8.26.0114; Apelação Cível 0007211-76.2011.8.26.0269; Apelação Cível 0012586-07.2011.8.26.0286; Apelação Cível 1001848-07.2019.8.26.0659; Agravo de Instrumento 2164276-53.2019.8.26.0000; Apelação Cível 1001083-03.2014.8.26.0565; Apelação Cível 1120794-97.2018.8.26.0100.

Para fins de ilustração, apresenta-se um panorama geral:

Redução Equitativa da Cláusula Penal pelas Câmaras de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo



Em um primeiro momento, importante destacar que a verificação de tais dados, por si só, demonstra que na maioria dos julgados que chegaram ao âmbito das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do TJSP e envolveram o tema da redução da cláusula penal os julgadores optaram por reduzir o valor da pena convencional, indo de contramão à afirmativa de que a redução equitativa da cláusula penal deve ocorrer de maneira excepcional.

Ainda, aútere-se que a maioria dos julgados reduziu equitativamente a cláusula penal com fundamento no excesso manifesto da pena estipulada. Apenas de forma minoritária aplicou-se a redução por cumprimento parcial da obrigação ou, quando aplicado, os julgadores também suscitaram excesso da pena convencional.

Nesse sentido, a fim de apresentar os resultados da pesquisa jurisprudencial realizada, passe-se a analisar de forma detalhada os fundamentos nos quais os julgadores se pautaram para reduzir o valor da pena convencional a partir das duas hipóteses de incidência previstas no artigo 413 do Código Civil, isto é (i) o cumprimento parcial da obrigação; e (ii) o valor manifestamente excessivo, identificando se, na aplicação de tais hipóteses, os julgadores também observaram os requisitos de natureza e finalidade do negócio.

6.1 CUMPRIMENTO PARCIAL DA OBRIGAÇÃO

Dos julgados selecionados, apenas cinco deles fundamentaram a redução equitativa da cláusula penal com base no cumprimento parcial da obrigação, tendo outros cinco julgados fundamentado a possibilidade de redução equitativa em ambas as hipóteses (cumprimento parcial e excessividade decorrente do cumprimento).

Inicialmente, da análise dos julgados que decidiram por reduzir a cláusula penal com fundamento apenas em decorrência do cumprimento parcial da obrigação, verificou-se que os não foi examinado de forma aprofundada questões como (i) se a prestação podia ser cumprida por partes; (ii) se efetivamente foi cumprida em parte; e (iii) se o credor se aproveitou deste cumprimento parcial.

Por outro lado, em quatro dos cinco julgados¹³⁶ os julgadores não fizeram menção à eventual proporcionalidade entre o inadimplemento e o valor da pena. Tal postura se mostra adequada, dado que o comando do artigo 413 do Código Civil se refere à redução equitativa – não devendo ter relação com uma proporcionalidade puramente matemática.

Contudo, observa-se que, ao reduzirem o valor da cláusula penal, nenhum dos julgados realizou uma análise aprofundada da natureza ou da finalidade do negócio jurídico objeto da decisão. Ao contrário, os cinco acórdãos selecionados sequer mencionaram a necessidade de examinar a redução da cláusula penal com base em tais critérios.

Foram feitas citações genéricas ao teor do artigo 413 e, eventualmente, à doutrina, mas sem se aprofundar com relação aos critérios que devem balizar a identificação de eventual necessidade de redução da pena, o que, por vezes, levou a intervenções contratuais indevidas, que acabaram por desconsiderar a alocação de riscos das partes.

¹³⁶ A exceção se deu no caso da Apelação Cível nº 1002022-29.2019.8.26.0396, em que os desembargadores entenderam que “*comporta provimento o pedido de redução proporcional da multa, nos termos do art. 413 do Código Civil, posto que incontroverso o pagamento de R\$ 40.000,00 dos R\$ 55.000,00 que foram pactuados. Desta forma, é o caso de se reduzir a incidência da multa contratual de 5% do total do preço para 5% sobre o valor da dívida (R\$ 15.000,00), totalizando R\$ 750,00*” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 1002022-29.2019.8.26.0396**; Relator (a): Cesar Ciampolini. São Paulo, 17.12.2020. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14.10.2022.).

