DANO CONTRATO E ARBITRAGEM

Peter Sester
Gustavo Favero Vaughn
Carmen Nery
Riccardo Torre
Fernando Figueiredo Ponzini
Coordenação

VOL. I

Prefácio: Min. Luis Felipe Salomão

Apresentação: Profª. Rosa Maria Nery

Alexandre Chiochetti Ferrari, Alfredo Domingues Barbosa Migliore, Alice Moreira Franco, Aline Dias, Amanda Bueno Dantas, Amanda Pessoa, Ana Gerdau de Borja Mercereau, Ana Paula Plazza Aguilar, André Hermont Jahara, Antonio Carlos Nachif Correia Filho, Antonio Deccache, Antonio Pietro Almeida, Augusto Barros de Figueiredo, Bruno Guandalini, Bruno Landini Carvalho, Bruno Maglione Nascimento, Bruno Pellegrini Venosa, Caio Cesar Rocha, Carlos Alberto Garbi, Carlos Nelson Konder, Cassio Gama Amaral, Catarina Monteiro Pires, Cesar Asfor Rocha, Daniel Chacur de Miranda, Daniel Guerra, Daniel Hossni Ribeiro do Valle, Daniel Luiz Yarshell, Daniela Cutrale, Danilo Brum de Magalhães Júnior, Eduardo Hallén Cordeiro, Eduardo Silva Romero, Emilie Kalyne Munhoz, Fernanda Coachman Figueira, Fernanda Tiglia, Fernando Figueiredo Ponzini, Fernando Maluf, Gilberto Giusti, Guilherme Valdetaro Mathias, Gustavo Favero Vaughn, Gustavo Scheffer da Silveira, Hugo Tubone Yamashita, Humberto Martins, João Manoel Pereira de Assis, João Pedro Marques, José Antonio Fichtner, Lara Fernanda Yokota, Luiza Perrelli Bartolo, Marcelo Castro Almeida Prado de Siqueira, Maria Rita Dutra, Mateus Assis, Natália Salvador Veiga, Paola Pereira de Souza Silva, Rodrigo Salton, Salvador Branco Vicente, Thais Arza Monteiro

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, Outono de 2025

Copyright © 2025 by Editora Quartier Latin do Brasil

SESTER, PETER; VAUGHN, GUSTAVO FAVERO; NERY, CARMEN; TORRE, RICCARDO; PONZINI, FERNANDO FIGUEIREDO. (COORDENAÇÃO)
Dano, Contrato e Arbitragem - Vol. 1.

São Paulo: Quartier Latin, 2025.

Dano, Contrato e Arbitragem - Vol. 1 - 1ª ed. - São Paulo: Quartier Latin, 2025.

ISBN 978-65-5575-358-5

1. Arbitragem; 2. Direito Privado; 3. Contratos; 4. Responsabilidade Civil; 5. Dano; 6. Cláusula Penal; 7. Cláusula de Não Indenizar; 8. Convenção Arbitral; 9. Contratos Paritários. I. Título

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL
Rua General Flores, 508
Bom Retiro – São Paulo
CEP 01129-010
Telefone e whatsapp: +55 11 9 9431 1922
@editoraquartierlatin

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

SUMÁRIO

Contrato: Um Super Conceito por Rosa Maria Nery 19
Prefácio por Ministro Luis Felipe Salomão 23

1.
Danos Indiretos e Danos Consequenciais, 25
Alexandre Chiochetti Ferrari

1. Introdução 25
2. Breve conceito de dano e suas classificações pertinentes 26
3. O nexo de causalidade 27
4. Danos indiretos e danos consequenciais 29
4.1. Danos indiretos 29
4.2. Danos consequenciais 31
4.3. Pontos de aproximação e distanciamento 33
5. Conclusões 35

2.
A Árvore Genealógica dos Danos e suas Recentes Ramificações no Direito Brasileiro, 39
Alfredo Domingues Barbosa Migliore

1. Flores ou espinhos? 40
2. O dano moral como sinônimo de dano extrapatrimonial 41
3. O dano moral *stricto sensu* e suas várias facetas 42
4. O dano difuso extrapatrimonial e o caso da ararinha-azul 45
5. Dano social: um novo dano ou apenas uma justificativa para institucionalizar a punição? 47
6. O dano biológico e suas várias modalidades 49
7. O dano existencial: contorcionismo ou novidade? 52
7.1. A *Sentenza* nº 13.546 de 12.06.06, da 3ª *Sezione civile da Suprema Corte di Cassazione:* um passo além do *Bipolarismo Costituzionale* 53
7.2. Da caracterização do dano existencial 54
7.3. O caso das pílulas de farinha 57
7.4. O STJ disse não ao dano moral por abandono afetivo. E se fosse postulado o dano existencial? 58

7.5. Uma explicação para o dano moral (extrapatrimonial) do nascituro..... 62
7.6. A "perda de uma chance" como dano existencial: será mesmo?.....63
7.7. O dano existencial nas barras da Corte Superior... 65
8. Cumuláveis ou não, eis a questão 66

3.
Considerações sobre a Gestão Contratual de Riscos de ESG, Implicações sobre a Responsabilidade das Companhias e Administradores e Utilização da Via Arbitral como Meio de Solução de Disputas Correlatas, 69

