



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO**

**NAYARA MENDONÇA MEDEIROS**

## **A REDUÇÃO EQUITATIVA DA CLÁUSULA PENAL**

JUIZ DE FORA  
2011



UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO

## **A REDUÇÃO EQUITATIVA DA CLÁUSULA PENAL**

**NAYARA MENDONÇA MEDEIROS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora:

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Raquel Bellini de Oliveira Salles

NAYARA MENDONÇA MEDEIROS

**A REDUÇÃO EQUITATIVA DA CLÁUSLA PENAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Data: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Aprovada por:

---

**Professora Raquel Bellini de Oliveira Salles (orientadora)**

---

**Professor Israel Carone Rachid (membro)**

---

**Professora Kelly Cristine Baiao Sampaio Bigogno (membro)**

## RESUMO

O presente trabalho tem por fim proceder a um estudo detalhado sobre a cláusula penal, demonstrando a impossibilidade de se atribuir a ela uma função mista, uma vez que indenização e sanção possuem análises diferenciadas. Tal abordagem se faz necessária, uma vez que o artigo 413 do Código Civil estipulou como um dever do magistrado a redução da pena “manifestamente excessiva”, e não mais uma mera liberalidade, como era no Código Civil de 1916. Contudo, o parâmetro de excessividade do valor da pena deve variar conforme a função atribuída à cláusula penal, uma vez que o “manifesto excesso” apresentado na função indenizatória pode não sê-lo na função sancionatória-punitiva. Neste sentido, serão expostos critérios para uma redução equânime, baseando-se nos princípios da equidade e da proibição do enriquecimento sem causa, sendo esses os pressupostos para uma correta compreensão e aplicação da norma.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cláusula penal. Equidade. Proibição de enriquecimento sem causa. Redução Judicial.

## SUMMARY

This paper aims to undertake a detailed study on the penalty clause, demonstrating the impossibility of assigning to it a mixed function, as compensation and punishment are considered individually. Such an approach is necessary, since Article 413 of the Civil Code stipulated as a duty of the magistrate to reduce the sentence "manifestly excessive", and not a mere liberality, as it was in the Civil Code of 1916. However, the parameter value of the excessiveness of the punishment should vary with the role assigned to the penalty, since the "manifest excess" function shown in damages may not be so in the function-punitive sanction. In this sense, criteria will be exposed to an equal reduction, based on the principles of equality and the prohibition of unjust enrichment, which are the prerequisites for a correct understanding and application of the rule.

**KEYWORDS:** Criminal Section. Fairness. Prohibition of unjust enrichment. Judicial Reduction.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	6
CAPÍTULO 1: A EQUIDADE E A PROIBIÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.....8	
1.1 – Considerações sobre a equidade e a sua função no novo Código Civil.....	8
1.2 – A equidade como razoabilidade .....	10
1.3 – A proibição do enriquecimento sem causa.....	12
CAPÍTULO 2: A ESTRUTURA E FUNÇÃO DA CLÁUSULA PENAL ..... 14	
2.1 – A cláusula penal com função indenizatória e com função punitiva.....	14
2.2 – Crítica à natureza mista da cláusula penal.....	16
2.3 – A relativização do princípio da abstração pela equidade .....	19
CAPÍTULO 3: CRITÉRIOS PARA A REDUÇÃO EQUITATIVA DA CLÁUSULA PENAL .....24	
3.1 – A redução equitativa tendo em vista a função que a cláusula exerce .....	24
3.2 – A natureza e a finalidade do negócio segundo o artigo 413, segunda parte, do Código Civil: o paradigma da essencialidade como parâmetro qualificador da gravidade do inadimplemento .....	26
3.3 – A incidência da cláusula penal em contratos paritários e não paritários .....	28
2.4 – O merecimento de tutela da cláusula penal convencionada segundo a conformidade do credor com a boa-fé objetiva .....	30
CONCLUSÃO.....	32
REFERÊNCIAS.....	34

## INTRODUÇÃO

A cláusula penal tem sido cada vez mais utilizada dentro do nosso ordenamento jurídico como mecanismo de inibição do inadimplemento obrigacional, uma vez que as melhorias econômicas acarretam uma maior gama de negócios jurídicos.

Tendo em vista sua inserção no mundo contratual, a cláusula penal tem exercido, para a maioria dos doutrinadores brasileiros, uma função mista: é uma sanção pelo descumprimento e, concomitantemente, uma indenização prévia pela impontualidade da obrigação.

Contudo, começou a ser verificada a necessidade de controle sobre a autonomia privada, uma vez que se tornou visível o abuso de direito em vários tipos de contratação, fazendo-se necessária a intervenção do judiciário no momento de aplicação da cláusula penal.

Neste sentido, começou a ser cada vez mais intensa a utilização do artigo 924 do antigo Código Civil, que facultava ao magistrado a redução da cláusula penal, quando a obrigação fosse cumprida parcialmente, como também da Lei 8.078/90, que proporcionou uma maior proteção à relação consumerista.

Todavia, a mudança mais significativa ocorreu com o advento do Código Civil de 2002, no seu artigo 413, que estipulou como dever, e não mais como mera faculdade do magistrado, a redução da cláusula penal manifestamente excessiva.

Assim, partindo desse novo paradigma, a função mista atribuída à cláusula penal deixou de ser mera definição teórica e passou a ter uma repercussão prática, uma vez que, partindo-se da tradicional dúplice função do instituto, como indenização e punição, a aplicação da cláusula pode ensejar dificuldades práticas, haja vista que a respectiva redução equitativa e, conseqüentemente, a identificação do manifesto excesso, deverá necessariamente passar pela análise da função atribuída à cláusula, não se revelando, contudo, compreensíveis no mesmo instituto, ao mesmo tempo, funções tão diversas.

Nesse diapasão, o objetivo principal do presente trabalho é romper com a função dúplice ou mista tradicionalmente atribuída pela doutrina e jurisprudência à cláusula penal, uma vez que a excessividade presenciada na função indenizatória pode não se manifestar na cláusula penal com função punitiva. Ao final, buscar-se-á fornecer parâmetros para correta aplicação da segunda parte do artigo 413 do Código Civil, a fim de se chegar a uma redução realmente equitativa.

Através de um método de estudo dedutivo, partindo da análise de premissas gerais concernentes aos princípios da boa-fé objetiva, da proibição do enriquecimento sem causa e da equidade, pretende-se compreender a possibilidade de aplicação do dispositivo em comento.

Por fim, e como já mencionado, para uma aplicação adequada do artigo 413 do Código Civil, é importante uma reformulação sobre a função mista tradicionalmente atribuída à cláusula penal, a fim que o dispositivo em análise não fira ilegitimamente a autonomia privada e nem permita o abuso do direito cabível ao credor.

Nesse contexto, propõe-se construir uma análise sobre a função desempenhada pela cláusula penal e, ao final, fornecer parâmetros para uma adequada aplicação do artigo supracitado, a fim de que seja reduzido somente o que legislador determinou, ou seja, “o manifesto excesso”, de conformidade com a equidade.



## **1. A EQUIDADE E A PROIBIÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA**

### **1.1 – A equidade e a sua função no novo Código Civil**

Com o advento do novo código civil a equidade passou a ser utilizada de forma bem mais intensa, seja na interpretação e aplicação do direito, como também na própria formulação da norma. Assim, antes de perquirimos de forma mais específica como operacionalizar a redução da cláusula penal manifestamente excessiva, é necessário um detalhamento sobre os princípios da equidade e da proibição do enriquecimento sem causa.

A equidade não possui um conceito único e estático, ao contrário, possui vários desdobramentos ao longo dos anos e, como bem salienta FRANCISCO AMARAL (2003, p. 18), “conhecer a história de um preceito jurídico é útil à sua aplicação”.