Mesmo nos cinco casos em que os julgadores reduziram a cláusula penal com base em ambos os fundamentos do artigo 413 do Código Civil a fundamentação não foi completa. Além de deixarem de demonstrar de forma clara qual seria o fundamento da redução, os acórdãos não explicaram se o cumprimento parcial da obrigação seria o fato que deu ensejo à excessividade da cláusula penal e que, portanto, justificaria a sua redução.

Assim, é possível evidenciar que as decisões sobre a redução equitativa da cláusula penal com fundamento no cumprimento parcial da obrigação, além de irem em desencontro ao direito à decisão fundamentada constitucionalmente previsto, acabaram por intervir indevidamente no conteúdo contratual, desconsiderando a alocação de riscos das partes, como manda expressamente o artigo 421-A do Código Civil.

No caso da Apelação Cível nº 1000200-56.2018.8.26.0067¹³⁷, por exemplo, os desembargadores entenderam que deveriam reduzir o valor de uma cláusula de não concorrência – cláusula penal que visava assegurar o cumprimento de uma obrigação específica – , na medida em que o descumprimento da obrigação de não-concorrência ocorreu apenas no fim da relação contratual. Assim, porque não houve descumprimento da referida obrigação durante os quatro anos da execução da avença, a pena comportaria a redução.

Todavia, no caso analisado, se fosse perquirida de forma mais contundente a natureza do negócio – contrato bilateral, oneroso, paritário e de lucro – e a sua finalidade, especialmente a econômica, por se tratar da alienação de uma escola em que se buscava, com a proibição da concorrência, a manutenção da clientela, entendemos que a multa não deveria ser reduzida.

Ainda, considerando que a incidência da regra da primeira parte do artigo 413 do Código Civil depende de que a prestação possa ser cumprida por partes, nos parece que no caso examinado a redução da pena se mostrou indevida, visto que uma obrigação de “não fazer” não pode ser parcialmente cumprida.

¹³⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 1000200-56.2018.8.26.0067**; Relator (a): AZUMA NISHI. São Paulo, 24/07/2019. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14.10.2022.

Aliás, no mesmo caso, para justificar a redução da pena, os desembargadores levaram em conta os eventuais danos sofridos em decorrência da violação da cláusula de não concorrência pela parte credora, que justificariam que o valor da pena não fosse reduzido de forma extensa. O teor da decisão foi redigido nos seguintes termos:

No caso em apreço, não se mostra adequado reduzir o valor da multa de acordo com a proporção do contrato cumprido. [...] Todavia, não se pode perder de vista que a violação da cláusula de não concorrer implica sérios desdobramentos no que concerne à rentabilidade do negócio. Assim, à luz da publicidade acerca da abertura de salas para o primeiro ano do ensino fundamento para o ano de 2018, em contrariedade com a cláusula de barreira, verifica-se a existência de possíveis danos com desvio de clientela, danos esses que as partes, no âmbito da liberdade contratual, já previamente fixaram, devendo, então, a redução da multa ser feita criteriosamente, a fim de deixar indene o lesado”¹³⁸.

No entanto, o fundamento da redução da pena não deveria levar em consideração o dano sofrido, mas outros elementos objetivos do negócio. Aliás, tanto não deve haver relação da pena com o dano sofrido pelo credor que o próprio Código Civil previu no seu artigo 416 uma presunção *juris et de jure* de prejuízo, o que não pode ser desconsiderado pelos julgadores.

Em outro exemplo, no julgamento da Apelação Cível nº 1008682-40.2018.8.26.0019, verifica-se que a cláusula penal foi reduzida pelos desembargadores porque o prazo de arrendamento teria sido “cumprido quase que integralmente, até dois dias antes do término do prazo contratual”. Todavia, nada foi dito quanto à natureza e à finalidade do negócio jurídico firmado, muito menos foi perquirida a que obrigação a cláusula penal efetivamente visava assegurar e se, conseqüentemente, o cumprimento parcial teria aproveitado ao credor.

Portanto, diante da análise dos julgados – embora se reconheça que consiste em um espaço amostral pequeno – foi possível perceber que os julgadores se atêm mais a existência do cumprimento parcial da obrigação em comparação ao valor ou prazo total do contrato, do que efetivamente examinam os critérios estabelecidos pelo artigo 413 do Código Civil que deveriam pautar qualquer decisão a esse respeito.