Alice Moreira Franco
Fernanda Coachman Figueira

1. Introdução 69
2. Fontes das obrigações de ESG.....73
3. Gestão contratual de riscos ESG 77
3.1. A migração do regime de declarações e garantias para a sistemática de *due diligence*.....78
3.2. Obrigações de ESG como estipulações em favor de terceiros.....82
3.3. Subordinação do direito de resolução à prévia avaliação de impactos sobre interesses extracontratuais; preferência da utilização de posições contratuais de vantagem (*leverage*) para influenciar a contraparte contratual a modificar práticas lesivas; responsabilidade pós contratual (obrigação de *responsible exit*) da parte rescindente, e incentivos financeiros gerados pela associação da cláusula resolutiva a direito de preferência.....86
4. Responsabilidade da companhia pelo não cumprimento das obrigações e dos administradores por falha no dever de monitoramento com relação a riscos de ESG.....93
5. A arbitragem como mecanismo de resolução de disputas de ESG 101
5.1. Participação de terceiros.....103
5.2. Transparência.....105
6. Considerações finais: críticas e vetores de influência política 106

4.
Da Cláusula Penal Acessória à Convenção Arbitral: Possibilidades e Desafios, 113

Aline Dias
Mateus Assis

1. Introdução 113
2. A possível incidência da multa por inadimplemento da convenção arbitral.....114
3. As possíveis consequências da multa por inadimplemento da convenção arbitral.....118
4. Considerações práticas e conclusão.....120

5.
Mecanismos de Controle da Cláusula Penal: Artigos 412 e 413 do Código Civil, 123

Amanda Bueno Dantas
Bruno Pellegrini Venosa

1. Introdução 123
2. Artigo 412: fundamento, natureza da norma e Direito estrangeiro 124
3. Âmbito de aplicação do artigo 412 128
4. Incidência do artigo 412 130
5. Artigo 413: fundamento, natureza da norma e Direito estrangeiro.....131
6. Âmbito de aplicação do artigo 413 134
7. Incidência do artigo 413 134
7.1. Cumprimento parcial da obrigação.....135
7.2. Excesso manifesto.....137
8. Conclusão 139

6.
Violação da Cláusula Arbitral: Possíveis Remédios, 141

Ana Gerdau de Borja Mercereau
Lara Fernanda Yokota

Introdução 141
1. Encaminhamento das partes à arbitragem 141
2. *Anti-suit injunctions* a favor da arbitragem 145
3. Astreintes.....150

4. Perdas e danos 155
Conclusão 158

7.
O Contrato de Adesão e a Cláusula Compromissória: Limites e Possibilidades, 159
Ana Paula Plazza Aguilar
Marcelo Castro Almeida Prado de Siqueira

Introdução 159
1. Contrato de adesão 159
2. A cláusula compromissória nos contratos de adesão 163
3. Análise jurisprudencial sobre o tema 166
Conclusão 171

8.
Mudanças na Jurisprudência do STJ sobre Extensão Subjetiva da Convenção Arbitral Via Sub-Rogação Legal no Âmbito de Contratos de Seguro Garantia, 173
André Hermont Jahara
Thais Arza Monteiro

1. Introdução 173
2. Mudança na jurisprudência 174
3. Análise 179
3.1. Sistemática do seguro garantia e dos contratos de contragarantia 180
3.2. Sub-rogação legal em matéria de seguros 183
3.3. Eficácia subjetiva da convenção arbitral 187
3.4. Necessidade de *distinguishing* na jurisprudência do STJ 190
4. Conclusão 192

9.
Habilitação de Crédito e Arbitragem, 195
Antonio Deccache

1. Introdução 195
2. A verificação dos créditos nos processos de insolvência 196
2.1. O caso dos créditos ilíquidos 199
3. Os procedimentos arbitrais na pendência da recuperação e da falência 201
4. Alguns julgados recentes sobre a matéria 204
4.1. O REsp 1.953.212/RJ 205
4.2. O REsp 1.774.649/SP 206
4.3. O AI 2170512-84.2020.8.26.0000 209
4.4. O AI 2237465-30.2020.8.26.0000 211
5. Alguns comentários sobre as decisões 213
6. Conclusão 219

10.
Cláusulas de Não Indenizar e Descumprimento de Obrigação Essencial em Contratos Paritários à Luz da Lei da Liberdade Econômica, 221
Antonio Carlos Nachif Correia Filho

1. Introdução: cláusulas de não indenizar, regências legais e delimitação do objeto deste artigo 221
2. Tratamento das cláusulas em caso de descumprimento de obrigação essencial em contratos paritários 224
2.1. Doutrina 224
2.2. Jurisprudência 230
3. Análise crítica, inclusive à luz da Lei da Liberdade Econômica: licitude como regra e exceção de aplicação restritiva 237
4. Considerações finais 241

11.
***Dispute Boards* e Seguro Garantia: Utilidades na Aproximação de Ambos os Institutos, 243**
Augusto Barros de Figueiredo
Luiza Perrelli Bartolo

1. Introdução 243
2. *Dispute Board*: o que é e por que convém usá-lo? 245
2.1. Conceito, natureza jurídica e modalidades do método 245
2.2. O *Dispute Board* no Brasil 248
2.3. Vantagens na utilização do *Dispute Board* 251
3. Inserção do contrato de seguro no ordenamento nacional 252
3.1. Seguro garantia: enquadramento jurídico e características 254

3.2. Notório desenvolvimento do seguro garantia nos últimos anos 259
3.3. O relevante papel do segurador na análise do risco de inadimplemento.....262
4. O Mercado de Seguros e os *Dispute Boards* 264
5. Conclusão 266

12.
Desapropriação, Indenização, Mediação e Arbitragem: A Recente Evolução Jurídica e os Incentivos para a Alteração do Comportamento pelos Entes Públicos Expropriantes, 269
Bruno Guandalini