Como ponto inicial, temos o conceito de “epieikeia”, que tem como objetivo a interpretação da lei objetiva, permitindo ao aplicador um afastamento do texto legal, desde que esteja em conformidade com o pensamento do legislador, operando de forma corretiva, apenas nos casos em que a lei se mostrar incapaz de atender as peculiaridades do caso concreto.

Em Aristóteles temos os primeiros contornos sobre o tema, definindo a equidade como um instrumento a ser utilizado pelo julgador quando da resolução do caso concreto, trabalhando o conceito de “epieikeia” como forma de adaptar a previsão abstrata da norma à particularidade do caso.

Neste sentido, analisando os desdobramentos do filósofo sobre o princípio da equidade, é notório que sua principal contribuição foi a forma pela qual qualificou a “epieikeia”, situando-a fora do direito positivo, de modo a atuar para conformá-lo à realidade, sendo basicamente uma correção da lei quando ela é deficiente em razão da sua universalidade.

A equidade representaria, assim, um princípio maior a ser considerado pelo julgador quando da aplicação do direito, atuando além da simples conformação da previsão geral aos casos concretos.

Ainda nos ensinamentos do pensador grego, presenciamos a confrontação das noções de justiça e equidade, ao afirmar que elas necessariamente não se correspondem, uma vez que o equitativo está além do legal.

Contudo, o sentido de equidade que mais utilizamos teve o seu desenvolvimento no direito romano, atrelado ao conceito de “aequitas”, que se fundamenta na noção de igualdade e proporção, apontando a necessidade de integração e adaptação da norma aos casos particulares, atuando de maneira a limitar o direito, como uma espécie de filtro na aplicação da norma, e também como ponto de partida para a atividade do legislador.

Neste sentido, a “aequitas”, não criava uma norma, apenas adaptava o direito aos fatos concretos, não sendo superior ao direito, sendo parte integrante dele. Assim, é possível visualizar a distinção entre a “epieikeia” grega e a “aequitas” romana, enquanto a primeira criava a norma como princípio ético que se identificava com a justiça, a segunda não criava a norma, apenas adaptava o direito aos fatos concretos.

Entretanto, com todos os apontamentos e distinções, as mesmas exercem um papel prático muito similar, uma vez que buscam contornar a rigidez da norma geral e abstrata, proporcionando sua melhor aplicação ao caso concreto.

Com todas as abordagens sobre a equidade no direito romano, não podemos deixar de mencionar que seu desdobramento abrangeu valores refletidos na “benignitas”, “humanistas”, “pietas” e “caritas”, que demonstravam íntima ligação com o cristianismo. Contudo, tal apontamento serve somente como citação histórica, não tendo aplicabilidade jurídica, uma vez que são conceitos eivados de elasticidade, dando-lhe uma imprecisão conceitual e terminológica, o que inviabiliza sua aplicação no Direito.

Acontece que uma abordagem histórica sobre a equidade não pode se limitar a sua concepção grega e romana, é necessária uma análise quanto a sua conceituação e aplicação na Idade Média e Idade Moderna.

Na Idade Média, as idéias de Aristóteles são retomadas por São Tomás de Aquino, relacionando o conceito de equidade à razão de justiça. Mas, devido à grande influência do cristianismo nesse período, as noções de equidade são atreladas à utilidade comum. Conforme São Tomás de Aquino, a equidade é parte da justiça que permite a conformação da previsão em abstrato à situação concreta, algo que decorria do próprio direito natural, o que a diferencia do conceito de Aristóteles.

Já na Idade Moderna, com o advento da revolução industrial, presenciou o primado do positivismo e da segurança jurídica, o que acabou afastando a aplicação

da equidade em detrimento das normas de direito positivo, assim, presenciou uma fase de intensa racionalização do direito, tendo a equidade lugar, somente quando houvesse necessidade de integração, sendo operacionalizada no sentido da proporcionalidade.

Atualmente, a equidade continua sendo aplicada no ordenamento brasileiro de várias formas, principalmente com o advento do Novo Código Civil, que incluiu no corpo do seu sistema princípios, conceitos indeterminados, cláusulas gerais, fazendo com que o novo Código seja caracterizado como um sistema relativamente aberto, dando ao intérprete maior possibilidade de criação do Direito nos casos concretos que se apresentam.

É neste contexto que FRANCISCO AMARAL (2003, p. 21) qualifica as funções que a equidade vem exercendo no ordenamento brasileiro:

As funções que a equidade pode desempenhar em nosso direito, pode-se reconhecer que ela tem uma função básica e geral de natureza interpretativa, no sentido de adequar a regra ao caso concreto, recorrendo aos critérios da igualdade e da proporcionalidade, de modo a realizar não a justiça do caso concreto, mas o direito do caso concreto, tem ainda uma função corretiva, no sentido de temperar o direito positivo, principalmente, em matéria contratual, e uma função quantificadora, quando se constitui em uma medida, uma quantificação dos efeitos da aplicação da norma, como ocorre, por exemplo, no caso de se fixarem os valores de uma indenização. Sendo a lei omissa, e devendo o juiz fixar um valor retributivo, o recurso é o princípio da equidade quando então lhe será reconhecida uma função supletiva.

Assim, conforme as funções expostas, no momento de aplicação do artigo 413 do Código Civil de 2002, a equidade exercerá uma função quantificadora, fixando o valor equânime da pena, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, sempre que a pena se mostrar manifestamente excessiva.

## **1.2. Da equidade como razoabilidade**

Os conceitos de equidade ao longo da história foram abordados de forma sucinta no item anterior, expondo os conceitos de “epieikeia” e “aequitas”, e seus

desdobramentos, trazendo desde o pensamento de Aristóteles até os dias atuais a maneira pela qual o princípio tem sido concebido e aplicado.

Contudo, a equidade vem sendo visualizada por alguns doutrinadores do Direito como a aplicação do razoável ao concreto, sentido esse que merece uma melhor atenção, tendo em vista a sua aplicabilidade no momento de operacionalizar o artigo 413 do Código Civil.

A equidade como razoabilidade é aplicada através da sua vinculação ao senso comum, sendo o razoável e o senso comum os substratos para sua aplicação. Contudo, a razoabilidade só poderá ser utilizada quando estiver bem clara a noção de senso comum, que está ligada ao que é aceitável numa comunidade, num dado momento, devendo a norma geral se vincular às circunstâncias que rodeiam o caso concreto, pois assim é possível chegar a uma decisão equânime.

Acontece que o razoável é uma noção vaga, com seu conteúdo condicionado pela história, pelas tradições, pela cultura de uma sociedade, o que pode ocasionar uma pluralidade de situações e resoluções possíveis, que devem ser evitadas através da sua vinculação ao direito vigente, como também, aos princípios norteadores do sistema, a fim de se evitar a arbitrariedade.

Analisando o novo Código Civil é possível averiguar a aplicação da equidade como razoabilidade em várias de suas cláusulas, como ocorre no seu artigo 413, ao estipular a redução equitativa da cláusula penal. Contudo, no momento de se reduzir a pena manifestamente excessiva deverá ser afastada a insegurança das decisões judiciais, e, para tanto, o magistrado deverá observar o direito vigente, juntamente com os princípios que o norteiam, entre eles, a boa-fé objetiva, uma vez que o art. 422 do Código Civil ressalta que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, o princípio da probidade e boa fé”.

Neste sentido, a equidade mencionada no art. 413 do Código Civil está atrelada à aplicação do razoável, da boa-fé, conforme preleciona NELSON ROSENVALD (2007, p. 239), “a aproximação das noções de razoabilidade com equidade e boa-fé nas relações obrigacionais remete à máxima de que nenhum direito pode ser exercido de forma desarrazoada”.