¹³⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 1000200-56.2018.8.26.0067**; Relator (a): AZUMA NISHI. São Paulo, 24/07/2019. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14.10.2022.

6.2 PENA MANIFESTAMENTE EXCESSIVA

Dos julgados selecionados, treze decidiram pela redução equitativa da cláusula penal com fundamento no valor da pena ser manifestamente excessivo. Percebe-se, assim, que este foi o critério mais utilizado pelas Câmaras Especializadas de Direito Empresarial do TJSP para reduzir o valor da multa contratual nos contratos empresariais, o que deve ocorrer pela extrema abstração e subjetividade desta hipótese legal.

Contudo, também chama atenção em nenhum dos acórdãos analisados os julgadores mencionaram que a excessividade, para ensejar a redução da pena convencional, deve ser evidente e extrema, saltando aos olhos de qualquer homem comum. Ocorre, porém, que, especialmente por se tratar de contratos empresariais, não deveria ser qualquer abusividade suficiente para justificar a redução do valor da pena; até mesmo porque, mesmo quando estipulada em um valor elevado, este valor pode estar relacionado à própria alocação de riscos do contrato.

Em outras palavras, presumindo-se que as partes tiveram igual poder de negociação e estavam igualmente bem assessoradas, deveriam os julgadores se questionarem se eventual valor elevado da multa não teria sido pactuado justamente como forma de alocação de riscos contratuais, o que não ocorreu em nenhum dos acórdãos examinados, no entanto.

Ademais, da análise da amostra, verificou-se que os julgadores, ao reduzirem a cláusula penal por excesso manifesto da pena, apenas citaram de forma genérica a necessidade de observar os critérios da natureza e finalidade do negócio pactuado, sem, no entanto, analisar a questão com maior profundidade.

Embora tenham sido feitas referências a tais critérios, os julgados não especificaram quais eram as características do negócio jurídico firmado – se de lucro ou existencial, se gratuito ou oneroso, por exemplo – nem questionaram sobre qual era finalidade perquirida pelos contratantes no caso concreto, fazendo, essencialmente, citações genéricas ao teor do artigo 413 e, eventualmente, à doutrina.

Outro ponto que merece destaque é que o excesso da pena não dever ser medido em relação ao dano sofrido pelo credor em decorrência do inadimplemento da obrigação ou da mora, mas, sim, deve ser auferido a partir de critérios próprios da

relação jurídica e da própria natureza do negócio. Todavia, ainda há julgados que reduzem o valor da multa, sob o pretexto de que não houve dano ao credor.

No caso da Apelação Cível nº 1001848-07.2019.8.26.0659, por exemplo, a cláusula penal previa que “caso alguma das partes não cumpra o disposto nas cláusulas estabelecidas neste instrumento, responsabilizar-se-á pelo pagamento de multa equivalente a 20% do valor da venda do estabelecimento comercial”. Como houve descumprimento da determinação contratual para que fosse constituída nova pessoa jurídica para operar o estabelecimento empresarial, a multa era devida, mas excessiva para os julgadores. A decisão foi fundamentada da seguinte forma:

Inequivocamente demonstrado o descumprimento contratual da autora, é devida a multa contratual em favor da ré. O montante pactuado se mostra, porém, excessivo, considerando que a constituição da nova pessoa jurídica para operar o estabelecimento empresarial transacionado serviria para separação e gestão de riscos entre as partes, mas não houve, ao que se extrai dos autos, nenhuma consequência danosa concreta do descumprimento dessa obrigação. Nesta senda, com fulcro no art. 413, segunda parte, do CC, reduz-se a multa devida pela autora à ré ao valor de R\$ 5 mil (10% do valor pactuado no contrato)¹³⁹.

Assim, percebe-se a fundamentação genérica do julgado, que deixou de observar os requisitos do Código Civil, pautando-se em premissas genéricas para reduzir a pena. Contudo, dado que a cláusula penal não pretende se equiparar ao dano eventualmente sofrido, não deveriam os julgadores levar em consideração apenas o valor da cláusula penal em confronto com o prejuízo.