1. Introdução 269
2. A evolução jurídica que permitiu a alteração dos incentivos 271
2.1. A evolução no Decreto-Lei nº 3.365/1941 271
2.2. A alteração da perspectiva pelo STF com relação ao pagamento dos valores de indenização 274
3. Os incentivos para uma mudança no comportamento da administração pública em matéria de desapropriações.....279
3.1. Os incentivos negativos da manutenção do ultrapassado comportamento do ente desapropriante 279
3.2. Os benefícios decorrentes da alteração do comportamento pela utilização de mecanismos extrajudiciais de resolução de disputas 282
4. Notas conclusivas.....285

13.
O *Built To Suit* e o Impacto da Produção Antecipada de Provas na Arbitragem, 287
Bruno Maglione Nascimento

1. Introdução 287
1.1. O que é o *built to suit* e qual sua relação com a Arbitragem?.....287
2. Obstáculos muitas vezes negligenciados: perda de eficiência com a produção da prova pericial na arbitragem 291
2.1. Conflitos dentro de um *built to suit*.....291
2.2. Prova pericial na arbitragem 294
3. Gatilhos contratuais como eventual solução 296
3.1. A importância da cláusula arbitral 296
3.2. Produção Antecipada de Prova 297
3.3. Auditorias pré-autorizadas.....298
3.4. Prefixação de danos.....299
4. Conclusão 300

14.
Contratos Empresariais Paritários? Uma Observação Crítica em Busca do Novo Paradigma Contratual a Partir da Doutrina Italiana do *Terzo Contratto*, 303
Carlos Alberto Garbi

15.
Redução da Cláusula Penal pelo Árbitro em Razão de Cumprimento Parcial da Obrigação, 319
Carlos Nelson Konder
Daniel Guerra

1. Introdução 319
2. Cumprimento parcial da obrigação.....321
3. A utilidade do cumprimento parcial 328
4. O juízo de equidade e os critérios para a redução da multa.....331
5. Considerações finais.....334

16.
Os Efeitos da Sentença Arbitral Proferida em Disputa entre Tomador e Segurado à Seguradora, 335
Cassio Gama Amaral
Natália Salvador Veiga

1. Introdução 335
2. O seguro garantia.....336
2.1. O contrato de contragarantia 340
3. O surgimento da controvérsia: regulação de sinistro no seguro garantia ...343
4. Efeitos da sentença em relação a terceiros.....344
4.1. Sentença arbitral e a vinculação da seguradora.....346
4.2. Aplicação prática: julgados a respeito do tema.....351
5. Conclusão 354

ridas pelo franqueado. É fruto do abuso do poder econômico e convencionada com o propósito de dificultar o acesso à justiça e não de oferecer meio alternativo de solução do litígio.[35] Também tem sido trazida aos tribunais, com decisões favoráveis ao franqueado, a questão do recesso potestativo do franqueador e da validade de cláusulas restritivas, que retira do franqueado a possibilidade de recuperar o investimento feito.

Estas decisões sinalizam no sentido de que há na doutrina e na jurisprudência brasileiras a percepção de que nos contratos entre empresas a parte mais fraca deve ser tutelada quando, em razão da dependência econômica, se verifica abuso do exercício da sua liberdade e autonomia privada, o que impõe novas reflexões em busca de um paradigma unitário do direito contratual na tutela da parte mais fraca e contra o abuso, independentemente da categoria do contrato.

35 Em caso envolvendo franqueador estrangeiro e franqueado brasileiro essa questão foi colocada e o Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos (fui vencido), entendeu pela validade da cláusula arbitral. O Acórdão integral, relatado pelo Desembargador Maurício Pessoa (Ap. nº 1027041-62.2013.8.26.0100, j. 11.12.2017), pode ser acessado em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=11115808&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_c1a1882bc4e74985a49447723f166f1a&vlCaptcha=pbcx&novoVlCaptcha=.

15.
Redução da Cláusula Penal pelo Árbitro em Razão de Cumprimento Parcial da Obrigação

Carlos Nelson Konder[1]
Daniel Guerra[2]

1. Introdução

O principal risco em qualquer contrato é o inadimplemento das prestações nele pactuadas. O próprio ordenamento jurídico prevê efeitos de natureza patrimonial para o descumprimento contratual culposo, como o dever imposto ao devedor inadimplente de indenizar o credor pelas perdas e danos sofridos em caso de inadimplemento absoluto (CC, artigo 389, *caput*) ou pelos prejuízos decorrentes da mora (CC, artigo 395, *caput*).

A aferição concreta desses prejuízos, no entanto, custa tempo e dinheiro para as partes, além de gerar incerteza sobre o montante realmente necessário para repará-los integralmente. Daí a grande utilidade da cláusula penal[3]: por meio dela, as partes definem *ex ante*, no exercício de sua autonomia negocial, a exata consequência patrimonial para a hipótese de inadimplemento[4] de determinada prestação,[5] exonerando o credor da necessidade de provar os prejuízos

1 Professor titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutor e mestre em Direito Civil pela UERJ. Especialista em Direito Civil pela Universidade de Camerino (Itália). Parecerista e árbitro

2 Mestrando em Direito Civil na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado.

3 A cláusula penal consiste na "estipulação negocial pela qual uma das partes (ou ambas) se obriga antecipadamente perante a outra a realizar uma prestação (normalmente pecuniária) em caso de inadimplemento culposo ou mora de determinada obrigação" (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 44).