Feitas algumas considerações gerais sobre a equidade, impõe-se uma análise sobre a proibição do enriquecimento sem causa. , uma vez que ambos os princípios serão utilizados para embasar o presente trabalho.

### 1.3. A proibição do enriquecimento sem causa

O enriquecimento sem causa é um instituto que vem cada vez mais sendo utilizado tanto pelo ordenamento brasileiro, como também pelo ordenamento estrangeiro, tendo recebido previsão legal no código civil de 2002.

Ainda que pesassem opiniões isoladas sobre a desnecessidade de previsão expressa no Código Civil, como afirmava o renomado Clovis Bevilacqua, o certo é que a maioria da doutrina já sinalizava pela sua aplicação, uma vez que é uma fonte de obrigações fundada na equidade, como salienta GIOVANNI ETTORE NANI (2004, p. 89), vejamos:

O repúdio ao enriquecimento indevido estriba-se no princípio maior da equidade, que não permite o ganho de um em detrimento de outro, sem uma causa que o justifique. É ele alcançado através da ação de in rem verso, concedida ao prejudicado.

Afastando-se da discussão quanto à sua aplicabilidade ou não no ordenamento brasileiro, o Código Civil de 2002 trouxe o instituto de maneira expressa no artigo 884, a fim de resguardar ainda mais as relações jurídico-privadas, permitindo a sua aplicação não por analogia com outros institutos, mas por aplicação imediata da própria lei, ao proibir de forma expressa o locupletamento indevido.

Contudo, cabe diferenciar o ilícito civil do locupletamento injustificado, sendo institutos autônomos aplicados em situações distintas. O primeiro está atrelado à ilicitude decorrente de uma ação ou omissão voluntária do agente, ou seja, uma causa que gera a responsabilidade civil. Já o segundo prescinde do ato ilícito para sua configuração, não estando atrelado à licitude ou ilicitude do enriquecimento, mas, sim, à ausência de causa.

Feitas tais considerações preliminares, é necessário mencionar os elementos que fundamentam a proibição do enriquecimento sem causa, substratos esses decorrentes de um contínuo processo de constitucionalização do direito civil.

É nesse novo cenário que se visualiza a base da proibição do enriquecimento sem causa: a dignidade da pessoa humana, a livre-iniciativa, a liberdade, a justiça social e a solidariedade, que, juntos, refletem diretamente na relação obrigacional.

Assim, é possível observar que a sistemática jurídica não está preocupada somente com o adimplemento da obrigação, mas também com a observância dos princípios que norteiam a relação obrigacional, como bem sintetiza NANNI (2004, p. 162):

Reflexo imediato dessa feição foi a identificação de deveres específicos em qualquer relação obrigacional, não apenas o de adimplir a prestação, mas também secundários, sintetizados no de cooperação e de boa-fé, com fulcro na justiça social e na solidariedade, o que salvaguarda o princípio da função social do contrato.

Fica claro que a ordem jurídica brasileira repudia o enriquecimento sem causa, a transferência de bens desprovidos de contraprestação, acréscimo patrimonial sem a devida causa, ou seja, não são admissíveis relações jurídicas desequilibradas.

É situado neste contexto obrigacional, que visa não somente cooperar com o credor para recebimento da obrigação, mas também resguardar o devedor de meios excessivos de cobrança, que o novo Código Civil fez com que a redução prevista no artigo 413 deixasse de ser mera liberalidade do juiz e passasse a ser um dever.

Contudo, a “justa causa” na cláusula penal deverá observar a função que esta desempenha, como será detalhado no capítulo seguinte, uma vez que pode ser constatada uma cláusula penal em que o dano real seja muito superior ao dano previsto no momento da contratação e, mesmo assim, inexistir substratos para alegação de enriquecimento sem causa, uma vez que o credor ainda mantém a “justa causa” para aplicação da cláusula penal.

Nesse diapasão, no momento de operacionalizar a redução da cláusula penal manifestamente excessiva, será necessária a observância do princípio da equidade, assim como o da proibição do enriquecimento sem causa, tendo em vista a função atribuída à cláusula penal, assim como o princípio da abstração, inerente à cláusula penal.

Compreendidos os princípios da equidade e da proibição do enriquecimento sem causa, é necessário pormenorizar a cláusula penal e as funções que lhe são atribuídas, enfrentando o antagonismo existente dentro do instituto, para que, ao final, possa-se fornecer parâmetros para a correta redução judicial.

## 2. ESTRUTURA E FUNÇÃO DA CLÁUSULA PENAL

### 2.1. A cláusula penal com função indenizatória e com função punitiva

A cláusula penal é um instituto que teve seu embrião no direito romano, com grande importância no ordenamento jurídico, uma vez que possui uma enorme aplicabilidade nos negócios jurídicos.

Tendo em vista a inexistência de conceituação da cláusula penal pelo legislador brasileiro, ficou a cargo da doutrina fazê-lo. Assim, tem-se observado ao longo dos anos uma definição tradicionalmente atrelada à sua função mista, ou seja, como instrumento de indenização de perdas e danos e, também, de punição pelo inadimplemento.

Partindo para a sua caracterização, tem-se que é uma cláusula acessória, ficando sua existência atrelada à obrigação principal, e pode ser estipulada tanto no momento da formação do contrato, como também *a posteriori*, desde que o fator que gere sua incidência ainda não exista.

Pode ainda ser caracterizada tendo em vista o momento em que é pactuado o negócio jurídico, uma vez que a pena se qualifica como uma promessa de caráter eventual a cumprir no futuro e de caráter também facultativo, ou seja, em caso de descumprimento do que foi acordado no negócio, fica a cargo do credor a escolha pelo cumprimento da obrigação ou a incidência da pena.

Quanto às suas modalidades, tem-se que pode ser moratória, quando o descumprimento constituir mora, conceito este ora compreendido em sentido amplo, abrangendo o descumprimento imperfeito bem como a infração de específica cláusula contratual, ou ser compensatória, quando o inadimplemento for absoluto, já não havendo mais interesse do credor na manutenção do vínculo.

Entretanto, o que vem suscitando problemas são as funções atreladas à cláusula penal, que pode ter caráter punitivo e compulsório, consubstanciando a pena *stricto sensu* e forçando o devedor ao cumprimento da obrigação, como também caráter de prefixação dos danos advindos da inexecução, exercendo, assim, diversas (e antagônicas) funções concomitantemente. Faz-se, pois, necessária uma análise pormenorizada das funções atribuídas à cláusula penal, a fim de que possam adequadamente servir como critério norteador da redução equitativa.

Tem-se buscado cada vez mais a efetividade do negócio jurídico, sendo o adimplemento da obrigação o objetivo principal do credor no momento em que efetua o negócio. Para tanto, é necessária que haja confiança na operação, na sua concretização, ou seja, as partes têm que ter mecanismos eficazes para terem segurança quanto ao cumprimento do contrato ou, pelo menos, quanto à sanção aplicável em caso de não cumprimento.

Nesse contexto, a cláusula penal com função sancionatória ou punitiva é um dos mecanismos inibitórios do descumprimento da obrigação firmada, buscando a plena realização do negócio jurídico efetuado e, como salienta ROSENVALD (2007, p. 78), tem a “função de constranger, pressionar, inibir o devedor recalcitrante e inerte a satisfazer a prestação”.

Neste caso, entende-se que o ilícito contratual não tem a necessidade de estar atrelado ao dano, como ocorre na responsabilidade civil. O dano é irrelevante para a aplicabilidade da cláusula penal sancionatória ou punitiva, uma vez que a pena-sanção deve ser aplicada independentemente de sua existência.

