

12

JUL/SET 2022

Vol. 03 Nº 12

Coordenadores

Flávio Tartuce

Pablo Malheiros da Cunha Frota

Conselho Editorial

Anderson Schreiber

Angélica Carlini

Carlos Nelson Konder

Carlos Roberto Gonçalves

Cláudia Lima Marques

Énio Santarelli Zuliani

Eroulths Cortiano Jr.

Everilda Brandão

Giselda Maria F. Novaes Hironaka

Gustavo Andrade

Gustavo Tepedino

Heloisa Helena Barboza

Jones Figueirêdo Alves

José Fernando Simão

José Luiz Gavião de Almeida

Luis Felipe Salomão

Maria Helena Diniz

Marília Pedrosa Xavier

Maurício Bunazar

Nestor Duarte

Paulo Dias Moura Ribeiro

Paulo Lôbo

Silmara Juny de Abreu Chinellato

Sílvio de Salvo Venosa

Zeno Veloso (*in memoriam*)

Revista Brasileira de

Direito Contratual

LEX MAGISTER

 IBDCONT

Revista Brasileira de Direito Contratual

Ano III – Nº 12

Jul-Set 2022

Coordenadores

Flávio Tartuce – Pablo Malheiros da Cunha Frota

Conselho Editorial

Anderson Schreiber – Angélica Carlini – Carlos Nelson Konder
Carlos Roberto Gonçalves – Cláudia Lima Marques – Ênio Santarelli Zuliani
Eroulths Cortiano Jr. – Everilda Brandão – Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka
Gustavo Andrade – Gustavo Tepedino – Heloisa Helena Barboza
Jones Figueirêdo Alves – José Fernando Simão – José Luiz Gavião de Almeida
Luis Felipe Salomão – Maria Helena Diniz – Marília Pedroso Xavier
Maurício Bunazar – Nestor Duarte – Paulo Dias Moura Ribeiro – Paulo Lôbo
Silmara Juny de Abreu Chinellato – Sílvio de Salvo Venosa – Zeno Veloso (*in memoriam*)
Andrea Signorino Barbat (Uruguai) – Andrés Mariño López (Uruguai)
Andrés Varizat (Argentina) – Angelo Viglianisi Ferraro (Itália)
Arturo Caumont (Uruguai) – Cristián Banfi Del Río (Chile)
Enrique Varsi (Peru) – Fernando Araújo (Portugal)
Gabriel Jayme Vivas Diez (Colômbia) – Paula Vaz Freire (Portugal) – Roger Vidal (Peru)

Colaboradores deste Volume

Aline Sathler Pereira de Souza Maia – Beatriz Cardoso Montanhana
Bruna Lyra Duque – Eduardo Silva Bitti – Flávio Tartuce – João Hora Neto
Jonathan Marcel Felix da Silva – Lorena Marchesi de Oliveira
Maria Tereza Targino Hora – Pablo Malheiros da Cunha Frota
Raphael Ricci Portella – Roberta Andrade Ferreira – Sandra Moraes de Brito Costa
Sandra Paula de Souza Mendes – Victor Gabriel Temponi Bastos

LEX MAGISTER

 **IBDCONT**

Revista Brasileira de Direito Contratual

Publicação trimestral da Editora Magister à qual se reservam todos os direitos, sendo vedada a reprodução total ou parcial sem a citação expressa da fonte.

A responsabilidade quanto aos conceitos emitidos nos artigos publicados é de seus autores.

Artigos podem ser encaminhados para o e-mail: editorial@editoramagister.com.br. Não devolvemos os originais recebidos, publicados ou não.

As íntegras dos acórdãos aqui publicadas correspondem aos seus originais, obtidos junto ao órgão competente do respectivo Tribunal.

Esta publicação conta com distribuição em todo o território nacional.

A editoração eletrônica foi realizada pela Editora Magister, para uma tiragem de 5.000 exemplares.

Revista Brasileira de Direito Contratual

v. 1 (out./dez. 2019)- Porto Alegre: Magister, 2019.

Trimestral.

v. 12 (jul./set. 2022)

Coordenadores: Flávio Tartuce e Pablo Malheiros da Cunha Frota

ISSN 2674-967X

1. Direito Contratual – Periódico.

CDU 347.4(05)

Ficha catalográfica: Leandro Augusto dos Santos Lima – CRB 10/1273

Capa: Editora Magister

Editora Magister

Diretor: Fábio Paixão

Alameda Coelho Neto, 20
Boa Vista – Porto Alegre – RS – 91340-340

Apresentação

Apresento o décimo segundo número da nossa *Revista Brasileira de Direito Contratual* (jul./set. 2022) com *nove artigos e uma nota técnica*, com instigantes temas abaixo relacionados.

Flávio Tartuce e Pablo Malheiros, em nome do IBDCONT, elaboraram Nota Técnica acerca do Projeto de Lei nº 4.188/2021 – Projeto de Lei das Garantias, na qual o Instituto se manifestou pela rejeição do referido Projeto de Lei, cujas razões estão expostas na citada nota.

João Hora Neto e Maria Tereza Targino Hora tratam da mitigação da taxatividade do rol da Agência Nacional de Saúde (ANS) enfocando na dificuldade de o paciente obter o medicamento necessário ao tratamento.

Eduardo Silva Bitti trata da aplicação do direito do consumidor a contratos empresariais, a partir da visão dos julgados do Superior Tribunal de Justiça. Para tanto, com uma breve revisão bibliográfica acerca do tema, é feita uma análise mais próxima das bases direito empresarial, para, por fim, explicar as diferenças entre as subáreas do direito privado em questão.

Lorena Marchesi de Oliveira e Bruna Lyra Duque cuidam da cláusula penal prevista nas relações contratuais e os aspectos práticos e divergentes sobre a temática. O objetivo é explorar as questões atinentes à aplicabilidade e ao controle judicial da cláusula penal, sobretudo em cenários de desequilíbrio contratual, mediante a análise de casos práticos.

Sandra Morais de Brito Costa e Beatriz Cardoso Montanhana aludem para a intersecção entre o contrato civil e a proteção da saúde e segurança do trabalhador no âmbito do contrato de prestação de serviço.

Raphael Ricci Portella aborda como a aquisição de tecnologia, seja ela associativa ou individual, é imprescindível para o desenvolvimento econômico de um país, gerando reflexos nas mais variadas áreas do Direito, dentre os quais se destacam o Direito Contratual, a Propriedade Industrial e o Direito Concorrencial. Apresentar um conceito do contrato associativo de tecnologia mostra-se imprescindível para o desenvolvimento do tema em outros ramos do Direito, principalmente pela aptidão de gerar abuso de poder econômico.

Aline Sathler Pereira de Souza Maia e Sandra Paula de Souza Mendes lidam com a aplicação do método de Análise Econômica do Direito aos contratos de locação que prevê índice de reajuste pelo IGPM e que durante a pandemia

causada pelo vírus Covid-19, gerou desequilíbrio contratual como aumento inesperado do índice acima da inflação.

Roberta Andrade Ferreira trata da intervenção do Estado nos contratos a partir da noção conceitual presente no Direito Romano e no Direito Civil brasileiro. Discorre sobre os princípios do *pacta sunt servanda*, conhecido também princípio da obrigatoriedade, e os da boa-fé objetiva e função social dos contratos. Analisa a mitigação do princípio da obrigatoriedade dos contratos durante a pandemia do coronavírus, período de maior intervenção do Estado nas relações negociais, a partir da análise jurisprudencial.