A mesma imprecisão ocorreu com relação à Apelação Cível nº 1007946-50.2014.8.26.0152¹⁴⁰. Apesar de reconhecerem a paridade entre os contratantes, os julgadores optaram por reduzir a cláusula penal, sob o fundamento de manifesto excesso, uma vez que a multa se mostrava desproporcional ao prejuízo sofrido pelo credor. Ora, a cláusula penal visa, justamente, evitar qualquer comprovação de dano, não devendo a redução ser pautada por este fator.

¹³⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 1001848-07.2019.8.26.0659**; Relator (a): Grava Brazil. São Paulo, 26.10.2021. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14.10.2022.

¹⁴⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível nº 1007946-50.2014.8.26.0152**. Relator (a): Fortes Barbosa, São Paulo, 07.12.2016. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14.10.2022.

Aliás, importante destacar que também não cabe aos julgadores se atentarem a fatores subjetivos para reduzir equitativamente a cláusula penal. As decisões judiciais não devem considerar elementos externos à obrigação ou ao próprio caráter subjetivo das partes. Todavia, alguns dos acórdãos analisados manifestaram a necessidade de redução da cláusula penal com base em tais requisitos. No caso da Apelação n. 0007211-76.2011.8.26.0269, por exemplo, fundamentou-se que:

Nesse contexto, a multa estipulada em R\$ 36.000,00 se mostra excessiva no caso concreto, motivo pelo qual esta Turma Julgadora, com fulcro no art. 413 do Código Civil, a reduz para R\$ 5.000,00, considerando as seguintes circunstâncias: (a) o atraso não acarretou prejuízo de qualquer natureza à autora; (b) a acessoriedade da obrigação; e (c) o evidente caráter retaliatório desta demanda¹⁴¹.

Percebe-se, da leitura da seguinte passagem do acórdão, que foram utilizados critérios totalmente descolados daqueles estabelecidos pelo Código Civil, que deveriam ser utilizados para pautar as decisões judiciais.

Portanto, resta claro que a jurisprudência das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do TJSP não se atentou aos critérios objetivos estabelecidos pelo Código Civil para reduzir equitativamente a cláusula penal, o que leva a uma grande incerteza jurídica. Afinal, em muitos casos os julgadores sequer explicam em quais balizas ou parâmetros reduzem a pena convencional.

Tudo isso, aliado a imprevisão dos critérios que serão aplicados pelos julgadores para reduzir equitativamente a cláusula penal, demonstra a gravidade de se desconsiderar o comando dos artigos 413 e 421 do Código Civil, intervindo indevidamente na alocação de riscos das partes.

¹⁴¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 0007211-76.2011.8.26.0269**; Relator (a): Ricardo Negrão. São Paulo, 02.03.2013. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14.10.2022. No mesmo sentido, ainda, pode-se citar o entendimento expressado pelos julgadores no caso da Apelação Cível 1052977-43.2018.8.26.0576, em que consignou que “[...] diversos são os critérios que devem nortear o julgador para apuração do montante adequado, devendo levar em consideração o interesse do credor na prestação, o grau de culpa do devedor, a situação econômica das partes, dentre outros”, desconsiderando os critérios objetivos estabelecidos em lei. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 1052977-43.2018.8.26.0576**. Relator(a): Azuma Nishi, São Paulo, 02.09.2020. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14.10.2022.)

7 O PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL E O ARTIGO 413: ACERTO DA COMISSÃO?

Ao fim de 2023, o presidente do Senado Federal resolveu instituir uma Comissão de Juristas com para apresentar, no prazo de 180 dias, um anteprojeto de Lei para revisão e atualização do Código Civil de 2002. Assim, uma vez finalizados os trabalhos, no dia 17 de abril de 2024, o anteprojeto do Código Civil foi entregue ao Senado para ser protocolado como projeto de lei e, portanto, debatido e votado pelos senadores¹⁴². Diversas foram as sugestões de alterações propostas pela Comissão de Juristas, seja na parte geral, seja na parte especial do Código Civil¹⁴³.

No que interessa ao presente trabalho, houve proposta de mudança, justamente, ao texto do artigo 413 do Código Civil. O projeto propôs a inclusão de um parágrafo único ao texto do artigo 413 para prever que, nos casos de contratos paritários e simétricos, o juiz não poderá reduzir o valor da cláusula penal sob o fundamento de ser manifestamente excessiva. Ainda, estabeleceu que as partes poderão pactuar critérios para a redução da cláusula penal:

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.