Como pode ser aferido de sua caracterização, a essência da cláusula penal sancionatória ou punitiva reside em uma sanção compulsória, que visa garantir o cumprimento da obrigação principal, através da estipulação de outra prestação cujo valor seja muito superior ao dano previsível ao tempo da contratação, ou independente deste, daí advindo a sua função punitiva.

Lado outro, ao se estipular uma cláusula penal com função indenizatória, o foco não está na sanção, mas, sim, na pré-liquidação das perdas e danos, sendo estipulada anteriormente ao dano efetivo, de forma abstrata, de modo a dispensar o credor de provar a existência e a concreta extensão deste.

Insta salientar que na obrigação de indenizar é necessária a ocorrência de um ato ilícito que tenha um nexo causal com o dano repercutido, mas a cláusula penal indenizatória parte do princípio da abstração, ou seja, o dano não é determinado no momento do descumprimento da obrigação, mas previsto anteriormente, por estimativa dos contratantes, pelo que o dano pré-liquidado é presumido, assim como a sua extensão, sendo desnecessária sua comprovação. Esta é, também, a vantagem da cláusula penal, por desincumbir o contratante lesado pelo inadimplemento do ônus de comprovar as perdas e danos em concreto.

Neste sentido, a cláusula penal compensatória dispensa o credor de ter que comprovar os danos decorrentes do descumprimento do contrato. Já ao devedor



garante uma segurança quanto ao valor que será pago em caso de descumprimento, caso fosse à juízo, poderia ser muito além de suas perspectivas negociais.

Feitas as considerações preliminares sobre a cláusula penal e suas funções, é importante salientar que a modalidade que mais enseja controvérsia é a cláusula penal compensatória, uma vez que a moratória, segundo alguns doutrinadores, entre eles GUSTAVO TEPEDINO (2005), exerce função estritamente punitiva, pois são os juros que devem desempenhar o papel de prefixação de perdas e danos em caso de mora.

Portanto, levando em conta o fato de a problematização acerca da dúplici função se focar mais detidamente na cláusula penal dita “compensatória”, conhecida como sendo aquela decorrente do indimplemento absoluto, o enfrentamento teórico proposto no presente trabalho será limitado à referida modalidade.

## **2.2 – Crítica à natureza mista da cláusula penal**

Mesmo com o advento do novo código civil, permanece ainda muito acesa a discussão quanto à finalidade da cláusula penal, predominando ora a função indenizatória, ora a finalidade coercitiva ou punitiva, existindo ainda um terceiro grupo que vê na pena convencional ambas as funções, consubstanciando uma espécie de sanção-indenizatória. A fim de ilustrar esse caráter misto da cláusula, cabe trazer a lume o conceito explicitado por LIMONGI FRANÇA (1988, p.6):

A cláusula penal é pacto acessório ao contrato ou a outro ato jurídico, efetuado na mesma declaração ou em declaração à parte, por meio do qual se estipula uma pena, em dinheiro ou outra utilidade, a ser cumprida pelo devedor ou por terceiro, cuja finalidade precípua é garantir, alternativa ou cumulativamente, conforme o caso, em benefício do credor ou de outrem, o fiel e exato cumprimento da obrigação principal, bem assim, ordinariamente, constituir-se na pré-avaliação das perdas e danos e em punição ao devedor inadimplente.

Seja qual for a função preponderantemente atribuída à cláusula penal, a noção geral que permeia o instituto é a de que ele reúne, ao mesmo tempo, a função punitiva e indenizatória, ou seja, uma dupla função que lhe imputa uma natureza mista.

Contudo, até o advento do Código Civil de 2002, as discussões concernentes às funções da cláusula penal não repercutiam muita importância prática, cenário esse que teve uma real mudança com a redação atribuída ao artigo 413 do CC/02, que deixou de ser mera liberalidade e instituiu como dever do magistrado a redução da pena toda vez que se constatar o seu “manifesto excesso”.

Assim, tendo em vista esse novo contexto de redução equitativa da cláusula penal, faz-se necessária a análise das funções que lhe são atribuídas, uma vez que um valor manifestamente excessivo considerado em termos de liquidação antecipada de perdas e danos pode não o ser caso a pena assuma uma função punitiva, como preleciona PINTO MONTEIRO (1999, p. 639):

Não é difícil compreender, na verdade, que uma pena, de determinado montante, poderá não ser ‘manifestamente excessiva’, se os contratantes a estipularem a título compulsório, mas já poderá sê-lo, contudo, se a mesma se destinava, meramente, a liquidar o dano, a fim de evitar, nessa sede, dificuldades de prova. Por outro lado, ainda que ela seja, num caso e no outro, de montante exagerado, facilmente se percebe, do mesmo modo, que o grau por que a pena se reduz há de variar, à luz do escopo prosseguindo pelos contratantes ao estipulá-la. Poder-se-á adiantar, nesta linha, que o critério por que se afere a legitimidade do tribunal para moderar a pena e, bem assim, o grau da mesma, assentam, sobretudo, no interesse do credor, tratando-se de uma pena compulsória, ou no valor do dano efectivo, sendo ela uma pena indemnizatória. Numa palavra, os fatores a considerar pelo tribunal, num caso e no outro, não são exatamente os mesmos ou, pelo menos, não assumirão o mesmo grau de importância.

Conforme o exposto, não pode a cláusula penal assumir uma função mista, uma vez que não cabe dentro do mesmo instituto a função sancionatória e indenizatória, pois em caso de redução, um dos critérios que o magistrado deverá observar, conforme mostraremos no capítulo seguinte, é a função que lhe é atribuída.

Neste sentido, ao se atribuir à pena a função estritamente indenizatória, deverá ser levado em conta o dano efetivo, diferentemente da pena sancionatória. Por outro lado, na pena-sanção, com função estritamente punitiva, o respectivo valor poderá ser bem maior que o dano previsto.

Tendo em vista as peculiaridades das funções que pode exercer a cláusula penal, não é possível conciliar, ao mesmo tempo, uma função mista, uma vez que sanção e indenização ensejam regimes diversos de aplicação do instituto.

Assim, parece mais adequado o entendimento de que os contratantes podem estipular cláusula penal de caráter sancionatório-punitivo, como também indenizatório, mas a cláusula penal não comporta ao mesmo tempo ambas as funções, incumbindo aos contratantes explicitar qual a função que pretendem atribuir ao instituto.

Contudo, caso o contrato não estabeleça a função da cláusula de forma expressa, nos casos em que a pena aparentar ser manifestamente excessiva, propõe-se que a investigação de tal função seja realizada por parte do magistrado, mediante a interpretação do contrato e das circunstâncias negociais, no intuito de extrair a vontade dos contratantes. Não sendo, de qualquer modo, possível alcançar, pela interpretação do contrato, a função pretendida pelos contratantes, deverá então o magistrado considerar a cláusula penal compensatória com função estritamente indenizatória, enquanto mecanismo de pré-fixação de perdas e danos, evitando, com isso, a incoerência funcional de tal instituto com natureza mista, bem como as consequentes dificuldades da redução judicial por equidade.

Insta esclarecer que a proposta no sentido de que o magistrado deva, em última instância, considerar a cláusula penal dita “compensatória” com função estritamente indenizatória funda-se na própria disciplina legal do instituto, cujas normas aludem preponderantemente ao efeito reparatório das perdas e danos decorrentes do inadimplemento absoluto. Ademais, a função punitiva deve ser compreendida com caráter excepcional no âmbito da responsabilidade contratual (e extracontratual), pois não é a função primordial dos institutos de direito civil, sendo normalmente deixada a cargo do direito penal por força do princípio da legalidade, que determina a impossibilidade de imposição de qualquer pena sem lei anterior que a defina. *In casu*, sequer havendo norma que preveja expressamente a função punitiva, esta deve, ao menos, ser fruto da vontade dos contratantes, haja vista que não se vislumbra para cláusula contratual da espécie qualquer interesse propriamente público que justifique uma “presunção” de função punitiva.