Victor Gabriel Temponi Bastos trata da natureza e a dogmática do princípio da boa-fé objetiva nas relações negociais, de modo a cotejá-lo com a boa-fé subjetiva e outros conceitos parcelares, que fixam nítida função de controle, para, posteriormente, extrair-se dele os chamados deveres fiduciários de conduta, deveres estes que guardam nítido valor ético, observáveis no correr da relação construída e, não obstante, mesmo após o seu término, para concluir-se que são dotados de generalidade, a possibilitar-se a abstração de acordo prévio às suas incidências.

Jonathan Marcel Felix da Silva reflete sobre a possibilidade de alteração do regime de bens do casamento pela via extrajudicial mesmo sem lei autorizando tal alteração.

Percebe-se que este número da Revista conserva o intuito de abarcar o pensamento de acadêmicos(as) e de profissionais e confirma que o IBDCONT é um espaço plural e inclusivo no Direito Contratual brasileiro. Excelente leitura.

Brasília, 29 de setembro de 2022.

Pablo Malheiros da Cunha Frota

Coordenador da Revista Brasileira de Direito Contratual

Sumário

Nota Técnica IBDCONT: Projeto de Lei nº 4.188/2021 – Projeto de Lei das Garantias	7
--	---

Doutrina

1. Mitigação do Rol da ANS e a Via-Crúcis do Paciente <i>João Hora Neto e Maria Tereza Targino Hora</i>	21
2. A Aplicação do Direito do Consumidor a Contratos Empresariais <i>Eduardo Silva Bitti</i>	53
3. Exigibilidade e Controle da Cláusula Penal: Conflitos e Aspectos Práticos <i>Lorena Marchesi de Oliveira e Bruna Lyra Duque</i>	69
4. Contratação de Prestação de Serviços: Intersecção entre o Contrato Civil e a Proteção da Saúde e Segurança do Trabalhador <i>Sandra Moraes de Brito Costa e Beatriz Cardoso Montanhana</i>	88
5. Contrato Associativo de Tecnologia e a Preocupação do Direito Concorrencial <i>Raphael Ricci Portella</i>	104
6. Análise Econômica do Direito e sua Relação com os Contratos de Locação: a Questão dos Reajustes dos Contratos Locatícios no Período da Pandemia de Covid-19 <i>Aline Sathler Pereira de Souza Maia e Sandra Paula de Souza Mendes</i>	116
7. A Intervenção do Estado nos Contratos Durante a Pandemia: uma Análise do Direito Romano e do Direito Civil Contemporâneo <i>Roberta Andrade Ferreira</i>	132
8. A Dogmática da Boa-Fé Objetiva <i>Victor Gabriel Temponi Bastos</i>	147
9. A Possibilidade de <i>Lege Ferenda</i> : Alteração Contratual Extrajudicial de Regime de Bens de Casamento <i>Jonathan Marcel Felix da Silva</i>	165

Legislação

1. Senado Federal <i>Projeto de Lei nº 4.188, de 2021</i>	173
--	-----

Exigibilidade e Controle da Cláusula Penal: Conflitos e Aspectos Práticos

LORENA MARCHESI DE OLIVEIRA

Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Estagiária do Lyra Duque Advogados; e-mail: lorenamarchesideoliveira@gmail.com.

BRUNA LYRA DUQUE

Doutora e Mestre do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Especialista em Direito Empresarial (FDV); Coordenadora do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito de Família e das Sucessões da FDV; Professora de Direito Civil da Graduação e Pós-Graduação Lato Sensu da FDV; Sócia-Fundadora do Escritório Lyra Duque Advogados, Advogada; e-mail: bruna@lyraduque.com.br.

RESUMO: O presente artigo tem por campo de estudo a cláusula penal prevista nas relações contratuais e os aspectos práticos e divergentes sobre a temática. O objetivo é explorar as questões atinentes à aplicabilidade e ao controle judicial da cláusula penal, sobretudo em cenários de desequilíbrio contratual, mediante a análise de casos práticos. O estudo proposto tenciona, do ponto de vista metodológico, utilizar o método indutivo. Dessa forma, será analisada a aplicabilidade e o controle judicial da cláusula penal, em casos específicos, para chegar a conclusões cujo conteúdo voltar-se-á à análise das vantagens e desvantagens do controle da multa, quando ocorrer a sua judicialização. Como hipótese do estudo, propõe-se que a eficácia da pena convencional deve ser preservada substancialmente, em observância à autonomia privada (negocial), admitindo a sua afastabilidade ou controle pelo Poder Judiciário, em cenários excepcionais de enriquecimento sem causa e de abuso do direito, ou em casos de impossibilidade de cumprimento da obrigação principal.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusula Penal. Controle Judicial. Autonomia Privada.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Cláusula Penal: Natureza Jurídica, Modalidades e Funções. 2 Dualidade da Cláusula Penal. 3 Estudos de Casos: Exigibilidade da Pena Convencional. 4 Controle Judicial da Cláusula Penal; 4.1 Requisitos e Caracterização da Cláusula Penal Abusiva; 4.2 Cenários Positivos e Negativos Relacionados ao Controle Judicial da Cláusula Penal. Conclusão. Referências.

Introdução

A cláusula penal, também denominada de pena convencional, está prevista nos arts. 408 a 416 do Código Civil. Trata-se de um pacto acessório à obrigação principal em que o devedor se compromete a uma prestação diversa do objeto do contrato, caso ocorra o inadimplemento culposo da obrigação principal (TARTUCE, 2020, p. 421).

A pena convencional possibilita a prefixação do prejuízo advindo do inadimplemento, sendo um marco importante para a autonomia negocial¹, além de possuir um caráter punitivo, conforme defendido pela teoria moderna dualista (SILVEIRA, 2021).

A relação contratual confere aos contratantes a liberdade para estipularem os termos que desejam, sendo um instrumento de proteção à liberdade individual. A pena convencional consubstancia a confiança no cumprimento da obrigação e reforça o vínculo existente entre as partes, com a valorização do princípio do *pacta sunt servanda* (FARIAS; ROSENVALD, 2021).

Essa relação contratual não está livre de qualquer controle ou limites impostos à exigibilidade dos termos previstos, uma vez que coerção privada não deve ser confundida com opressão. É fundamental garantir o equilíbrio entre a autonomia privada e os princípios da justiça contratual (ROSENVALD, 2020). Em alguns casos, será necessária a intervenção judicial, conforme previsto no art. 413 do Código Civil, para afastar o enriquecimento sem causa e o abuso do direito, a ser verificado em cada caso.

Em cenários de oscilação de mercado, de alterações imprevisíveis que impactam no negócio jurídico firmado ou no caso de desproporção da relação obrigacional, dentre outros cenários de externalidades a serem delineados neste estudo, surgem desafios à motivação (fim ou causa) do próprio negócio primitivo, o que gerará dúvidas sobre a aplicabilidade da pena convencional ou sobre a possibilidade de intervenção judicial na relação contratual, seja para afastar a aplicabilidade da pena convencional, seja para reduzir o montante prefixado.