4 Em conformidade com o expresso teor do artigo 408 do Código Civil ("Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora"), destaca Orlando Gomes que: "A cláusula penal pressupõe inexecução culposa" (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 160). A doutrina contemporânea tem preferido substituir a ideia de *inexecução culposa* pela de *descumprimento imputável* ao devedor para sublinhar que não há necessidade de perquirir nenhum pressuposto de natureza subjetiva, que a própria noção de inadimplemento já pressupõe uma conduta omissiva ou comissiva do devedor para o descumprimento da prestação: "a expressão 'culposamente' de que se vale o artigo ora em exame deve ser havida como noção de mera imputação" (BDINE JR., Hamid Charaf. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil Comentado*: doutrina e jurisprudência. 12ª ed. Barueri: Manole, 2018).

5 Por isso a sua acessoriedade à prestação principal para a qual foi estipulada, já que a cláusula penal "[n]ão é um fim em si mesma, senão meio de conseguir um fim, um escopo: prende-

sofridos (CC, artigo 416, *caput*) e gerando previsibilidade para o devedor sobre o montante devido em caso de descumprimento.[6]

Há dois regimes de cláusula penal previstos no Código Civil: o regime substitutivo, disposto no artigo 410, quando a cláusula penal substitui a própria prestação principal totalmente inadimplida; e o regime cumulativo, disposto no artigo 411, quando a cláusula penal será devida em acréscimo à prestação principal, incidente na hipótese de inadimplemento relativo (mora) ou quando estipulada em segurança especial de outra cláusula determinada.[7-8]

Naturalmente, como todo ato de autonomia negocial, a estipulação da cláusula penal também está sujeita a controle. Esse controle, no ordenamento jurídico brasileiro, é duplo: há uma limitação prévia da cláusula penal ao valor da obrigação principal, estabelecida no artigo 412, e há uma previsão para a sua redução equitativa em caso de cumprimento parcial da prestação principal ou de excesso manifesto, estabelecida no artigo 413.

Esse regime de duplo controle gera diversas controvérsias na doutrina e na jurisprudência. Discute-se, por exemplo, a abrangência do conceito de obrigação principal para fins de verificação de sua limitação prévia[9] e os parâmetros

se necessária à relação de obrigação pelo laço que une o acessório ao principal, o credor não estipula a pena, mas a prestação objeto da relação obrigacional, o devedor não deve a pena senão na eventualidade da inexecução da prestação" (FULGÊNCIO, Tito. *Do direito das obrigações*: das modalidades das obrigações (artigos 863-927). Rio de Janeiro, Companhia Forense, 1958, p. 395).

6 Nesse sentido: PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4ª ed. Atualizado por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 591). Ressalvada, evidentemente, a hipótese em que o próprio contrato admite a cobrança de indenização suplementar, como previsto no parágrafo único do artigo 416 do Código Civil, quando a cláusula penal servirá como mínimo da indenização, sendo lícito ao credor provar e cobrar o prejuízo excedente.

7 A doutrina e a jurisprudência geralmente designam a cláusula penal substitutiva como cláusula penal compensatória, pois, ao substituir a obrigação principal, a sua principal finalidade é compensar as perdas e danos sofridos pelo credor pelo inadimplemento total. Já a cláusula penal cumulativa é usualmente designada cláusula penal moratória, pois, ao ser cobrada em conjunto com a obrigação principal, tem como principal finalidade coagir o devedor ao cumprimento da obrigação e coibir a mora. Como, no entanto, tem crescido a compreensão de que mesmo a cláusula penal moratória exerce, em alguns casos, papel preponderantemente indenizatório, de indenizar o credor pelo adimplemento tardio da obrigação (cf. Tema/STJ 970), preferiu-se a adoção das nomenclaturas substitutiva e cumulativa neste texto, diretamente ligadas aos dois regimes previstos no Código Civil.

8 André Seabra defende que "estes artigos são meramente dispositivos, pois (...) permitem exceções que comportam a fixação de cláusula penal substitutiva vinculada ao inadimplemento de uma cláusula específica, além de cláusula penal cumulativa vinculada ao 'total inadimplemento' e, ainda, a estipulação de cláusula vinculada à mora tanto com compensação dos danos advindos do inadimplemento relativo, quanto de caráter meramente punitivo" (SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 88).

9 Segundo André Seabra: "[A] limitação da cláusula substitutiva pelo parâmetro do valor da obrigação principal acaba por demandar uma interpretação ampliativa desse conceito, que se torna indeterminado, perdendo o caráter objetivo e, assim, sua aptidão de atuar como

para a configuração do excesso manifesto. Essas discussões acabam militando contra a própria finalidade da cláusula penal, pois perpetuam a litigiosidade entre as partes em vez de resguardá-las desse custo. Também criam grande insegurança sobre o valor a ser desembolsado pelo devedor em caso de inadimplemento, quando o interesse das partes na estipulação da cláusula penal era justamente assegurar previsibilidade.[10]

Nesse cenário, este texto pretende abordar uma hipótese de redução da cláusula penal que nem sempre recebe a devida atenção da doutrina, apesar de também gerar inúmeras controvérsias em disputas judiciais e arbitrais. Trata-se da hipótese de redução em razão de cumprimento parcial da obrigação principal, prevista na primeira parte do artigo 413 do Código Civil. Como se verá a seguir, as discussões envolvem a própria definição de cumprimento parcial, os critérios para a aferição da utilidade desse cumprimento para o credor e os parâmetros para a redução equitativa da cláusula penal.