### **2.3 – O enriquecimento sem causa como condição da redução judicial equitativa da cláusula penal manifestamente excessiva**

O enriquecimento sem causa, que consiste na transferência de bens desprovidos de contraprestação, ou seja, acréscimo patrimonial sem a devida causa,

é repudiado de forma expressa em nosso ordenamento jurídico. Neste sentido, o princípio da proibição do locupletamento sem causa, que incide em toda relação obrigacional, é uma condição para a redução equitativa da cláusula penal manifestamente excessiva.

Neste sentido, será considerada manifestamente excessiva a cláusula penal que apresentar uma vantagem para o credor injustificada, ou seja, quando não houver “justa causa” para auferir o valor integral estabelecido na cláusula penal, dando lugar à redução equitativa da cláusula.

Seja a cláusula penal *stricto sensu*, que visa fortalecer a confiança na palavra empenhada pelo devedor, seja na cláusula de pré-fixação de perdas e danos, que evita o recurso às incertezas de uma avaliação judicial, ambas conferem um perigoso instrumento de opressão negocial.

Isso ocorre devido à expectativa que as partes possuem quanto ao cumprimento total da obrigação. Há no devedor uma confiança em cumprir a obrigação assumida, sendo a pena uma possibilidade distante, o que permite ao credor a imposição de penas abusivas. Outras vezes, ao tempo da contratação, a pena era razoável, mas em decorrência de eventos posteriores deixou de sê-lo. Entretanto, em ambas as situações citadas, terá cabimento a redução judicial, uma vez que o total cumprimento da pena levaria a abusos e iniquidades.

Contudo, a redução será precedida pela investigação da função da cláusula penal, para que, depois, possa ser aferido se há ou não “justa causa” para a sua redução. Assim, na cláusula penal indenizatória, só deve ser considerado como “injusto” o “manifesto excesso” segundo o efetivo dano decorrente do inadimplemento, uma vez que algum excesso estará naturalmente englobado dentro do risco do seu arbitramento, conforme ensina ROSENVALD (2007, p. 247):

A cláusula penal de figurino meramente indenizatório contém uma álea. É inerente a ela um risco para ambos os contratantes. Sendo o valor da pena fixado à forfait, para eliminar a incerteza, os custos e o desgaste de uma controvérsia judicial, pode ocorrer de a pena tornar excessiva diante do dano real, sem que aí se impute um enriquecimento sem causa.

Outra situação corresponde à cláusula penal *stricto sensu*, ou com função punitiva, cujo valor deve naturalmente ser superior ao do dano previsível no momento da contratação, sendo o “manifesto excesso” aqui analisado de forma

diversa, não proporcionalmente às perdas e danos em concreto, mas de conformidade com a gravidade do inadimplemento que haverá de ser sancionado. Ainda nos ensinamentos de ROSENVALD, (2007, p. 248), tem-se que:

O excesso da pena não surge no momento em que a pena ultrapassa os danos reais, porém no instante em que é ultrapassada a função de garantia, que é sua razão de ser. Ou seja, haverá um momento em que a quantidade da pena já não significa maior garantia para o credor. Só aí surgirá o enriquecimento sem causa.

É com base no princípio da proibição do enriquecimento sem causa, que visa coibir o locupletamento indevido, que a cláusula penal sofre um controle judicial, resguardando a autonomia privada e proporcionando a manutenção do equilíbrio contratual, tendo sempre em vista a função atribuída à cláusula penal.

A título ilustrativo e no intuito de demonstrar a aplicação do que ora se sustenta, tem-se presenciado uma ascensão dos contratos de compra-e-venda no cenário comercial brasileiro, tendo em vista entre vários motivos, o incentivo de crédito por parte do governo.

Crescem as contratações no ramo imobiliário; presencia-se, conseqüentemente, uma maior inadimplência, incidindo, assim, as cláusulas contratuais compensatórias, por isso, é interessante trazer à lume a sistemática de redução prevista no artigo 413 do Código Civil aplicada ao ramo imobiliário.

Pois bem. Até o advento da Lei 8.078/90, presenciava-se nos contratos de compra-e-venda de imóvel com pagamento em prestações a possibilidade se reter a totalidade das prestações pagas, em caso de inadimplência do comprador, sem que lhe fosse restituída qualquer parcela. *Dura lex sed lex*.

Tal procedimento foi vedado pelo ordenamento, através da Lei 8.078/90, no seu artigo 53, que tornou nula de pleno direito as cláusulas nesse sentido, mas já vinha sendo aplicada pelos tribunais uma redução, com fundamento no artigo 924 do código civil de 1916, permitindo uma restituição ao comprador de parte do que foi pago.

Essas medidas, tanto previstas no artigo 53 do CDC quanto no artigo 924 do antigo código civil e, atualmente, no artigo 413 do código civil vigente, visam resguardar os abusos advindos de uma relação contratual desequilibrada. Contudo, tal controle tem que ser aplicado de forma fundamentada pelo magistrado, para não desvirtuar a função desempenhada pela cláusula penal no contrato.

Para tanto, em caso de resolução contratual, precisam ser analisadas pelo judiciário as peculiaridades do caso concreto, como, por exemplo, se o imóvel chegou ou não a ser habitado pelo comprador, uma vez que tal modifica significativamente o valor do dano sofrido pelo vendedor.

Nos casos de rescisão, têm entendido os tribunais, na maioria dos julgados, ser devido em favor do promitente vendedor, a título de indenização, 10% (dez por cento) do valor corrigido das parcelas pagas pelo proponente comprador, conforme atesta o seguinte aresto do TJMG:

AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO - PROMESSA DE COMPRA E VENDA - IMÓVEL - RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS PAGAS - RETENÇÃO DO PERCENTUAL DE 10% DO VALOR PAGO - RAZOABILIDADE - DEVOLUÇÃO IMEDIATA DAS PARCELAS - EXIGÊNCIA. – (...) Mesmo por inadimplência justificada do devedor, o contrato pode prever a perda de parte das prestações pagas, a título de indenização do promitente vendedor, para cobertura de despesas decorrentes do próprio negócio. - Rescindida a promessa de compra e venda, a retenção pelo vendedor de 10% do valor pago, cobre suficientemente a multa devida pelo devedor, despesas de corretagem, publicidade e outras perdas. (Apelação Civil n: 1.0024.04.304990-7/001 – Des. Relator: Osmando Almeida, Tribunal de justiça do estado de Minas Gerais, 2011 – Destaquei).

No mesmo sentido já se manifestou o STJ, ao estipular o parâmetro de 10% como regra a ser aplicada pelo magistrado:

CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO. DEVOLUÇÃO DE PARCELAS PAGAS. PROPORCIONALIDADE. CC, ART. 924. I - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça está hoje pacificada no sentido de que, em caso de extinção de contrato de promessa de compra e venda, inclusive por inadimplência justificada do devedor, o contrato pode prever a perda de parte das prestações pagas, a título de indenização da promitente vendedora com as despesas decorrentes do próprio negócio, tendo sido estipulado, para a maioria dos casos, o quantitativo de 10% (dez por cento) das prestações pagas como sendo o percentual adequado para esse fim. II - É tranqüilo, também, o entendimento no sentido de que, se o contrato estipula quantia maior, cabe ao juiz, no uso do permissivo do art. 924 do Código Civil, fazer a necessária adequação. Agravo regimental a que se nega provimento". (Ag. Rg. no Resp nº 244625/SP, 3ª Turma, rel. Min. Castro Filho, j. 09/10/2001, DJ. 25/02/2002, p. 376).