O presente estudo, neste contexto, pretende investigar os aspectos fundamentais da cláusula penal, no que se refere às modalidades, funções e natureza jurídica; a dualidade da cláusula penal, as espécies e os efeitos decorrentes disso; a exigibilidade da pena convencional com estudos de casos;

1 A autonomia negocial, para Heloisa Helena Barboza, é o “reconhecimento do poder do sujeito privado de autorregular-se, nos limites da lei, aqui entendida em seu sentido amplo, e que tem na Constituição da República sua expressão maior”. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPELINO, Gustavo (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 410.

o controle judicial da pena convencional, no que se refere aos requisitos e à caracterização da cláusula abusiva, bem como cenários positivos e negativos referentes ao controle judicial.

Por fim, o estudo analisa os embates existentes entre a autonomia negocial e os princípios que permeiam a justiça contratual, com o fito de se alcançar o equilíbrio na relação contratual e na satisfação do direito material.

1 Cláusula Penal: Natureza Jurídica, Modalidades e Funções

A cláusula penal, prevista entre os arts. 408 e 416 do Código Civil, é “uma obrigação acessória que visa garantir o cumprimento da obrigação principal, bem como fixar, antecipadamente, o valor das perdas e danos em caso de descumprimento” (TARTUCE, 2020, p. 421).

Por ser acessório, depende de uma obrigação principal válida para produzir efeitos jurídicos. Aplica-se o princípio da gravitação jurídica, pois no caso de nulidade do contrato principal, a multa contratual também será declarada nula (TARTUCE, 2020).

A pena convencional reforça o vínculo existente entre as partes e valoriza o princípio da força obrigatória do contrato. O devedor se compromete a assumir a penalidade estabelecida, caso ocorra o inadimplemento culposo da obrigação, enquanto o credor tem a alternativa de exigir a penalidade estabelecida pela cláusula penal (alternativa à parte *creditoris*) (SILVEIRA, 2021). Nesse sentido, o objeto da cláusula penal é a previsão de uma pena convencional que visa substituir o insucesso da obrigação principal.

Quanto às modalidades de cláusula penal previstas no Código Civil, aponta-se a existência da cláusula penal compensatória e da cláusula penal moratória. A primeira, prevista no art. 410 do Código Civil, é estipulada para os casos em que há inexecução completa da relação obrigacional e visa prefixar a liquidação do possível dano causado pelo inadimplemento (FARIAS; ROSENVALD, 2021).

É um direito potestativo do credor, que tem a faculdade de insistir na tutela específica da obrigação ou pugnar pelo montante da cláusula penal (FARIAS; ROSENVALD, 2021). Não há eficácia preclusiva para o credor, que poderá formular pedido sucessivo com pretensão subsidiária na forma do art. 326 do Código de Processo Civil (FARIAS; ROSENVALD, 2021).

A cláusula penal moratória, prevista no art. 411 do Código Civil, visa impedir o retardamento culposo da prestação obrigacional e reforça o cumprimento da obrigação assegurada na relação contratual. Pretende constranger

o devedor ao adimplemento no tempo, forma e local previstos (FARIAS; ROSENVALD, 2021).

Da leitura do art. 411 do Código Civil compreende-se que se a obrigação primária de prestar o que é devido for realizada com atraso, coexistirá o dever de indenizar o dano moratório e o dever de cumprir com a obrigação principal.

Diferentemente da cláusula penal compensatória, a pena convencional moratória não objetiva substituir a prestação no caso de total inadimplemento, mas, sim, punir o devedor que presta morosamente, com o fito de compensar os prejuízos advindos do adimplemento defeituoso e imperfeito da obrigação ou os prejuízos advindos do descumprimento de alguma obrigação acessória ou cláusula específica (FARIAS; ROSENVALD, 2021).

Enquanto o credor não pode exigir o montante previsto na cláusula penal compensatória com o cumprimento da obrigação, a pena convencional moratória permite essa cumulação, uma vez que o dano pela mora não é eliminado pelo cumprimento da obrigação em momento posterior. É possível, ainda, cumular a pena convencional compensatória e a moratória (FARIAS; ROSENVALD, 2021).

Por sua natureza indenizatória, o estabelecimento da pena convencional compensatória obsta que o credor busque a reparação do dano pelo regime comum da responsabilidade civil, pois ficará adstrito ao montante da indenização antecipadamente fixado (SILVEIRA, 2019).

A cláusula penal dispensa que o credor realize a prova dano (FARIAS; ROSENVALD, 2021), evitando possível litígio, dada a liquidação antecipada das perdas e danos advindos do inadimplemento culposos da obrigação. A função coercitiva, por sua vez, visa o constrangimento indireto e a intimidação do devedor ao adimplemento e, caso seja ineficaz, aplica-se a sanção prevista (FARIAS; ROSENVALD, 2021).

Após constatado o dano, surge a eficácia indenizatória que advém do ato ilícito (arts. 186 e 393 do Código Civil), a fim de que o lesado seja restituído à situação em que ele se encontrava antes do dano.

Atribui-se, pois, à cláusula penal um caráter unitário e bifuncional (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 471), capaz de prefixar a liquidação dos danos, bem como compelir o devedor a adimplir nos termos previstos no contato. Essa é a visão defendida pela teoria dualista (SILVEIRA, 2021).

2 Dualidade da Cláusula Penal

A cláusula penal, na visão da teoria monista, tradicional, se divide em duas modalidades, que levam em conta a função da pena convencional e não

os seus efeitos: a compensatória e a moratória (SILVEIRA, 2019, p. 22). A visão tradicional atribui à cláusula penal a natureza de “liquidação antecipada de danos”, sem se questionar quanto à finalidade que as partes visaram empregar à relação jurídica, isto é, compelir o devedor ao cumprimento (cumulada com a obrigação principal) ou pré-liquidar a indenização (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 745).

A teoria dualista, mais contemporânea, entende que a pena convencional se subdivide em função indenizatória e coercitiva/punitiva. Isto é, a doutrina contemporânea aponta que cláusula penal tem duas funções: coerção, para intimidar o devedor ao adimplemento, sob pena de ter que arcar com a sanção acessória e, ressarcimento, prefixando as perdas e danos no caso de inadimplemento absoluto da obrigação (SILVEIRA, 2021).

Cabe delinear as diferenças entre as espécies de cláusula penal na visão da teoria dualista. A cláusula penal *stricto sensu* exerce apenas a função coercitiva, para pressionar o devedor a cumprir a obrigação (SILVEIRA, 2019). A finalidade concreta do credor é pressionar que o devedor cumpra com a obrigação assegurada, com a imposição de sanção expressivamente superior ao possível prejuízo. Se a obrigação não for cumprida, ao credor será possibilitado exigir o valor da pena (SILVEIRA, 2019).

A cláusula penal em sentido amplo estipula previamente o quantitativo das perdas e danos, o que dispensa que o credor produza provas sobre a extensão do dano, enquanto o devedor evita o perigo de sucumbir a uma indenização excessiva. A ausência de prejuízo afasta qualquer fundamento para exigir a liquidação prefixada. Essa espécie da pena convencional possui o objetivo de adequar o valor ajustado e o dano previsível esperado (FARIAS; ROSENVALD, 2021).