2. Cumprimento parcial da obrigação

O artigo 413 do Código Civil prevê que "[a] penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte (...)". O dispositivo inovou em relação ao artigo 924 do Código Civil de 1916,[11] ao substituir o verbo "poder" ("poderá o juiz reduzir") por "dever" ("[a] penalidade deve ser reduzida"), o que, para a maior parte da doutrina,[12] bem

limite capaz de propiciar segurança jurídica quanto a sua verificação. Ao contratarem uma cláusula penal, as partes precisam ter condições de apurar se sua liberdade de estipulação está sendo exercida dentro dos limites conferidos pelo ordenamento. O limite não pode ser fluido, interpretado com grau de indeterminação para comportar todos os interesses pecuniários, ou não, que o credor tenha no adimplemento. Essa indeterminação confere ao devedor a possibilidade de questionar a exigibilidade da cláusula, defendendo uma interpretação restritiva do parâmetro, em contraposição à argumentação ampliativa a ser suscitada pelo credor." (SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 280).

10 O debate sobre os critérios para a redução equitativa por excesso manifesto ensejou proposta de reforma do dispositivo legal, com a inclusão de um parágrafo único ao artigo 413 com a seguinte redação: "[e]m contratos paritários e simétricos, o juiz não poderá reduzir o valor da cláusula penal sob o fundamento de ser manifestamente excessiva, mas as partes, contudo, podem estabelecer critérios para a redução da cláusula penal". A controversa proposta, que não encontra similar em outros ordenamentos, nem parece ter sido debatida previamente na doutrina nacional, ainda deve ocasionar grande dificuldade interpretativa para determinar o que são contratos paritários e simétricos.

11 CC1916, art. 924. "Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento".

12 Como já se destacou: "[A] possibilidade de redução equitativa é inderrogável pelas partes: afinal, caso não o fosse, a efetividade e a funcionalidade do dispositivo restariam severamente prejudicadas" (KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. In: Fábio de Oliveira Azevedo; Marco Aurélio Bezerra de Melo. (Org.). *Direito imobiliário*: estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. 1ed.São Paulo: Atlas,

como para a jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça,[13] criou uma norma de aplicação obrigatória que não pode ser afastada por convenção contratual e que deve ser conhecida de ofício pelo julgador, quando constatada a sua hipótese de incidência.[14]

O objetivo do dispositivo é evitar o enriquecimento sem causa do credor que, se aproveitou de parte da prestação principal para a qual a cláusula penal foi estipulada, não pode receber a integralidade da penalidade ajustada.[15] A regra encontra fundamento no mesmo raciocínio da redução das perdas e danos: o credor não é obrigado a receber o pagamento em partes se isso não foi convencionado (CC, artigo 314); se o aceita, as perdas e danos incidem somente sobre a parte faltante.[16] A redução por cumprimento parcial adequa a multa

2015, v., p. 140-159). No mesmo sentido, por todos: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*: do inadimplemento das obrigações. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). v. 5. t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 400-401; TEPEDINO, Gustavo [*et. al.*]. *Código civil interpretado*. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 750. Em sentido contrário, José Fernando Simão defende a possibilidade de os contraentes estabelecerem a irredutibilidade da cláusula penal ou mesmo parâmetros próprios para a sua redução, já que o artigo 413 do Código Civil não trata de matéria de ordem pública, mas de direito patrimonial disponível, atinente à autonomia privada (SIMÃO, José Fernando. Capítulo V: da cláusula penal. In: SCHREIBER, Anderson *et al*. *Código Civil comentado* – doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 237).

13 STJ, REsp nº 1.447.247/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 19 abr. 2018. No mesmo sentido, destacam-se os enunciados 355 e 356 da IV Jornada de Direito Civil: "355. Não podem as partes renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, por se tratar de preceito de ordem pública. 356. Nas hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício".

14 Desde que observado, evidentemente, o prévio contraditório sobre a matéria, como ressalta Giovanni Ettore Nanni: "[a]pesar de se autorizar a redução de ofício, segundo o artigo 10 do Código de Processo Civil, bem seu artigo 9º, *caput*, não é dado ao juiz decidir sem que dê oportunidade às partes para que se manifestem, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva deliberar de ofício. É preciso proporcionar o contraditório, pelo que, mesmo em situação passível de diminuição da cláusula penal, deve o julgador provocar o debate a respeito, instando as partes para que se pronunciem, para, depois, deliberar" (NANNI, Giovanni Ettore. *Comentários ao Código Civil*: direito privado contemporâneo. Alexandre Dartanhan de Mello Guerra [et al.]; coordenação de Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 678).

15 Gustavo Tepedino afirma que a *ratio* do preceito é a de "proibir o enriquecimento sem causa do credor, que resultaria da aplicação da pré-liquidação das perdas e danos quando o prejuízo do credor, em face do cumprimento parcial, é presumidamente menor" (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*: direito das obrigações. V. 4. São Paulo: Atlas, 2008, p. 339-400). No mesmo sentido: "[d]e fato, não pode o direito tolerar que o credor seja beneficiado pelo recebimento da cláusula penal em sua integralidade, quando o devedor já cumpriu parcialmente a sua obrigação, pois, de uma forma, ou de outra, o credor já recebeu em parte a contraprestação decorrente da obrigação ajustada, pelo que, exigindo a pena convencional na sua totalidade, ocorrerá inevitavelmente um enriquecimento sem causa" (NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 384).