Entretanto, caso tenha sido o imóvel habitado pelo proponente comprador, exercendo ali a posse, tal fato deverá ser levado em conta por ocasião da redução

da cláusula penal, uma vez que o imóvel não poderá ser lançado novamente no mercado imobiliário com *status* de novo, o que gera uma significativa desvalorização.

Além disso, estabelecer um parâmetro rígido de 10% de retenção sobre o valor das parcelas pagas, devidamente atualizadas, muitas das vezes incentiva o surgimento de aventureiros que lançam mão de empreendimentos acima da sua possibilidade. Isso porque, em face de uma rescisão, os prejuízos se tornam pouco significativos ou até mesmo inexistentes, principalmente se o comprador chegou a exercer a posse sobre o imóvel.

Contudo, registram-se julgados nos tribunais brasileiros que levaram em consideração as peculiaridades explanadas neste capítulo, principalmente no que concerne ao exercício da posse por parte do comprador, estipulando a retenção de 50% sobre o valor das prestações pagas:

CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO PRETENDENDO A RESCISÃO E RESTITUIÇÃO DAS IMPORTÂNCIAS PAGAS. INADIMPLÊNCIA DA AUTORA RECONHECIDA. POSSE DO IMÓVEL POR LONGO TEMPO. RETENÇÃO DE 50% EM FAVOR DA VENDEDORA, COMO RESSARCIMENTO DE DESPESAS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ARTS. 51, II, 53 E 54. CÓDIGO CIVIL, ART. 924. JUROS MORATÓRIOS INDEVIDOS. (REsp n. 59.870/SP, rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 09.12.2002). (...)" (REsp 615.300/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 17.03.2005, DJ 09.05.2005 p. 415). - destaquei.

Contudo, ainda que haja decisões isoladas que observam, no caso concreto, os prejuízos do credor, é importante ressaltar que a redução não pode ser operacionalizada somente em virtude de diferença entre o dano estipulado de forma abstrata e o dano efetivo. Conforme a própria lei estabelece, a redução só é cabível em caso de uma manifesta excessividade, caso contrário estaria renegando o próprio princípio da abstração, que retira do credor a necessidade de comprovar a existência e extensão do dano em concreto.

Neste sentido, variações têm que ser suportadas pelo contratante, não cabendo alegação de enriquecimento sem causa por parte do credor, uma vez que ambas as partes assumiram o risco de estabelecer uma cláusula indenizatória. Assim, aplicar uma redução segundo parâmetros pré-estabelecidos e rígidos, desatentos ao caso concreto, conforme tem sido feito corriqueiramente pelos

tribunais, é desvirtuar a própria essência da cláusula penal, que na sua essência já engloba a diferença do dano estabelecido e o dano sofrido.

É com o foco nas decisões dos tribunais que se tem aplicado de forma cada vez mais intensa o artigo 413 do CC/02, o qual impõe uma necessária análise da cláusula penal, adentrando no estudo da função que lhe é atribuída, não sendo possível a crença de que o mesmo instituto pode exercer uma função mista.

Nesse sentido, a fim de contribuir para a adequada redução equitativa da cláusula penal manifestamente excessiva, passamos a expor no próximo capítulo, alguns parâmetros que devem ser observados pelo judiciário, no momento de operacionalizar o artigo 413 do Código Civil.



### **3 - CRITÉRIOS PARA A REDUÇÃO EQUITATIVA DA CLÁUSULA PENAL**

#### **3.1 - A redução equitativa tendo em vista a função que a pena exerce**

O artigo 413 do Código Civil adverte que o controle judicial só pode ser exercido tendo em vista a existência de uma pena manifestamente excessiva. Assim, o que deve ser reduzido é o “excesso manifesto” e não o “excesso”, sob pena de se desvirtuar o instituto da cláusula penal.

Como visto nas cláusulas de pré-fixação de indenização, o fator objetivo de maior preponderância para a aferição da exorbitância da pena concerne à diferença excessiva entre o valor da cláusula penal e o montante do prejuízo efetivo. A pequena variação do valor da pena sobre o dano não é fato gerador de intervenção judicial.

Não é qualquer excesso da pena que será redutível, mas somente o excesso exorbitante, não devendo o judiciário reduzi-la ao dano efetivo, uma vez que estaria suprimindo a própria função da cláusula penal, como observa ROSENVALD (2007, p. 225):

(...) reduzir a cláusula penal ao dano efetivamente sofrido pelo credor seria ferir letalmente a função coercitiva da cláusula penal e estimular o inadimplemento como garantia ao devedor desleal de que o Poder Judiciário jamais lhe condenará a uma pena superior ao prejuízo que causou.

A pena pode ser superior ao dano e não ser manifestamente excessiva, o que inviabiliza a sua redução. Assim, para averiguar o “manifesto excesso”, o judiciário deve se pautar, conforme ROSENVALD (2007, p. 226), “num vetor de razoabilidade que conduz a um juízo de ponderação entre a proteção ao credor e o apelo equidade”, eliminando a parte abusiva e mantendo a função atribuída à cláusula penal.

Feitas as considerações sobre o “manifesto excesso”, o primeiro passo que deverá ser trilhado pelo judiciário no momento em que analisa se cabe ou não a redução é a função atribuída à cláusula penal, uma vez que orientará quanto aos limites e possibilidades da redução, estabelecendo métodos distintos para funções distintas, como bem analisa PINTO MONTEIRO (1999, p. 639):

que o critério por que se afere a legitimidade do tribunal para moderar a pena e, bem assim, o grau da mesma, assenta, sobretudo, no interesse do credor, tratando-se de uma pena compulsória, ou no valor do dano efectivo, sendo ela uma pena indemnizatória. Numa palavra, os factores a considerar pelo tribunal, num caso e no outro, não são exactamente os mesmos ou, pelo menos, não assumirão o mesmo grau de importância.

Em abstrato, tanto a cláusula penal sancionatória punitiva como a indenizatória são suscetíveis de sofrerem a redução prevista no artigo 413 do Código Civil, devendo observar dois momentos: o primeiro, referente às circunstâncias objetivas do negócio jurídico que qualificam a espécie de cláusula penal, tendo em vista o dano previsto no momento da contratação; o segundo, a excessividade da cláusula penal no momento em que se produz o descumprimento da obrigação.

Segundo NELSON ROSENVALD (2007, p. 227):

A atividade do magistrado será compartimentada em duas fases estanques: a) aferição da natureza da cláusula penal – momento genético do negócio jurídico; b) aferição da excessividade da pena – momento funcional ou dinâmico do inadimplemento. A justificativa e os limites para a concretização da redução da pena se submetem a uma adequada e racional fundamentação da decisão (art. 93, IX, CF) quanto à finalidade da cláusula penal estipulada.

Na cláusula penal de carácter meramente indenizatório, o judiciário centrará sua atenção para a comprovação entre o valor prefixado e os prejuízos efetivos. Neste sentido, pequenas oscilações estão inseridas na álea das partes e se inserem nos riscos inerentes à pré-fixação.

Entretanto, ao se observar grande variação entre o dano estipulado e o dano efetivo, cabe a aplicação da redução judicial, contudo, a redução da excessividade não deve igualar a indenização ao dano efetivo, conforme ainda salienta ROSENVALD (2007, p. 228):

A redução da cláusula penal, entretanto, não poderá transformar uma pena de R\$ 10.000,00 em R\$ 2.000,00 por ter sido esse o valor efetivo do dano. O poder moderador do juiz conduzirá a um decote na pena, pois a “boa regra – e boa regra porque concilia a exigência da redução equitativa da cláusula abusiva e a necessidade da

preservação do valor cominatório – é de que o juiz não pode reduzir a cláusula penal manifestamente excessiva ao dano efectivo.