Parágrafo único. Em contratos paritários e simétricos, o juiz não poderá reduzir o valor da cláusula penal sob o fundamento de ser manifestamente excessiva, mas as partes, contudo, podem estabelecer critérios para a redução da cláusula penal.

Analisando-se a alteração proposta em confronto com o quanto já debatido no presente trabalho, é possível concluir que a proposta de permitir às partes que estabeleçam critérios a serem observados na redução da cláusula penal não configura uma mudança tão expressiva. Afinal, já havia um trabalho doutrinário no sentido de reconhecer que as partes poderiam estabelecer critérios objetivos para pautar o julgador na redução da multa, embora não pudessem afastar o conteúdo do artigo 413 do Código Civil, já que este seria considerado norma de ordem pública.

¹⁴² Conforme é possível verificar das informações sobre a Comissão de Justistas responsável pela revisão e atualização do Código Civil disponibilizada pelo Senado Federal Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2630>. Acesso em: 28/04/2024.

¹⁴³ O Relatório Final dos Trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 28/04/2024.

Mudança significativa se encontra, porém, na proposta que veda ao juiz reduzir o valor da cláusula penal quando diante de contratos paritários e simétricos. Afinal, o que imperava desde a promulgação do Código Civil de 2002 era, justamente, a obrigatoriedade da norma, que não poderia sequer ser afastada pelo acordo de vontade das partes. Portanto, modifica-se substancialmente a disciplina da redução da cláusula penal, voltando-se a aplicar a lógica do Código Civil de 1916, pelo menos aos contratos simétricos e paritários, que permitia a redução da multa apenas nos casos em que houvesse cumprimento parcial da obrigação.

Ao nosso ver, a proposta, embora configure mudança substancial ao artigo 413 do Código Civil, parece positiva. Em um primeiro ponto, porque busca reduzir a intervenção judicial nos contratos simétricos e paritários, privilegiando o princípio do *pacta sunt servanda* e a própria alocação de riscos entre as partes – o que já vinha sendo prioridade do legislativo desde a aprovação da Lei da Liberdade Econômica¹⁴⁴

Em um segundo ponto porque, ainda que o artigo 413 do Código Civil previsse que a redução equitativa com base no valor manifestamente excessivo deveria ser pautada por critério objetivos, estes critérios, na prática, poderiam não ser respeitados, dando margem a intervenções indevidas no conteúdo negocial por um terceiro adjudicador.

Foi o que se constatou na pesquisa realizada. Afinal, embora o legislador tenha apresentado critérios objetivos para pautar a redução da cláusula penal, tais critérios não foram observados pelas Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, de forma aprofundada e cuidadosa. Ao contrário, a redução equitativa da cláusula penal acabou ocorrendo de forma subjetiva e sem grande cuidado, o que levou por modificar de forma indevida o acordo das partes, desrespeitando a alocação de risco entre os contratantes.

¹⁴⁴ Esta foi inclusive a justificativa apresentada no Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil: “A limitação aos contratos paritários e simétricos da regra projetada garante proteção aos que dela precisam e autonomia àqueles que podem arcar com as consequências de um contrato que segue o princípio da intervenção mínima. Assim, o sistema projetado dialoga com a Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019)”. BRASIL, Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil, **Relatório Final**. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 28/04/2024.

Há um ponto, porém, que não pode ser ignorado. Conforme explicado pelos professores Gustavo Tepedino e Carlos Nelson Konder¹⁴⁵, a partir do artigo 413, o legislador optou por limitar a intervenção do intérprete no conteúdo da cláusula penal, vinculando esta intervenção à critérios objetivos. Nesta linha, impedir que o julgador reduza o montante da multa, em contratos paritários e simétricos, nos casos de manifesto excesso pode levar à ausência de um mecanismo para evitar o abuso de direito de uma das partes quando da fixação de uma cláusula penal. Assim, ainda que a legislação preveja outros mecanismos para impedir a eficácia de uma cláusula penal abusiva, espera-se que a reforma não acabe permitindo o oposto do que se pretende: uma intervenção judicial demasiadamente subjetiva no conteúdo negocial.