Na cláusula de prefixação de danos, há um juízo objetivo para adequar o valor ao dano previsível, de modo que não exceda ao valor estipulado para a obrigação principal (art. 412 do CC). Ao credor caberá o direito de substituir a prestação principal pela pena convencional, isto é, escolherá entre a tutela da obrigação específica e a exigência do montante da pena convencional (art. 410 do CC), independentemente da aferição do dano (art. 416 do CC) (FARIAS; ROSENVALD, 2021). Ao devedor caberá o ônus de provar fato impeditivo ao direito do credor, ao tentar demonstrar inexistência do dano ou do nexo causal (SILVEIRA, 2021).

A pena convencional visa reforçar o cumprimento da obrigação principal, seja prefixando as perdas e danos advindos do inadimplemento culposos, seja constringendo indiretamente o devedor para que ele cumpra com a obrigação assegurada no tempo, forma e local estipulados. Entretanto, surgem

alguns desafios para o direito contratual, no que se refere à exigibilidade da pena convencional.

3 Estudos de Casos: Exigibilidade da Pena Convencional

Em conformidade com o art. 408 do Código Civil, “incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigações ou se constitua em mora”.

A pena convencional é exigível quando ocorre o inadimplemento culposo da obrigação ou quando o devedor é constituído em mora, uma vez que a imputabilidade do devedor é condição essencial para a eficácia da cláusula penal (SILVEIRA, 2021). Somente haverá o exercício da cláusula penal quando configurado o ilícito contratual, com o não cumprimento da obrigação principal, por fato imputável ao devedor, ou seja, quando verificada a culpa (SILVEIRA, 2019).

Quando a prestação acordada não é realizada, como, por exemplo, a inexecução de um serviço contratado, tem-se o inadimplemento culposo da obrigação, o que permite que a pena convencional seja exigida. Sendo a cláusula penal um pacto acessório à obrigação principal (TARTUCE, 2020), se o inadimplemento da obrigação principal ocorrer por caso fortuito ou força maior (art. 393 do CC), o credor não poderá exigir o cumprimento da obrigação principal junto ao devedor.

Embora a culpa nas relações contratuais seja presumida, é uma presunção *iuris tantum*. A culpa imputada ao devedor pode ser afastada quando ele lograr êxito em produzir prova em contrário, no sentido de demonstrar que a inexecução da prestação ocorreu por fato que não seja imputável a ele, por ser alheio à sua vontade, o que pode ensejar a inexigibilidade da pena convencional (SILVEIRA, 2021). Para melhor compreender os aspectos referentes à exigibilidade da pena convencional, é fundamental a análise de casos concretos.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.736.452/SP) recentemente reforçou o entendimento de que o caso fortuito ou força maior “afasta a responsabilidade do devedor pelos danos oriundos do inadimplemento ou da mora contratual, à medida que interrompe o liame de causalidade que unia o agente ao resultado danoso”.

No caso analisado, tratava-se de contrato que previa cláusula penal compensatória, ao prefixar as perdas e danos no caso de inadimplemento. Apesar de ser possível a redução da pena convencional nos casos de excesso, o simples fato de a multa atingir “cifra milionária” é insuficiente para afastar a eficácia integral da pena convencional, conforme reconhecido pela Corte Estadual.

A Terceira Turma entendeu que a elevação no preço da energia elétrica, conforme alegado pelo Recorrente, não constitui força maior, pois: (i) as oscilações no preço dos bens que a contratada deve fornecer é comum, sendo um risco inerente ao negócio; (ii) o problema financeiro poderia ter sido evitado pelo Recorrente; (iii) a elevação do preço do objeto da prestação não a tornou impossível. Não reconhecida a incidência da força maior, não foi possível afastar a exigibilidade da cláusula penal, uma vez que oscilações de mercado inerentes ao negócio jurídico firmado e circunstâncias que poderiam ter sido evitadas são insuficientes para afastar a exigibilidade da pena convencional, não restando comprovada a impossibilidade de cumprir com a avença.

Em outro caso, a Terceira Turma da Corte Estadual (REsp 1.803.803/RJ) reforçou a ideia de que a cláusula penal possui natureza mista, ao abarcar a função de compelir o devedor ao adimplemento, bem como antecipar a liquidação do dano. A Corte entendeu que a preponderância da função coercitiva da cláusula penal justifica a fixação de uma pena elevada para a hipótese de resolução antecipada e, no caso em análise, entendeu que ao inexistir assimetria entre os contratantes que justifique a intervenção em seus termos, deve prevalecer a autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos.

Nesse sentido, em respeito ao *pacta sunt servanda* e à autonomia da vontade, princípios norteadores do direito contratual, deve prevalecer a aplicabilidade da pena convencional livremente estipulada pelos contratantes, sobretudo quando não há assimetria entre as partes que justifique a intervenção do Poder Judiciário.

Além disso, se o caso fortuito e a força maior não estiverem devidamente configurados, não há que se falar em afastamento da pena convencional (SILVEIRA, 2021), de modo que deve ser analisado pelo julgador o impacto inequívoco e direto do fator externo no cumprimento da obrigação avençada.

O Tribunal da Justiça da Bahia, no julgamento do Recurso Inominado 0009348-67.2020.8.05.0150, ao analisar o descumprimento de um contrato de fornecimento de gás GLP, entendeu por aplicar ao caso concreto a teoria da imprevisão (art. 478 do CC) e a teoria do rompimento da base objetiva do negócio (art. 6º, V, do CDC), devido às circunstâncias imprevisíveis e onerosas geradas ao Recorrente por consequência da Pandemia da Covid-19. Sob a justificativa de garantir o equilíbrio contratual da relação obrigacional, entendeu por excluir a cláusula penal prevista pela quebra do contrato.

Em julgamento semelhante, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (no julgamento Agrado de Instrumento 07461936520208070000) entendeu que “sem olvidar do *pacta sunt servanda*, princípio que torna obrigatórias as cláusulas contratuais livre e previamente pactuadas, tem-se que a pandemia

de Covid-19 se amolda à noção de caso fortuito, a ensejar a intervenção do Poder Judiciário”. Nesse sentido, cada caso concreto deve ser analisado em suas particularidades, a fim de verificar se a prestação não foi cumprida por fato imputável ao devedor ou por força maior.

A pandemia, por si só, não pode e não deve ser considerada como evento de caso fortuito ou força maior (SIMÃO, 2020). Deve ser verificado o impacto diretamente na prestação convencionada. Se a impossibilidade for temporária, é possível que a utilidade ainda se mantenha, o que configura irresponsabilidade pela não realização da prestação (SIMÃO, 2020).

O Tribunal de Justiça da Bahia, ao julgar o Recurso Inominado 0103485-03.2020.8.05.0001, referente a uma ação revisional c/c declaratória de abusividade da cláusula penal, em que a Recorrente invocou o argumento de onerosidade advinda da Pandemia da Covid-19, entendeu que “a cobrança da multa por cancelamento do contrato constitui direito do contratado, não representando vantagem indevida ou cláusula abusiva, uma vez que se destina as despesas administrativas decorrentes do contrato”. Assim, entendeu ser devida a incidência da multa em face da Recorrente, que deu causa à resolução contratual.

Nesse sentido, deverá ser observado o modo e o tempo em que os efeitos da pandemia alcançaram as prestações pactuadas, bem como os possíveis meios alternativos de execução e os abalos do mercado em relação a determinado setor econômico (RÊGO FILHO, 2020).