16 KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. In: Fábio de Oliveira Azevedo; Marco Aurélio Bezerra de Melo. (Org.). *Direito imobiliário*: estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. 1ed.São Paulo: Atlas, 2015, v., p. 140-159.

convencionada entre as partes ao inadimplemento concretamente verificado, que é menor do que aquele para o qual a cláusula foi estipulada.[17] Aplica-se, portanto, às hipóteses em que a prestação principal é divisível, material e juridicamente,[18] e o devedor cumpriu apenas parte dela.[19]

O alcance da aplicabilidade da redução por cumprimento parcial dá ensejo a algumas controvérsias. Inicialmente, diverge-se sobre a aplicabilidade dessa regra de redução para as cláusulas penais cumulativas, convencionadas para a hipótese de inadimplemento relativo (mora). Há quem sustente, por exemplo, ser "difícil conceber mora parcial", de modo que ou bem houve mora e, portanto, a penalidade é devida, ou bem não houve mora, hipótese em que a multa não será devida.[20]

O entendimento está assentado na compreensão de que a cláusula penal, nesses casos, tem a finalidade de coibir a mora e que, portanto, qualquer impontualidade do devedor, independentemente de sua extensão, dará ensejo à cobrança integral da multa, sob pena de retirar o seu caráter coercitivo.[21] Hoje, no entanto, essa compreensão tem sido cada vez mais problematizada. Em primeiro lugar, a associação entre a estrutura da cláusula penal cumulativa/moratória e a função coercitiva, embora recorrente, não é absoluta. Parte da doutrina defende que mesmo as cláusulas penais ditas cumulativas também podem exercer, concretamente, a função indenizatória, isto é, compen-

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

18 A "prestação é *divisível*, e *ipso facto* a obrigação, quando as partes em que se fracione não perdem as características essenciais do todo nem sofrem depreciação acentuada; e *indivisível*, em caso contrário" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*: teoria geral das obrigações. V. II. 20ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 70).

19 O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu o "descabimento da redução da penalidade com base no cumprimento parcial da obrigação na hipótese em que a prestação é incindível ou, sendo cindível, não tenha o credor concordado, expressa ou tacitamente, com a cisão do negócio jurídico." (STJ, REsp nº 1.381.652/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 12/8/2014, DJe de 5/9/2014).

20 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 274. No mesmo sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. 24. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p. 66; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. Biblioteca de Direito Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: RT, 2007, p. 286. Em sentido contrário: NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações* (generalidades-espécies). v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 326; SEABRA, André Silva. *Limitação e redução da cláusula penal*. São Paulo: Almedina, 2022.

21 "A mora se caracteriza pelo fato de o devedor, por culpa, não efetuar o pagamento no tempo, lugar e forma devidos. Ora, se assim é e se a pena foi estabelecida para castigar a mora, é difícil conceber mora parcial. Desde que houve qualquer imperfeição na execução da obrigação, revela-se a mora. Desse modo, ou ocorreu mora e a multa é devida ou inocorreu e a multa não é reclamável" (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 274).

sar o credor pelos prejuízos decorrentes da mora.[22] Esse foi o entendimento que prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça na edição do tema repetitivo nº 970, por meio do qual se fixou a tese de que "[a] cláusula penal moratória [cumulativa] tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação (...)".

Nesse contexto, se a cláusula penal cumulativa desempenha função indenizatória e o devedor cumpriu parte da obrigação principal e está em atraso apenas em relação a uma parcela dela, as perdas e danos decorrentes de sua mora serão presumidamente menores para o credor do que se o atraso atingisse toda a prestação. Desse modo, o mesmo fundamento que autoriza a redução da cláusula penal substitutiva – evitar o enriquecimento sem causa do credor – também justifica a redução da cláusula penal cumulativa nessas hipóteses (*ubi eadem ratio ibi idem jus*). Não se pode confundir a classificação do inadimplemento em total ou parcial, de natureza quantitativa, com sua classificação em absoluto ou relativo (mora), de natureza qualitativa. O que é *parcial*, nesse caso, não é a qualidade da mora, já que realmente "seria um contrassenso pensar-se numa hipótese de 'mora parcial'",[23] mas sim a quantidade do incumprimento da prestação principal para a qual a cláusula penal cumulativa foi estipulada.[24] O credor poderá exigir a complementação da prestação principal e o pagamento da cláusula penal cumulativa, mas, como parte da prestação principal foi perfeitamente adimplida, incide a hipótese de redução equitativa da multa prevista na primeira parte do artigo 413 do Código Civil.

A discussão remanescerá apenas em relação às cláusulas penais que desempenham função coercitiva. Como é cediço, após por muito tempo prevalecer entre nós o entendimento de que a cláusula penal desempenha dupla

22 Sobre o ponto, por todos: FRANÇA, Rubens Limongi. *Raízes e dogmática da cláusula penal*. Dissertação para o concurso de professor titular de direito civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: Gráfica, 1987.

23 GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Redução da cláusula penal. (artigo 413 do Código Civil). In: *AGIRE | Direito Privado em Ação*, nº 65, 2023.