De toda forma, resta aguardar o andamento do trâmite do projeto de lei para verificar se esta alteração será aprovada.

8 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou, em um primeiro momento, examinar o conceito da cláusula penal. Após um exame aprofundado dos conceitos doutrinários, constatou-se que a cláusula penal pode ser conceituada como a estipulação em que as partes, ou apenas uma delas, se obrigam antecipadamente a efetuar certa prestação, em dinheiro ou outro bem que possa ser estimado em pecúnia, para o caso de inadimplemento de determinada obrigação.

No que tange à natureza jurídica da cláusula penal, o trabalho concluiu que a tese que melhor se adequa às disposições do Código Civil é a tese indenizatória. Desta forma, a cláusula penal consiste em uma “avaliação à forfait das perdas e danos”, em que o devedor está dispensado de comprovar prejuízo.

Estabelecidas tais premissas, o trabalho examinou o sistema de duplo controle da cláusula penal, que prevê, em um primeiro momento, um limite ao valor da multa, que não pode ultrapassar o valor da obrigação principal (artigo 412), e, em um segundo momento, a possibilidade de redução equitativa da pena, nos casos de

¹⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos sobre a cláusula penal a partir da superação da tese da dupla função. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 31, n. 4, p. 353-366, out./dez. 2022.

cumprimento parcial da obrigação ou excesso manifesto, com base na natureza e finalidade do negócio (artigo 413).

No que tange à redução equitativa da pena, verificou-se que a sua primeira hipótese de incidência (cumprimento parcial da obrigação) pressupõe que a obrigação possa ser parcialmente cumprida, que assim o seja e que o cumprimento parcial da obrigação tenha aproveitado ao credor. Já a segunda hipótese de incidência pressupõe a existência de um excesso que salte aos olhos do julgador, segundo padrões de experiência comum. No entanto, para reduzir a cláusula penal, há sempre necessidade de se atentar à natureza e a finalidade jurídica do negócio.

Como natureza do negócio, deve-se entender o conjunto de características essenciais à operação negocial, cabendo ao julgador se atentar à espécie do negócio jurídico e ao tipo de contrato celebrado entre as partes. Como finalidade, deve-se entender os interesses em jogo em cada operação econômica, especialmente a finalidade econômico-individual do contrato. Assim, cabe ao legislador verificar também a alocação de riscos que deram causa ao negócio jurídico para concluir pela possibilidade, ou não, da redução da multa.

Caso entenda cabível a redução da cláusula penal, esta redução deve ser equitativa. Isto é dizer, a redução não deve ser proporcional. Deve, ao contrário, buscar o justo equilíbrio de direitos e deveres, atentando-se também a critérios objetivos, como a própria finalidade econômica do contrato.

No que tange à redução equitativa da cláusula penal nos contratos empresariais paritários, verificou-se que ela deve ocorrer de forma mais restrita, já que a própria natureza e finalidade dos contratos empresariais pressupõe maior profissionalização no exercício da contratação, menor assimetria informacional, e o risco como elemento inerente do negócio.

Passando à análise da jurisprudência, foi possível constatar que a hipótese mais adotada pelas Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do TJSP para reduzir a cláusula penal foi a hipótese de excesso manifesto da pena, por se tratar de norma mais abrangente. Todavia, independente da hipótese que levou à redução da cláusula penal, foi possível perceber que os julgadores não examinaram de forma detalhada a natureza e a finalidade do negócio entabulado, como manda o artigo 413 do Código Civil. Ao contrário, as decisões possuíam fundamentações genéricas, que muitas

vezes apenas reproduziram o teor do artigo 413 e, eventualmente, citaram a doutrina civilista, sem especificar qual era a natureza do negócio jurídico e sem questionar qual era finalidade perquirida pelos contratantes com a celebração do negócio.

Dessa forma, foi possível concluir que a jurisprudência das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial. do TJSP não se atenta da forma esperada aos critérios estabelecidos pelo Código Civil para reduzir equitativamente a cláusula penal, isto é, a natureza e a finalidade do negócio. Consequentemente, tendo em vista o teor genérico da maioria dos acórdãos, não é possível aferir de forma objetiva quais as balizas que efetivamente pautam os julgadores na redução equitativa da pena.