A pena convencional é fixada livremente pelos contratantes e sua eficácia deve ser preservada substancialmente. Se a prestação é útil ao credor e exequível, mesmo que existam dificuldades ou impedimentos temporários, não há que se falar em ausência de culpa (SIMÃO, 2020), e não deverá ser afastada a cláusula penal.

Por exemplo, se a prestação não é cumprida na forma e tempo estipulados devido ao fato de que todos os funcionários foram acometidos pela Covid-19 e estão afastados, ou devido a uma calamidade que bloqueou todas as estradas que permitiam ao fornecedor ter acesso ao local de entrega dos produtos, é possível que a cláusula penal seja afastada, apenas quando caracterizado um evento externo que atinja diretamente o cumprimento da obrigação, sem participação do devedor.

Existem setores da economia que sofreram expressivamente com o caos instaurado pela pandemia e pelas restrições advindas do isolamento preventivo. Não se nega que existem cenários em que a força maior resulta da pandemia, quando, por exemplo, a empreitada não pode prosseguir devido à pandemia, pois os pedreiros e demais funcionários ficaram, em determinados períodos,

em isolamento. Entretanto, se verificada alguma possibilidade de o devedor cumprir com a obrigação, mesmo que com alguma dificuldade, estará caracterizado inadimplemento culposo e a força obrigatória dos contratos deverá ser observada (SIMÃO, 2020).

É possível um cenário em que apenas uma parte da equipe responsável pelo cumprimento da avença está acometida pela doença contagiosa ou que apenas parte das estradas esteja bloqueada. Se a prestação é exequível, mesmo que mais custosa ao devedor, não resta configurada a força maior (SIMÃO, 2020). Se for possível o serviço remoto (*home office*), não há que se alegar impossibilidade da prestação pelo fato de estar impossibilitado de “sair de casa” (SIMÃO, 2020). Se o fato gerador do bloqueio das estradas for temporário, ou seja, se a impossibilidade é passageira, não se aplica a força maior, de modo que não será afastada a aplicação da cláusula penal.

Invocar como argumento as dificuldades trazidas pela Covid-19 ou as dificuldades econômicas enfrentadas por fato superveniente à formação do contrato, não configuram, por si só, hipótese de afastamento da pena convencional. Nesse sentido entendeu o Tribunal de Justiça da Goiânia, no julgamento da Apelação Cível 5277542-84.2016.8.09.0051, ao analisar um caso em que as obras não foram entregues no prazo previsto e, portanto, ocorreu o inadimplemento culposo da obrigação, não sendo possível invocar justificativas quanto à dificuldade de concluir o serviço no tempo correto, sem comprovar o impacto direto e a impossibilidade de cumprimento da avença, devendo incidir a multa contratual, em respeito à força obrigatória dos contratos.

Do exposto, se a prestação é exequível e útil ao credor, deverá ser observada a força obrigatória dos contratos e a autonomia privada, de modo que a cláusula penal será exigível. É fundamental analisar, portanto, o controle judicial da pena convencional.

4 Controle Judicial da Cláusula Penal

O controle judicial da cláusula penal é um tema que comporta intensa controvérsia, por ser uma hipótese de controle judicial no conteúdo obrigacional, nos termos do art. 413 do Código Civil. Essa disposição normativa prevê que a pena convencional deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, levando-se em conta a natureza e a finalidade do negócio.

Após a análise da conformidade da cláusula penal com o ordenamento jurídico, é possível que o Poder Judiciário verifique a eficácia e a razoabilidade da exigibilidade da pena convencional. A redução do excesso tem como

fundamento o abuso do direito e a imposição de limites aos direitos subjetivos, observada a boa-fé objetiva que permeia a relação contratual (FARIAS; ROSENVALD, 2021).

Quando ocorre o inadimplemento, surgem algumas alternativas para o credor, dentre elas, a execução da pena convencional. Seja qual for a espécie ou modalidade da cláusula penal, ela foi livremente pactuada pelas partes. Não há, portanto, necessidade do controle advindo do Poder Judiciário para reforçar a pena convencional, pois seria uma intervenção significativa no âmbito da autonomia privada (SILVEIRA, 2019).

A importância da cláusula penal se perfaz no direito das obrigações e no direito contratual, uma vez que valoriza a ideia de que o contrato deve ser cumprido, bem como diminui as chances de litígio judicial. Entretanto, existem alguns riscos, uma vez que a pena convencional somente será cobrada em momento futuro, o que possibilita a convenção de penas exorbitantes com o pensamento de que não necessitarão pagar por acreditar no cumprimento da obrigação (SILVEIRA, 2019).

A discussão acerca do controle da cláusula se dá para que ela não se torne abusiva e instrumento de coerção do credor, mas que também seja valorizada, dada a sua importância na prática contratual e no âmbito da autonomia negocial.

O art. 413 do Código Civil concedeu ao magistrado a autoridade moderadora da cláusula penal, sendo um avanço na concretização de direitos fundamentais dos contraentes. Não é uma prerrogativa para invalidar a cláusula penal, mas, sim, reduzi-la com o fito de afastar o excesso e o abuso do direito (FARIAS; ROSENVALD, 2021).

4.1 Requisitos e Caracterização da Cláusula Penal Abusiva

O art. 187 do Código Civil define o abuso do direito como a prática de um ato ilícito por quem, ao exercer seu direito, excede os limites impostos pela boa-fé. Ao reduzir equitativamente a cláusula penal, nos casos de excesso ou cumprimento parcial da obrigação, o magistrado está afastando o enriquecimento sem causa.

É possível que a cláusula penal prevista e exigida seja abusiva, ao conferir vantagem excessiva ao contraente normalmente mais forte, ao gerar uma ruptura abrupta no equilíbrio contratual. O juízo deverá reduzir a cláusula penal de ofício, sendo o art. 413 do Código Civil uma norma de ordem pública, que não se derroga pela vontade das partes (FARIAS; ROSENVALD, 2021).

A pena convencional é controlada pelo princípio da boa-fé objetiva, a fim de evitar que o exercício da pena se dê de forma abusiva. O parâmetro de controle da pena convencional é a regra geral de proibição do abuso do direito, uma vez que a boa-fé objetiva, em sua função corretiva, fundamenta o art. 413 do Código Civil (SILVEIRA, 2021).

A boa-fé objetiva pode ser conceituada como “exigência de conduta leal dos contratantes, está relacionada com os deveres anexos ou laterais de conduta, que são ínsitos a qualquer negócio jurídico não havendo sequer a necessidade de previsão no instrumento negocial” (TARTUCE, 2020, p. 573). Nesse sentido, a boa-fé objetiva também se apresenta com função de controle (art. 187 do Código Civil).

Deveres anexos são aquelas prestações inerentes a toda relação pactuada (informação, fidelidade, respeito, cooperação e confiança). Em razão dessas prestações, observa-se forte tendência teórica em relacionar a aplicação dos deveres anexos como um desdobramento do princípio da boa-fé objetiva² e do princípio da função social (DUQUE, 2018, p. 48-49).

A doutrina aponta alguns fundamentos como autorizadores do controle judicial, dentre eles: “a alteração das circunstâncias, a tutela do devedor como parte mais fraca, o princípio da justiça corretiva, as regras de equidade, o enriquecimento sem causa e os aspectos de ordem moral e social” (SILVEIRA, 2019, p. 62).