24 Daí porque há um equívoco em alguns julgados localizados que aplicam a redução da cláusula penal prevista na primeira parte do artigo 413 do Código Civil para a hipótese de *cumprimento tardio* da obrigação, sobretudo quando o atraso do devedor é de pequena monta, como se houvesse, nesses casos, uma espécie de mora parcial (nesse sentido: STJ, REsp nº 1.898.738/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/3/2021, DJe de 26/3/2021). Não há como se cogitar, nessas hipóteses, *cumprimento parcial* da prestação principal no tempo, lugar e forma convencionados com o credor que justifique a redução da cláusula penal. Se toda a prestação principal foi inadimplida, mesmo que por pouco tempo, a hipótese é de mora e a multa, caso tenha sido convencionada para essa espécie de inadimplemento, será integralmente devida. A única forma de reduzi-la, nesses casos, seria na hipótese de constatação de excesso manifesto, mas aí com a observância dos critérios da parte final do artigo 413 do Código Civil, cuja análise não é objeto deste texto.

função, servindo simultaneamente a indenizar o credor pelo descumprimento e compelir o devedor ao cumprimento – com alguma divergência sobre qual das duas funções prevaleceria –, hoje parece predominar a influência entre nós da obra de Antônio Pinto Monteiro, a defender "que se diferencie, claramente, uma cláusula penal com escopo *coercitivo* ou *compulsório* de uma cláusula penal com a finalidade de *prefixar o montante da indemnização*".[25] A distinção funcional, naturalmente, atrai interpretação e regulação próprias, tendo em vista que é a função do instituto que serve a determinar-lhe o perfil normativo.[26]

Não obstante, tanto a cláusula penal de função indenizatória como a cláusula penal de função coercitiva são, com o perdão da tautologia, cláusulas penais, razão pela qual se submetem ao quadro normativo desenhado pelo codificador, que inclui a redução por cumprimento parcial prevista na primeira parte do artigo 413. Com efeito, a cláusula penal com função coercitiva atende ao interesse do credor no cumprimento pontual, que não é lesionado da mesma forma quando há ao menos cumprimento parcial pontual. Assim, sob a mesma *ratio*, fere a razão de equidade cobrar a mesma multa do devedor que inadimpliu totalmente a obrigação e daquele que, atendendo à sua função coercitiva, cumpriu ao menos parte da prestação dentro do termo obrigacional.

Não se confunde, todavia, a cláusula penal coercitiva com outras penas privadas, de natureza sempre excepcional. Por exemplo, as sanções administrativas, como as multas previstas a associados de clubes e condôminos por comportamentos reputados antissociais, configuram cláusulas com função efetivamente punitiva, mas não configuram cláusula penal em sentido estrito. Dessa forma, de modo geral, não se submetem às normas previstas no Código Civil para as cláusulas penais, afastada aí também a redução equitativa por cumprimento parcial.

A jurisprudência também tem estendido a regra de redução em razão do cumprimento parcial para as hipóteses de *cumprimento defeituoso* da prestação.[27] O *cumprimento defeituoso*, por vezes também designado *cumprimento imperfeito*, é uma construção doutrinária para classificar as hipóteses nas quais a prestação é realizada pelo devedor, porém com "vícios, defeitos ou

25 MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 647 (grifos no original).

26 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 737.

27 "A redução da cláusula penal é, no adimplemento parcial, realizada por avaliação equitativa do juiz, a qual relaciona-se à averiguação proporcional da utilidade ou vantagem que o pagamento, *ainda que imperfeito*, tenha oferecido ao credor, (...)" (STJ, REsp nº 1.641.131/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/2/2017, DJe de 23/2/2017).

irregularidades"[28] que podem afetar os próprios deveres de prestação (como, por exemplo, quando a coisa entregue não atende às especificações pretendidas pelo credor) ou os deveres instrumentais (também ditos anexos, laterais, secundários e acessórios) de conduta (como, por exemplo, quando o devedor não fornece integralmente as informações necessárias para a perfeita fruição do objeto da prestação).[29]

Embora parte da doutrina, por influência da teoria alemã da *violação positiva do contrato*,[30] tenha defendido tratar-se de hipótese autônoma de descumprimento contratual, entre o inadimplemento absoluto e a mora,[31] a maior parte dos autores defende que o *cumprimento defeituoso* está abrangido pelo conceito de inadimplemento no direito brasileiro,[32] que não se restringe às hipóteses de retardamento, mas contempla toda e qualquer imperfeição no cumprimento da obrigação (*tempo, lugar e forma*).[33]

Dessa forma, o *defeito* na prestação pode configurar hipótese de *inadimplemento absoluto*, quando é irremediável ou quando a sua correção se tornou inútil para o credor, ou de *inadimplemento relativo*, quando ainda é possível ao devedor corrigi-lo e o credor ainda tiver interesse na sua correção.[34] Em

28 NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*: requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 51.

29 MARTINEZ, Pedro Romano. *Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada*. Coimbra: Almeida, 2001, p. 463.

30 Hermann Staub sintetizou nos seguintes termos a sua preocupação em sistematizar as denominadas violações positivas do contrato ("die positiven Vertragsverletzungen"): "[s]egundo o §286 do BGB, o devedor deve ressarcir ao credor o dano causado pela mora. Está, então, em mora quem não cumpre uma prestação à qual está obrigado. Assim se cuidou, de modo claro e suficiente, de todos os casos em que alguém não cumpre uma prestação à qual está obrigado, ou se abstém daquilo que deveria fazer. O BGB não contém, todavia, uma previsão para os numerosos casos em que alguém viola um compromisso mediante conduta positiva, fazendo alguma coisa da qual deveria se abster, ou executando a prestação devida, mas de modo inexato" (STAUB, Hermann. *Die positiven Vertragsverletzungen*. 2ª ed. Berlin: Guttentag, 1913, p. 5. Tradução livre de Rodrigo da Guia Silva, extraída de: SILVA, Rodrigo da Guia. A força centrípeta do conceito de inadimplemento contratual. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 11, nº 3, p. 1-30, 2022. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/873. Acesso em: 23 jul. 2024). A doutrina da *violação positiva do contrato* perdeu (ao menos parte de) sua utilidade na Alemanha após a reforma legislativa empreendida em 2001 que ampliou o conceito de inadimplemento para incluir disposições fragmentadas de violação de interesses e de prestações.