Lado outro, ao estipular a cláusula penal com função sancionatória, a hermenêutica aplicada na análise da presença ou não da excessividade da cláusula penal é operada de forma distinta, uma vez que a função é compelir o devedor ao cumprimento e punir pelo inadimplemento.

Neste caso, o valor da pena se mostra propositalmente superior ao suposto prejuízo, pelo que o “manifesto excesso” não é mais visto pelo ângulo da liquidação dos danos, mas, sim, conforme a capacidade que a pena possui de exercer persuasão sobre o devedor, podendo ser aplicada, ainda que inexistente qualquer dano ao credor.

A excessividade não se configura no momento em que a pena excede o dano efetivo, mas, sim, no momento em que é ultrapassada a função de garantia. Neste sentido, a pena se torna uma manifesto exagero, devendo sofrer uma redução.

Fica claro que o grau de redução da pena está intimamente ligado à função desempenhada pela cláusula penal. Estipulada a pena como compulsória e punitiva, terá que ser levado em conta o interesse do credor, sendo a redução aplicada somente em casos de flagrante desproporção, sob pena de suprimir sua eficácia coercitiva. Já quando estipulada como indenizatória, a atenção deverá ser voltada para o dano efetivo, sendo cabível a intervenção judicial somente em casos de extraordinária diferença, sob pena de desvirtuar o risco inerente à pré-fixação das perdas e danos por meio da cláusula penal, bem como o princípio da abstração que a informa.

### **3.2- A natureza e a finalidade do negócio segundo o artigo 413, segunda parte, do Código Civil: o paradigma da essencialidade como parâmetro qualificador da gravidade do inadimplemento.**

O legislador, ao estipular a redução equitativa da cláusula penal manifestamente excessiva, prevista na segunda parte do artigo 413 do CC/02,

forneceu parâmetros ao juiz, através da observação da natureza e finalidade do negócio jurídico.

A verificação da função exercida pela cláusula penal é insuficiente, por si só, para operacionalizar a redução, devendo ser levado em consideração outros fatores, entre eles, a natureza e finalidade do negócio.

Acontece que a norma não trouxe uma definição do que seria a natureza e a finalidade do negócio, ficando a cargo da doutrina fazê-lo, uma vez que são marcos regulatórios do poder moderador do juiz.

Seguindo as definições realizadas por GUSTAVO TEPEDINO (2005, p. 10), o intérprete deve descartar a associação da finalidade ao alcance social do contrato, uma vez que a função social já é um princípio basilar previsto no artigo 421 do Código Civil, que se aplica automaticamente à relação contratual.

Assim, a finalidade, segundo TEPEDINO (2005, p. 10), “só pode significar a finalidade econômica a que as partes, por meio de determinado contrato, pretenderam atingir”.

Quanto à natureza do negócio, estaria, segundo o renomado autor, atrelada à espécie negocial:

Natureza do negócio quer significar, portanto, tão somente a espécie negocial, o tipo de contrato efetivamente celebrado pelas partes. E bem se entende porque seja a espécie negocial relevante para fins de valoração da excessividade da cláusula penal. Uma cláusula de certo valor pode se mostrar aceitável no âmbito de um contrato oneroso, mas se afigurar excessiva em um contrato gratuito.

Além disso, a natureza e a finalidade do contrato devem ser analisadas, no momento da redução, tendo em vista o paradigma da essencialidade do bem. Nas definições de TERESA NEGREIROS (2002, p. 473):

O paradigma da essencialidade significa que o direito contratual considera os bens em vista da sua utilidade existencial para o efeito da classificação dos contratos e, conseqüentemente, para, a respeito das classes assim diferenciadas, prescrever certo regime jurídico.

Neste sentido, os bens são analisados não somente em suas características peculiares, mas, também, na capacidade de satisfazer as necessidades existenciais, com foco sempre voltado para a dignidade da pessoa humana, que se externaliza através da consecução das necessidades humanas fundamentais.

Ou seja, a norma não pode tutelar somente o patrimônio, mas, também, fornecer meios de proteção ao indivíduo nas suas relações privadas, através da diferenciação dos contratos de acordo com sua capacidade de satisfazer as necessidades humanas, contribuindo para minimizar as desigualdades sociais.

Tendo em vista o paradigma da essencialidade do bem, no momento de interpretar a natureza e finalidade do negócio, previsto na segunda parte do artigo 413 do CC, o mesmo deverá ser levado em conta, uma vez que, quanto maior for a essencialidade do bem para atender as necessidades humanas fundamentais, maior proteção deverá receber.

Será então considerado mais grave o inadimplemento quanto maior for a essencialidade do objeto contratado, devendo ser menos incisiva a redução da cláusula penal quanto maior for a gravidade do inadimplemento. Ou seja, o judiciário deverá ser menos incisivo na redução de uma cláusula penal de um contrato de plano de saúde, quando o segurado tiver cometido a infração contratual, do que numa cláusula penal de um contrato de aquisição de um “pacote de viagens”, tendo em vista o grau de essencialidade do bem contratado.

### **3.3– A incidência da cláusula penal em contratos paritários e não paritários**

As cláusulas penais não estão previstas apenas nas relações paritárias ou simétricas, mas, também, nas relações não paritárias, recebendo estas uma proteção bem mais intensa pelo Código de Defesa do Consumidor.

A perquirição em busca de qual é o tipo de relação existente entre as partes é uma tarefa que tem que ser feita pelo magistrado, uma vez que a proteção dada às relações é distinta. Neste sentido, um comportamento lesivo pelo fornecedor de produtos e serviços terá um confronto diferenciado caso se aplique o artigo 413 do Código Civil ou o artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que estipulam correção na autonomia privada de forma diferenciada. Vale lembrar o disposto em ambos os dispositivos:

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.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Assim, nas relações paritárias, as cláusulas penais manifestamente excessivas são reputadas como válidas, desde que não configurem lesão ou outro defeito negocial, sendo corrigidas mediante a redução. Lado outro, nas relações não paritárias, tuteladas pelo CDC, as cláusulas abusivas são sancionadas pela invalidade, devendo o credor buscar pela via judicial a indenização pelo inadimplemento total da obrigação.

Contudo, só é reputada como nula a cláusula que for considerada abusiva ao tempo da contratação, ou seja, a situação de enorme desvantagem deve se referir a uma enorme desproporção entre o montante da pena e os prejuízos previsíveis para o consumidor ao tempo da contratação.

Mas, se a desvantagem excessiva não puder ser observada ao tempo da contratação, não poderá ser a cláusula intitulada como nula, ainda que se trate de uma relação consumerista, referindo-se este caso não à nulidade, mas, sim, à eficácia do negócio jurídico, devendo ser pleiteada uma redução conforme os moldes do artigo 413 do código civil.

A cláusula penal inválida e a cláusula penal redutível possuem uma considerável distinção, uma vez que suas correções são operacionalizadas de forma distinta, sendo a redução da pena excessiva fruto de uma decisão de um litígio individualizado, a invalidade da cláusula penal pode ser objeto de controle preventivo e abrangente sobre um número indeterminado de pessoas.

Neste sentido, em caso de abuso da cláusula penal, deve-se averiguar se se trata ou não da relação de consumo. Sendo uma relação paritária e a cláusula seja configurada como manifestamente excessiva, deverá ser aplicada a sua redução. Lado outro, detectada uma relação de consumo, deverá ser averiguado se é ou não caso de nulidade, ou seja, a partir de quando se configura o abuso. Se for no momento da contratação, há causa de nulidade da cláusula, devendo o credor buscar se ressarcir pela via judicial, contudo, se for no momento do inadimplemento, deverá a cláusula sofrer uma redução do seu manifesto excesso de acordo com o artigo 413 do Código Civil.