Chama-se atenção, assim, para a incerteza jurídica que ainda permeia a redução equitativa da cláusula penal e que pode prejudicar a alocação de riscos dos contratos empresariais, já que os contratantes ficam à mercê de uma incerta decisão judicial futuramente.

Nesse ponto, o Projeto de Reforma do Código Civil apresentado em 2024 ao senado, em que se propôs a alteração do artigo 413, a fim de impedir a redução da cláusula penal em contratos paritários e simétricos com base no critério de manifesto excesso da pena, pode ser positiva para evitar maior dirigismo contratual.

De toda forma, enquanto ainda não aprovado o Projeto de Reforma do Código Civil, conclui-se pela necessidade de que os julgadores fundamentem de forma mais categórica as suas decisões, sempre subordinados aos critérios da natureza e finalidade do negócio, aos quais estão obrigatoriamente vinculados por força da lei civil. Isto possibilitará maior segurança jurídica, evitará um dirigismo contratual exacerbado, impedindo que o instituto da cláusula penal não seja desvirtuado.

REFERÊNCIAS

ARGÜELLO, Ana Luiza Tesser. **A cláusula penal nos contratos empresariais.** Dissertação (Mestrado em Direito Comercial - Faculdade de Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial.** 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL, Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil, **Relatório Final**. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 abr.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1351671/PR**, Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 05.02.2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 30 abr.2024.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Instalação da Câmara Reservada de Direito Empresarial. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, Belo Horizonte, n. 157, p. 275-278, 2011.

CARVALHO, Railton Costa. **Cláusula Penal: natureza e função no ordenamento jurídico brasileiro**. 120 f. Dissertação (Mestrado - Curso de Pós-Graduação em Direito) - Universidade Federal do Paraná, 2018.

CARVALHO, Thomas Alexandre de. **Critérios para a modificação da cláusula penal à luz do artigo 413 do Código Civil Brasileiro**. 160 f. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação de Direito) - Universidade de São Paulo, 2018.

CASSETTARI, Christiano. **Multa Contratual: teoria e prática da cláusula penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CHAGAS, Beatriz Uchôas. A redução equitativa da cláusula penal: a aplicação do artigo 413 do Código Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 110, ano 22, p. 85-108, out.-dez. 2021.

DUCLERC VERÇOSA, Haroldo Malheiros. **Curso de direito comercial: fundamentos da teoria geral dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. 4, t.1.

FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (coord.). **Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Atualizador: Edvaldo Brito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GOMÉZ, Juan Jose Blanco. **La cláusula penal en las obligaciones civiles**. Madrid: Dykinson, 1996.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil - Obrigações**. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2022.

NETO, Floriano Peixoto Marques RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (org.). **Comentários a Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. A dupla face no princípio de equidade na redução da cláusula penal. *In: DIREITO Civil e Processo. – Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith; Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**. Volume V. Tomo II (art. 389 a 420). 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Direito das obrigações: inadimplemento**. Tomo XXVI. Atualizado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Nelson Nery Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NANNI, Giovanni Ettore. **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PINTO MONTEIRO, Antônio. **Cláusula penal e indenização**. Coimbra: Almedina, 1999.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio; Luiz. LEONARDO, Rodrigo Xavier. O novo "despertar" da cláusula penal no Direito Civil brasileiro: A crise da função indenizatória e a necessidade de reforma legislativa. *In: TARTUCE, Flávio; SALOMÃO, Luis Felipe. Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2021. Volume II. p. 289-305.

RODOVALHO, Thiago. Cláusula penal: natureza jurídica, função e poder/dever de redução equitativa. **Revista Jurídica Luso – Brasileira**, Lisboa, ano 7, n. 6, p. 2246-2273, 2021.