A possibilidade de intervenção judicial na relação obrigacional é afastar possível abuso por parte do credor no exercício do seu direito. O parâmetro referente ao exagero da pena é a verificação da “clara desproporção entre o valor dos danos efetivamente apurados e valor dos danos previamente liquidados” (SILVEIRA, 2019, p. 70), isto é, uma desproporção clara e manifesta.

No âmbito do direito do consumidor, o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor prevê as cláusulas abusivas inseridas em contratos de adesão e as localizadas em contratos paritários de consumo em sentido amplo. A disparidade do poder negocial entre os contraentes (nesse caso, entre o aderente e o predisponente) normalmente enseja a prática de abusos (FARIAS; ROSENVALD, 2021). O inciso IV do art. 51 do CDC prevê que as cláusulas que estabeleçam obrigações abusivas, isto é, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade são nulas de pleno direito.

2 Adotam tal posicionamento os autores Claudio Luiz Bueno de Godoy (2009, p. 79-80) e Judith Martins-Costa (2000, p. 438-439).

É abusiva a prática de estipular cláusula penal exclusivamente ao adquirente, nos casos de mora ou inadimplemento absoluto, estando isento o fornecedor em situação análoga de descumprimento da avença (FARIAS; ROSENVALD, 2021). Conforme entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.614.721/DF e do REsp 1.631.485/DF (Tema nº 971), submetidos à sistemática dos recursos representativos de controvérsia, em caso de inadimplemento do vendedor, se houver omissão do contrato, deve-se inverter a cláusula penal pactuada para o inadimplemento do adquirente, observa a equidade, ao converter obrigações heterogêneas em dinheiro, por arbitramento judicial.

É possível, observada a equidade, a inversão da penalidade para o caso de mora atribuível ao fornecedor, e o valor será apurado em fase de liquidação por arbitramento. Nesse sentido, já foi decidido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial 1.536.354) que “a cláusula penal inserta em contratos bilaterais, onerosos e comutativos deve voltar-se aos contratantes indistintamente, ainda que redigida apenas em favor de uma das partes”.

A cláusula penal representa um direito subjetivo do credor (SILVEIRA, 2019). Entretanto, há limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, sendo a cobrança excessiva da pena convencional um abuso do direito. O momento de verificação da abusividade da cláusula penal é no momento da exigibilidade da pena, quando ocorre o inadimplemento (SILVEIRA, 2021).

A cláusula penal concede aos contraentes a possibilidade de autodeterminar um montante de pena a ser exigida e substituir a prestação no caso de inadimplemento. A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.656.182/SP) já entendeu que não é devida a intervenção judicial para incluir cláusula penal genérica contra fornecedor em contrato padrão de consumo, pois isso viola o princípio da livre-iniciativa e da autonomia da vontade, visto que a legislação já prevê mecanismos de punição para o inadimplemento e para a mora.

Além disso, as cláusulas abusivas não estão apenas nos contratos de consumo, mas também nos contratos civis e empresariais. Os contratos de adesão também existem no âmbito privado e não implicam automático reconhecimento da abusividade das cláusulas, visto que é possível que seja equânime (FARIAS; ROSENVALD, 2021). A excessividade apenas é verificada quando a extensão dos danos sofridos pelo credor é significativamente inferior ao valor da pena convencional (SILVEIRA, 2021), devendo ser calculada a desproporção entre os danos apurados e o valor dos danos liquidados na cláusula penal.

Será ônus do devedor, ao requerer a redução da pena convencional, fazer prova do excesso e do abuso do direito (SILVEIRA, 2021), ou seja, o

devedor deverá demonstrar de forma inequívoca que o dano foi expressivamente inferior ao montante antecipadamente liquidado, enquanto o credor, no momento de exigir a cláusula penal, não precisa alegar quais prejuízos sofreu visto que a indenização foi predeterminada (art. 416 do CC).

4.2 Cenários Positivos e Negativos Relacionados ao Controle Judicial da Cláusula Penal

Há cenários que permitem a intervenção judicial na relação obrigacional com o objetivo de afastar o enriquecimento ilícito, o excesso e o abuso do direito, mas sem sacrificar a livre-iniciativa e a autonomia negocial das partes.

Deve ser analisada objetivamente a proporcionalidade entre o montante fixado a título de penalidade e a parcela cumprida da obrigação. Da análise jurisprudencial deste estudo e levando em consideração a doutrina pertinente (SILVEIRA, 2019), observa-se que os julgadores, em diversos casos, interpretam o art. 413 do Código Civil como autorizador da redução da cláusula penal sem ponderar sobre o valor dos danos sofridos pelo credor advindos do inadimplemento. Não é admissível que a pena convencional livremente pactuada entre os contratantes seja reduzida sem que se observe e sem que seja provada a extensão do dano, conforme delineado neste estudo.

Nesse cenário, a vontade precisa ser considerada sob o prisma da solidariedade, do mesmo modo, a intervenção judicial só se mostrará eficaz se ocorrer de modo proporcional, uma vez que tal proporcionalidade deve perquirir as dimensões subjetiva, objetiva e funcional do negócio (causa como função socioeconômica), como esclarece Bruna Lyra Duque (2018, p. 232).

O Tribunal de Justiça da Bahia, ao julgar o Recurso Inominado 0014378-02.2020.8.05.0080, referente a uma ação de resolução contratual cumulada com pedido de declaração de nulidade de cláusula, sobre a possibilidade de se aplicar a cláusula penal no caso em análise, afirmou que não havia qualquer impedimento para aplicar a multa contratual, uma vez que “a incidência da penalidade tem o condão de ressarcir prejuízos nos investimentos feitos pela contraparte, além de indenizar a quebra da expectativa de manutenção do contrato nos moldes em que fora entabulado”.

A parte autora havia alegado vício de consentimento, uma vez que aderiu a um contrato de *timing sharing turístico*, após ter sido submetida a “*marketing agressivo*”. O juízo reconheceu a aplicabilidade da pena convencional, visto que as partes assim livremente estipularam, além de que não restou inequívoco o vício de consentimento.

Entretanto, o Tribunal reiterou que o juízo deve reduzir de ofício a cláusula penal manifestamente excessiva. O magistrado ponderou que o valor cobrado a título de penalidade é desproporcional e exagerado em relação à contraprestação da empresa. Sob essa premissa, invocando a necessidade de se alcançar o equilíbrio contratual, reduziu o montante da penalidade em 78,60%, por considerar proporcional e razoável, tendo em vista que o credor suportou os gastos com a contratação, mas entendeu por afastar o “enriquecimento sem causa”.

O juízo não afastou a aplicabilidade da pena convencional, mas reduziu expressivamente o montante prefixado, sob a justificativa de afastar o enriquecimento sem causa e alcançar o equilíbrio na relação contratual. Ao reduzir a multa expressivamente, há uma severa intervenção do Poder Judicial nas relações contratuais, sendo um cenário negativo do controle judicial da cláusula penal. *In casu*, a pena convencional aplicada se deu com o intuito de ressarcir os prejuízos suportados pela contraparte, diante dos investimentos feitos, além de indenizar a quebra da expectativa de manutenção do contrato nos moldes em que fora contratado.

