

EMENDA Nº 32, DE 2023 – CJD COD CIVIL

Dê-se ao Parágrafo único do Art. 412, da Proposta n. 30 Anexo do Parecer n.1 - SUBCOMISSÃO DE DIREITO DAS OBRIGAÇÕES - Cláusula penal em contratos paritários (Art. 413 do CC) - a seguinte redação:

Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

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

Justificação da inserção do parágrafo único no art. 413.

O controle de cláusulas penais desenhadas em contratos interempresariais paritários não será realizado oficiosamente, sendo necessário um pedido das partes, deduzido em sede de ação ou de exceção substancial. Ao contrário do que ocorre nos contratos intercivis, sobremaneira aqueles de adesão, em que a redução *ex officio* promana de razões e interesses de ordem pública, quando nos encontramos na privacidade empresarial, revela-se a natureza disponível do direito potestativo da parte de requerer a redução equitativa da cláusula penal. Neste quadro de situação jurídica ativa, pode o devedor cumprir aquilo a que se obrigou, pese embora o excesso.

Se a expressão “manifestamente excessivo” (caput), já se aplica à moderação da cláusula penal em contratos puramente civis, o que não dizer sobre outros índices que devam ser especialmente ponderados em sede empresarial como: a) o interesse das partes; b) a gravidade do incumprimento; c) as vantagens que para o devedor resultam do incumprimento; d) o interesse do credor na prestação; e) a natureza e finalidade do contrato; f) as circunstâncias em que foi negociado; f) a boa ou má fé das partes.

Quanto a existência de uma cláusula de renúncia à possibilidade de redução da cláusula penal, a sua ineficácia perante o art. 413 do CC não retira do julgador a aptidão de interpretar a atitude do contratante que pleiteia a moderação da pena convencional como uma quebra da boa-fé contratual diante das circunstâncias em que se deu a negociação. A Lei n. 13.784/2019 (LLE) inseriu no Código Civil o art. 421-A, com o seguinte conteúdo: “Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das

cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”.

Nestes termos, são de respeitar na íntegra as soluções contratuais. Só excepcionalmente se permite ao juiz temperar o rigor das soluções convencionalmente consagradas, concebendo-se a solução contratual como a solução equitativa, pois como frisa Antonio Pinto Monteiro, “assenta no acordo das partes e funda-se no poder de autodeterminação dos contraentes, que tem como contrapartida a outra face da moeda, o princípio da autoresponsabilidade. E se esta é a solução juridicamente correta e justa, ela é também a solução adequada tanto de um ponto de vista ético, pelo respeito à palavra dada, como econômico, pelos prejuízos que evita, e até social, pelos conflitos que previne, resultantes do incumprimento em série...” (O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade, Coimbra: Instituto jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. p. 28).

A ampliação da zona de incidência da liberdade contratual incide sobre a cláusula penal, permitindo que as partes possam identificar critérios para a sua hermenêutica (inc. I) – ilustrativamente, estabelecendo uma sequência valorativa – bem como gerindo os riscos do inadimplemento ao anuírem com a impossibilidade de questionamento judicial do seu valor (inc. II), sendo certo que a moderação da cláusula penal é uma forma de revisão judicial (inc. III) cuja incidência, como ultima *ratio* diante de ausência de disposição contratual, é ínsita ao art. 413 do CC. Todos estes critérios objetivos influenciarão a decisão sobre a redução da cláusula penal, com a peculiaridade de que nos contratos empresariais caberá à parte inadimplente não apenas o ônus de exercitar a sua pretensão como o de trazer a prova do cabimento da excepcionalidade da revisão não obstante à adoção de um comportamento contraditório à previa exclusão judicial por esta opção ou - no silêncio das partes quanto a este aspecto – ao menos uma conduta incoerente perante a prévia gestão de riscos em contrato empresarial.

Enunciado 649 CJP – O art. 421-A, inc. I, confere às partes a possibilidade de estabelecerem critérios para a redução da cláusula penal, desde que não seja afastada a incidência do art. 413.

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

Diante do exposto, peço o apoio dos nobres pares para aprovação da presente emenda.

Sala de comissões, em 22 de dezembro de 2023.

Nelson Rosenvald