ROSENVALD, Nelson. **Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 0007747-09.2012.8.26.0510**; Relator (a): Jane Franco Martins. São Paulo, 01.06.2022. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 0009276-12.2009.8.26.0270**; Relator (a): Francisco Loureiro. São Paulo, 05.06.2012. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 0009613-52.2010.8.26.0565**; Relator (a): Pereira Calças. São Paulo, 23.04.2013. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 0014995-64.2013.8.26.0001**; Relator (a): Claudio Godoy. São Paulo, 19.03.2018. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 0016617-94.2012.8.26.0008**; Relator (a): Hamid Bdine. São Paulo, 20.06.2018. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 0018470-07.2011.8.26.0451**; Relator (a): Roberto Mac Cracken; São Paulo. São Paulo, 29.05.2012. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 1000200-56.2018.8.26.0067**; Relator (a): AZUMA NISHI. São Paulo, 24/07/2019. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 1002022-29.2019.8.26.0396**; Relator (a): Cesar Ciampolini. São Paulo, 17.12.2020. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 1008329-90.2014.8.26.0196**; Relator (a): Hamid Bdine. São Paulo, 08.11.2017. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 1009947-86.2014.8.26.0320**; Relator (a):

Alexandre Lazzarini. São Paulo, 10/04/2019. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 1037624- 50.2016.8.26.0602**. Relator (a): Carlos Dias Motta, São Paulo, 21.11.2018. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 1052977-43.2018.8.26.0576**. Relator(a): Azuma Nishi, São Paulo, 02.09.2020. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 1070149-73.2015.8.26.0100**. Relator(a): Azuma Nishi, São Paulo, 27.11.2019. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível nº 1007946-50.2014.8.26.0152**. Relator (a): Fortes Barbosa, São Paulo, 07.12.2016. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 1057643-58.2016.8.26.0576**; Relator (a): AZUMA NISHI. São Paulo, 11.01.2019. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 1057763-69.2019.8.26.0100**; Relator (a): AZUMA NISHI. São Paulo, 01.07.2021. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 1061452-38.2017.8.26.0506**; Relator (a): Gilson Delgado Miranda. São Paulo, 29.01.2020. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 0179289-64.2012.8.26.0100**; Relator (a): Fortes Barbosa. São Paulo, 20.05.2015. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Agravo de Instrumento 2264706-76.2020.8.26.0000**; Relator (a): AZUMA NISHI; São Paulo, 09.06.2021. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 1009179-49.2018.8.26.0344**; Relator (a):

AZUMA NISHI. São Paulo, 11.02.2021. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 1019736-46.2020.8.26.0564**; Relator (a): Maurício Pessoa. São Paulo, 15.06.2021. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 1008682-40.2018.8.26.0019**; Relator (a): Sérgio Shimura. São Paulo, 02.08.2021. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 1006330-52.2017.8.26.0114**; Relator (a): Claudio Godoy. São Paulo, 29.03.2019. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14.10.2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 0007211-76.2011.8.26.0269**; Relator (a): Ricardo Negrão. São Paulo, 02.03.2013. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 0012586-07.2011.8.26.0286**; Relator (a): Fabio Tabosa. São Paulo, 05.07.2019. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 1001848-07.2019.8.26.0659**; Relator (a): Grava Brazil. São Paulo, 26.10.2021. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Agravo de Instrumento 2164276-53.2019.8.26.0000**; Relator (a): Ricardo Negrão. São Paulo, 10.03.2020 Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14.10.2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 1001083-03.2014.8.26.0565**; Relator (a): Fabio Tabosa. São Paulo, 21.10.2019. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação Cível 1120794-97.2018.8.26.0100**; Relator (a): Sérgio Shimura. São Paulo, 04.03.2020. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2024.

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

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Pesquisas em processos judiciais. *In*: MACHADO, Máira Rocha (org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

SIMÃO, José Fernando. Cláusula penal e redução de ofício pelo juiz - Parte 1, **Jornal Carta Forense**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/clausula-penale-reducao-de-oficio-pelo-juiz---parte-1/13786>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SIMÃO, José Fernando. Cláusula penal e redução de ofício pelo juiz - Parte 2. **Jornal Carta Forense**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/clausula-penale-reducao-de-oficio-pelo-juiz---parte-2/13786>. Acesso em: 14 jul. 2024.

SIMÃO, José Fernando. Capítulo V. Da Cláusula Penal. *In*: SCHREIBER, Anderson et. al. (coord.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 5 ed. rev., atual., e ampl., p. 288- 298. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

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

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos sobre a cláusula penal a partir da superação da tese da dupla função. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 31, n. 4, p. 353-366, out./dez. 2022.