É necessário analisar objetivamente quais foram os danos decorrentes do inadimplemento (ônus do devedor) e se isso de fato representa excesso e abuso do direito, uma vez que as partes livremente celebraram um contrato que previa a pena convencional no caso de inadimplemento. Ao ser reconhecida a excessividade da pena, a legislação civil determina sua redução equitativa, o que não autoriza decisões arbitrárias ou discricionárias, bem como não pode ser utilizada para “corrigir injustiças ou equalizar relações desiguais” (SILVEIRA, 2019, p. 71), sob pena de sacrificar a autonomia das partes.

Nesse sentido, entende-se que o magistrado deve observar (i) a finalidade das partes e a natureza do negócio; (ii) se a cláusula penal é abusiva, e (iii) os reais danos causados pelo inadimplemento, a fim de verificar a desproporção ou não em relação ao que foi suportado pelo devedor a título de penalidade, levando em conta o dano efetivamente verificado. O julgador, ao reduzir a pena, deve apresentar os fundamentos e a metodologia adotada, considerando os fatos e as provas apresentadas pelo devedor, sendo esse um cenário positivo do controle judicial, ao afastar fundamentadamente o abuso do direito e o desequilíbrio na relação contratual.

Nesse sentido, na Apelação Cível 1009084-89.2020.8.26.0007, julgada pelo Tribunal de Justiça do Tribunal de São Paulo (TJSP), foi aplicada a redução equitativa de cláusula penal autorizada pelo art. 413 do Código Civil, como “prestígio ao equilíbrio dos contratos e preservação da função social do contrato”, tendo em vista que a relação contratual foi parcialmente cumprida, visto que é possível aplicar a primeira parte do art. 413 do Código Civil, com

o fito de afastar o enriquecimento sem causa, uma vez que a obrigação foi cumprida em parte e não ocorreu o inadimplemento integral.

O inadimplemento absoluto ocorre quando a obrigação não é cumprida em tempo, lugar e forma convencionados e torna-se inútil ao credor, diferente do inadimplemento relativo (VENOSA; DENSA, 2020).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) recentemente julgou a Apelação Cível 1.0000.21.078325-4/001, referente a uma ação rescisória, em que a construtora Apelante afirmou que o atraso na obra se deu por fortuito externo, o que dificultou a autorização para realocação de redes elétricas existentes no terreno do empreendimento, embora a obra tenha sido concluída. O TJMG entendeu que não se pode atribuir ao promissário comprador o ônus de suportar os atrasos, além de que a cláusula penal foi prevista para ambos os contraentes em caso de inadimplemento. Por fim, entendeu que “se a cláusula penal foi pactuada a ambos os contratantes com 20% do valor do contrato, não há que se falar em sua minoração”.

Como analisado pelo Tribunal mineiro, se a cláusula foi pactuada livremente pelos contratantes, não existindo enriquecimento ilícito ou abuso do direito, não sendo provada e extensão do dano e o desequilíbrio, não há que se falar em minoração da pena convencional. Nesse sentido, o Poder Judiciário apenas deve intervir na relação obrigacional quando efetivamente for necessário, a fim de restabelecer o equilíbrio na relação contratual, visto que a cláusula penal é um instrumento fundamental no âmbito da liberdade negocial.

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Cível 1012404-04.2016.8.26.0100) já proferiu decisão afirmando que a pena convencional não era passível de redução, uma vez que o devedor não conseguiu comprovar que os prejuízos eram inferiores ao valor da pena.

Quanto à Pandemia da Covid-19, esta não é, isoladamente, fator ou justificativa para redução da pena convencional por meio do art. 413 do Código Civil. É possível que a pandemia torne a prestação mais difícil para o devedor. Deve haver um impacto direto no dano advindo do inadimplemento (SIMÃO, 2020). Caso contrário, não há que se falar em redução da pena convencional.

É possível apontar outra forma de controle da pena convencional, não sendo um controle referente ao valor do montante, mas, sim, em relação ao exercício da pena convencional (SILVEIRA, 2021). Isso, porque exigir a pena convencional do devedor no cenário de pandemia, por exemplo, pode representar desequilíbrio na relação contratual e um ônus pesado para devedor, em violação à ética contratual.

Quando há uma realidade de riscos excepcionais, a preservação dos interesses dos contratantes conflita com exigências de interesse público, representado pelas medidas de polícia e isolamento, bem como suas consequências sociais e econômicas (MIRAGEM, 2020).

Em um cenário, por exemplo, em que a família está suportando o desemprego, exigir que pague a multa condominial de 2% pode ser abusivo no caso concreto. Além disso, diversos comércios foram prejudicados e se viram obrigados a fecharem as portas. Em relação a uma loja que necessitou fechar por diversos meses devido aos decretos que determinaram o fechamento dos comércios, pode ser considerado abusivo exigir que o locatário satisfaça a multa rescisória no momento de devolução antecipada das chaves (SILVEIRA, 2021).

Nesse sentido, há um cenário de controle do exercício da pena convencional. O julgador não se restringirá ao valor da pena, mas, sim, com o abuso do exercício da pena pelo credor, ao observar a relação entre o benefício auferido pelo credor e o sacrifício suportado pelo devedor. A cobrança pelo credor da pena convencional pode representar abuso do direito quando imputa ao devedor um sofrimento demasiado e injustificado, quando, por exemplo, ele encontra severas dificuldades em cumprir uma obrigação devido ao caos instaurado pela pandemia (SILVEIRA, 2021).

Prevê o Enunciado nº 617 da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, nos seguintes termos: “O abuso do direito impede a produção de efeitos do ato abusivo de exercício, na extensão necessária a evitar sua manifesta contrariedade à boa-fé, aos bons costumes, à função econômica ou social do direito exercido”; ou seja, o controle da cláusula penal poderá ser em relação ao seu exercício e não ao montante.

No caso do devedor que se compromete com a entrega de determinados produtos, que porventura venham a ser entregues com atraso, mas entregues no mesmo dia, por alguma das dificuldades relacionadas à pandemia, como, por exemplo, o quadro de funcionários reduzido por conta da quarentena, a exigência da pena convencional poderá ser abusiva, causando desequilíbrio na relação contratual, o que justifica a intervenção do Poder Judiciário em um cenário positivo do controle judicial da cláusula penal.

Em qualquer outra relação contratual, o dever de renegociar deve ser privilegiado ao máximo (SCHREIBER, 2020). Os próprios contratantes são os que melhor conhecem a realidade específica de sua relação contratual e quais são os verdadeiros impactos suportados. Assim, estão mais preparados que qualquer pessoa para readequar os termos do contrato à nova realidade vivenciada, com o fito de se alcançar benefícios mútuos (SCHREIBER, 2020).

É necessário reconhecer, no direito brasileiro, o dever implícito de renegociar os contratos afetados por patologias, sobretudo aquelas de caráter temporário (SCHREIBER, 2020), como a Pandemia da Covid-19, o que pode ser extraído da cláusula geral de boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil). O caráter temporário do impacto dessas situações na relação contratual recomenda a obtenção de soluções consensuais. Ao Poder Judiciário deve ser reservado um papel residual, sendo *ultima ratio* para os contratantes, competindo aos juristas o incentivo a soluções não litigiosas (SCHREIBER, 2018).