Fica claro que a redução equitativa da cláusula penal incide tanto em contratos considerados paritários quanto nos considerados não paritários, porém a equidade mencionada no dispositivo legal deverá ser considerada tendo em vista o equilíbrio contratual entre as partes.

Neste diapasão, detectada a cláusula penal manifestamente excessiva, a interferência judicial será tanto mais incisiva para fins de redução quanto maior for a vulnerabilidade do contratante inadimplente, ou seja, quanto maior for a vulnerabilidade da parte inadimplente, que pode ser detectada pela defasagem econômica, intelectual ou técnica, maior proteção deverá ser dada à parte frágil da operação, a fim de manter o equilíbrio contratual estabelecido entre as partes.

Insta salientar, que o fato de não haver relação de consumo não é impeditivo para que a redução equitativa da cláusula leve em consideração o grau de desigualdade entre as partes, eis que as relações reguladas pelo código civil podem apresentar disparidade, ensejando uma tutela judicial mais incisiva para o contratante mais fraco.

### **3.4– O merecimento de tutela da cláusula penal convencional segundo a conformidade do comportamento do credor com a boa-fé objetiva**

Com base ainda nos ensinamentos de ROSENVALD (2007, p. 241), tem-se que o “critério que legitima e pauta o procedimento de redução judicial é a equidade, mas o fundamento que sustenta o art. 413 do Código Civil é o princípio da boa-fé objetiva”.

O princípio da boa-fé, segundo AGUIAR JÚNIOR (2003, p. 238), “estabelece que todos devem comporta-se de acordo com um padrão ético de confiança e lealdade”, ou seja, é uma norma de conduta que estabelece modelos que as pessoas devem seguir.

Neste sentido, a boa-fé objetiva visa o equilíbrio contratual, que se dá não somente no aspecto econômico, mas, também, através da função econômica para a qual o contrato foi concebido, exercendo no ambiente contratual, entre outras funções, a de limitar o exercício abusivo de direitos subjetivos.

E a redução da cláusula penal consiste exatamente na limitação da autonomia privada, exercendo controle do exercício do direito à pena. Neste cenário, o princípio da boa-fé objetiva visa tutelar as relações obrigacionais contra o abuso

de direito e, segundo NEGREIROS (2002, p. 136), a redução da cláusula penal poderia ser perfeitamente solucionada apenas com o recurso ao princípio da boa-fé:

O caso da redução da cláusula penal poderia perfeitamente ter sido solucionado com o recurso ao princípio da boa-fé. Contraria a boa-fé permitir que, em nome da intangibilidade da vontade negocial, uma dada conjuntura que leve a distorções no que se refere à finalidade econômica-social do contrato ou de dada cláusula contratual deixe de ser considerada pelo julgador.

Ressaltando a necessidade da boa fé nas relações obrigacionais, o art. 422 do Código Civil destaca que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, o princípio da probidade e boa fé”. Como visto, ambas as partes têm o dever de corroborar a consecução da obrigação, de modo que, em caso de inadimplemento, para o credor ter direito de exigir o valor total da pena, não pode ter dado causa ou contribuído para o inadimplemento da obrigação.

Tendo em vista a inexistência de previsão expressa para a redução da pena com base em atitude culposa do credor, deve o seu comportamento, que visa obter vantagens excessivas pelo descumprimento da obrigação, ser tutelado por analogia ao artigo 945, parágrafo único, do Código Civil, que permite a aplicação da redução da indenização pelo ato ilícito em razão de fato concorrente com a vítima.

Neste sentido, se o próprio credor contribuiu para que o inadimplemento ocorresse ou se agravasse, a cláusula penal poderá ser reduzida na proporção da gravidade de sua conduta, pois o credor, neste caso, deixa de ter, ainda que parcialmente, a “justa causa” para receber o valor integral estabelecido pela cláusula penal, razão pela qual o valor da cláusula penal deve ser reduzido na proporção em que a conduta do credor contribuiu para o inadimplemento.



## CONCLUSÃO

No atual contexto, de intensa massificação dos contratos, devido principalmente à política de incentivo a créditos, um dos mecanismos que tem sido utilizado pelos particulares é a estipulação da cláusula penal, a fim de que desestimular o inadimplemento da obrigação.

Ocorre que o ordenamento jurídico determina a intervenção judicial na autonomia privada quando a estipulação da cláusula penal for manifestamente excessiva, impondo, nos termos do artigo 413 do código civil de 2002, a redução equitativa.

Assim, a redução da excessividade da pena busca propiciar uma relação equânime entre as partes, uma vez que evita o enriquecimento sem causa por parte do credor e promove a imposição de uma pena justa ao devedor.

Contudo, antes de se visualizar se há ou não o “manifesto excesso” da pena, é necessário investigar a função desempenhada pela cláusula penal, não sendo possível visualizá-la como um misto de sanção-indenização, uma vez que a excessividade presente na função indenizatória pode não sê-lo na função sancionatória e punitiva.

Outro aspecto importante é o de que a redução da cláusula penal não pode ser realizada em abstrato, segundo parâmetros preestabelecidos, segundo se observa na jurisprudência dominante, a exemplo do que ocorre no âmbito de contratos de financiamento habitacional, em que a retenção por parte do credor de 10% sobre o valor das prestações tem se tornado uma regra, desconsiderando-se, assim, a análise do caso concreto, que é fundamental para a aplicação do princípio da equidade.

Tendo em vista toda a problemática exposta acerca da cláusula penal, bem como sua complexidade estrutural e funcional, evidenciada no âmbito doutrinário e jurisprudencial, buscou-se no presente trabalho fornecer parâmetros teóricos para a redução equitativa da cláusula penal dita “compensatória”, ou seja, decorrente do inadimplemento absoluto.

Assim, para que uma decisão seja equânime, o judiciário deverá perquirir a função atribuída à cláusula penal e, em seguida, aferir se há ou não uma excessividade de seu valor, uma vez que o “manifesto excesso” apresentado na função indenizatória pode não o ser na função sancionatória e punitiva.

Analisada a função, o juiz deverá levar em conta o paradigma da essencialidade do bem, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio jurídico. Por fim, deverá considerar o âmbito de aplicação da cláusula, isto é, se em contratos paritários ou não paritários, como também analisar o comportamento do credor em conformidade com o princípio da boa-fé objetiva, de modo a estabelecer o merecimento de tutela da cláusula penal contratualmente ajustada. Todos esses critérios devem, portanto, nortear o juízo de redução da cláusula manifestamente excessiva.

Pelo exposto, podemos concluir que não é possível atribuir à cláusula penal uma função mista, devendo assumir uma função compensatória ou uma função sancionatória-punitiva, ao passo que o judiciário, no momento de operacionalizar a redução, deve observar as peculiaridades do caso concreto, segundo os critérios propostos no presente trabalho, para, ao final, chegar a um valor que esteja de acordo com as circunstâncias do negócio e com a gravidade do inadimplemento, viabilizando-se com isso uma redução realmente equitativa, em observância aos princípios da proporcionalidade e da vedação ao enriquecimento sem causa.

## REFERÊNCIAS

AGHIARIAN, Hérculos. *Curso de Direito Imobiliário*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução de acordo com o novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

AMARAL, Francisco. *A equidade no Código Civil brasileiro*. In\_ARRUDA ALVIM, J.M. ET AL. *Aspectos Controvertidos no novo Código Civil – Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CASSETTARI, Christiano. *Multa Contratual*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem Causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

ROSENVALD, Nelson. *Cláusula Penal*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a cláusula penal compensatória*. Revista Trimestral de Direito Civil. Vol.6. Rio de Janeiro: Padma, jul./set. 2005, pp 03-15.