Em suma, para que seja justificável a intervenção do Poder Judiciário na relação obrigacional, deve existir inequívoco desequilíbrio da relação contratual, com o fito de que seja respeitada a autonomia privada e a força obrigatória dos contratos. Além disso, deve estar comprovada a desproporção entre o dano causado e o montante prefixado. Constatado o abuso do direito, o julgador deverá reduzir a pena convencional apenas na parcela abusiva, prevalecendo o princípio da conservação do negócio jurídico.

Conclusão

O artigo explorou os conflitos e os aspectos práticos decorrentes da aplicabilidade e do controle judicial da cláusula penal. Esta é um pacto acessório à obrigação principal de extrema relevância para as relações contratuais (TARTUCE, 2020), pois reforça o adimplemento da obrigação e a força obrigatória dos contratos, ao prefixar a liquidação das perdas e danos e intimidar o devedor a cumprir com a avença, conforme explorado neste estudo.

Sendo um instrumento firmado no âmbito da autonomia privada, a aplicabilidade da pena convencional, livremente estipulada entre os contratantes, deve ser observada ao máximo. Entretanto, há cenários diversos, como a Pandemia da Covid-19, oscilações de mercado e situações de caso fortuito ou força maior que podem impactar no cumprimento da obrigação ou até mesmo impossibilitá-la, o que afeta diretamente a aplicação da cláusula penal, por sua característica acessória.

O artigo explorou diversos casos concretos que demonstram os desafios encontrados na prática e os requisitos a serem objetivamente analisados pelo magistrado para verificar se há abuso do direito, excesso ou enriquecimento sem causa, com o objetivo de restabelecer o equilíbrio contratual.

Deve ser valorizado o dever de renegociar os contratos afetados por patologias, sobretudo aquelas de caráter temporário (SCHREIBER, 2020), decorrente da cláusula geral de boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil). Os contratantes conhecem a relação obrigacional que firmaram e o impacto que fatores externos causam no cumprimento da obrigação, de modo que o Poder Judiciário deve ter um papel residual, enquanto a eficácia da cláusula penal deve ser garantida substancialmente.

Para que seja justificável a intervenção do Poder Judiciário na relação obrigacional, é imprescindível que se configure inequivocamente o desequilíbrio da relação contratual, o enriquecimento sem causa e o abuso do direito, bem como o verdadeiro impacto de fatores externos no cumprimento da obrigação, a fim de que seja respeitada a autonomia negocial e a força obrigatória dos contratos. Se a prestação é exequível pelo devedor e útil ao credor, ela deve ser cumprida, ainda que existam algumas dificuldades ou impedimentos temporários (SIMÃO, 2020), com o objetivo de priorizar a eficácia da pena convencional livremente pactuada e o adimplemento da obrigação principal.

TITLE: Enforceability and control of the penalty clause: conflicts and practical aspects.

ABSTRACT: The field of study of this article is the penalty clause provided for in contractual relations and the practical and divergent aspects on the subject. The objective of this study is to explore the issues concerning the applicability and judicial control of the penalty clause, especially in scenarios of contractual imbalance, through the analysis of practical cases. From a methodological point of view, the proposed study intends to use the inductive method. In this way, the applicability and judicial control of the penalty clause will be analyzed in specific cases in order to reach conclusions whose content will turn to the analysis of the advantages and disadvantages of the control of the fine when its judicialization occurs. As a hypothesis, it is proposed that the effectiveness of the conventional penalty should be substantially preserved, in compliance with the private (business) autonomy and admitting its removal or control by the Judiciary in exceptional scenarios of unjust enrichment and abuse of rights, or in cases of impossibility of compliance with the main obligation.

KEYWORDS: Penalty Clause. Judicial Control. Private Autonomy.

Referências

- BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. *Recurso Inominado 0009348-67.2020.8.05.0150*. Rel^a Des^a Mary Angelica Santos Coelho. DJe 26/09/2021.
- BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. *Recurso Inominado 0014378-02.2020.8.05.0080*. Rel^a Des^a Eliene Simone Silva Oliveira. DJe 25/01/2022.
- BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. *Recurso Inominado 0103485-03.2020.8.05.0001*. Rel^a Des^a Mariah Meirelles de Fonseca. DJe 09/10/2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.736.452/SP*. Terceira Turma. Rel^a Min^a Nancy Andrighi. DJe 01/12/2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.803.803/RJ*. Terceira Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. DJe 25/11/2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.656.182/SP*. Segunda Seção. Rel^a Min^a Nancy Andrighi. DJe 11/09/2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.536.354/DF*. Terceira Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. DJe 07/06/2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.614.721/DF*. Segunda Seção. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJe 25/06/2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.631.485/DF*. Segunda Seção. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJe 25/06/2019.

- BUENO DE GODOY, Claudio Luiz. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Agravo de Instrumento 07461936520208070000*. Rel. Des. Sandoval Oliveira. DJe 10/03/2021.
- DUQUE, Bruna Lyra. *Causa do contrato: entre direitos e deveres*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2018.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: obrigações*. 15. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2021. v. 2.
- GOIÂNIA. Tribunal de Justiça do Estado de Goiânia. *Apelação Cível 5277542-84.2016.8.09.0051*. Rel. Des. Wilson Safatle Faiad. DJe 15/03/2021.
- MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Forense: Rio de Janeiro, 2003. v. 2.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 2000.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0000.21.078325-4/001*. Rel. Des. Amauri Pinto Ferreira. DJe 16/12/2021.
- MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, vol. 1015/2020, maio 2020, DTR/2020/3972. Disponível em: <https://brunomiragem.com.br/wp-content/uploads/2020/06/001-nota-relativa-a-pandemia-de-coronavirus-e-suas-repercussoes.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2022.
- RÊGO FILHO, Carlos Edison do. Contratos em tempo de pandemia: descumprimento e força maior. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567. Disponível em: <https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/78435/7435544.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 08 fev. 2022.
- ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais*. 2. ed. São Paulo: Foco, 2020.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1009084-89.2020.8.26.0007*. Rel. Des. Hugo Crepaldi. DJe 03/02/2022.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1012404-04.2016.8.26.0100*. Rel. Des. Artur Marques. DJe 21/03/2017.
- SCHREIBER, Anderson. Contratos de locação imobiliária na pandemia. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, 2020, ISSN:2317-2150. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/11487/pdf>. Acesso em: 07 fev. 2022.
- SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- SILVEIRA, Marcelo Matos Amaro da. *Cláusula penal e sinal: as penas privadas convencionais na perspectiva do direito português e brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2019.
- SILVEIRA, Marcelo Matos Amaro da. A cláusula penal em tempos de pandemia: Reflexões sobre a exigibilidade e o controle da pena convencional. *Migalhas*, 07 jun. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/346627/reflexoes-sobre-a-exigibilidade-e-o-controle-da-pena-convencional>. Acesso em: 07 fev. 2022.
- SIMÃO, José Fernando. O contrato nos tempos da COVID-19: Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio. *Migalhas*, 03 abr. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/323599/o-contrato-nos-tempos-da-covid-19---esquecam-a-forca-maior-e-pensem-na-base-do-negocio>. Acesso em: 08 fev. 2022.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 10. ed. São Paulo: Método, 2020.
- VENOSA, Sílvio de Salvo; DENSA, Roberta. Mora em tempos de pandemia. *Migalhas*, 14 abr. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324596/mora-em-tempos-de-pandemia/>. Acesso em: 10 fev. 2022.

Recebido em: 27.08.2022

Aprovado em: 06.09.2022