31 Nesse sentido: SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 265.

32 Por todos: TERRA, Aline de Miranda Valverde. A questionável utilidade da violação positiva do contrato no direito brasileiro: The questionable utility of positive breach of contract in Brazilian law. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.24, n.101, p. [181]-205, out. 2015.

33 ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 11.

34 "(...) cumprimento defeituoso é literalmente situação de mora no sistema jurídico pátrio. E nada impede que se caracterize inadimplemento absoluto se resultar na inutilidade da prestação ao credor." (NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*: requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 53).

ambos os casos, o credor não é obrigado a receber a prestação defeituosa,[35] porque o "adimplemento defeituoso (...) equivale ao não pagamento, pelo que se inscreve no comando do artigo 394 do Código Civil."[36], de modo que, nesses casos, a prestação imperfeita, quando rejeitada pelo credor, não altera em nada a forma de incidência da cláusula penal contratada, nem o cálculo de seu valor.

O problema se coloca quando o credor, embora ressalve o seu direito ao adimplemento perfeito, aceita a prestação defeituosa desempenhada pelo devedor, inclusive como forma de mitigar os seus próprios prejuízos. Imagine-se hipótese na qual o credor contratou uma embarcação específica do devedor para a realização de um evento com 200 (duzentas) pessoas. No dia do evento, o devedor informa que só poderá disponibilizar uma outra embarcação, com lotação máxima de 100 (cem) pessoas. O credor não é obrigado a receber a prestação e, caso haja cláusula penal substitutiva contratada para a hipótese de inadimplemento total, poderá exigi-la integralmente.

Se, no entanto, o credor aceita a embarcação disponibilizada e realiza o evento com menos pessoas do que inicialmente planejado, essa *fruição defeituosa* da prestação deve ser levada em consideração para reduzir o valor da cláusula penal à luz do disposto no artigo 413 do Código Civil? Não se trata propriamente de *cumprimento parcial*, porquanto a prestação não era divisível, mas, assim como no cumprimento parcial, o credor retirou alguma utilidade da prestação.

Essa utilidade – que como se verá a seguir é o conceito-chave que autoriza a redução do valor da cláusula penal – implica na conclusão de que a cobrança integral da cláusula penal, nessas hipóteses, também conduziria ao enriquecimento sem causa do credor: basta refazer o paralelo com as perdas e danos, que também seriam menores do que no caso de total inadimplemento. Justificável, assim, a aplicação analógica da primeira parte do artigo 413 do Código Civil,[37]

35 Excetuada a hipótese de *imperfeição relevável*: "[e]m matéria de mora domina a casuística, somente ao juiz, tendo em vista cada caso, é que competirá decidir se a falta arguida pelo credor é tal que a prestação se lhe tornou inútil, ou somente menos valiosa, pois, bem pode acontecer que o credor, arrependido do negócio, queira se prevalecer de uma imperfeição relevável, para rejeitar a prestação, o que a lei não permite" (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 66-70).

36 NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*: requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 53.

37 Assim dispõe de forma expressa o Código Civil espanhol, em seu artigo 1.154: "[e]l juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor" (tradução livre: o juiz modificará equitativamente a pena quando a obrigação principal tiver sido em parte ou irregularmente cumprida pelo devedor).

embora a conduta cooperativa do credor deva ser levada em consideração pelo julgador ao reduzir a multa, em seu juízo de equidade.

3. A utilidade do cumprimento parcial

Nem todo cumprimento parcial (ou defeituoso) da prestação autoriza a redução da cláusula penal. Doutrina[38] e jurisprudência[39] são pacíficas no sentido de que só o *cumprimento parcial útil* para o credor a justifica. A prestação desempenhada pelo devedor precisa ter atendido, ao menos em parte, aos interesses e expectativas do credor.

Esses interesses ou expectativas, todavia, não devem ser aferidos subjetivamente, levando-se em consideração a vontade do credor quando da celebração do contrato, nem os motivos íntimos que o levaram a concretizar determinada negociação.[40] Afastando-se dessa concepção *voluntarista*, a doutrina contemporânea tem sublinhado a importância de se investigar a utilidade da prestação a partir da análise do concreto programa contratual definido pelas partes, dos efeitos jurídicos essenciais pretendidos pelos contraentes.[41] O interesse do credor, nessa perspectiva, relaciona-se intimamente com o fim do negócio jurídico, objetivamente por ele perseguido e que deve ser perceptível à outra parte (e ao próprio intérprete).[42]

Nesse ponto, o artigo 413 do Código Civil é especialmente feliz quando estabelece a finalidade e a natureza do negócio como critérios para a redução equitativa da cláusula penal. Esses critérios também devem ser observados na análise da utilidade que a prestação parcial teve para o credor. Útil será todo cumprimento que atingir parte da finalidade do negócio, isto é, a função econômico-individual, concretamente estabelecida, do acordo como um todo, pois é ela que determinará sua qualificação mais adequada.[43] Essa perspectiva funcional afasta a adoção de parâmetros fixos e idênticos para todos os casos, exigindo que o intérprete se debruce sobre a racionalidade econômica do ajuste e a natureza do negócio.[44]

Na hipótese de *cumprimento parcial*, essa aferição deve ter início sobre a própria natureza da prestação principal. Tratava-se realmente de uma *obrigação divisível*? Divisível será toda prestação que puder ser fracionada sem perder as características gerais essenciais do todo nem sofrer depreciação econômica acentuada.[45] É o caso, por exemplo, da prestação a que se obrigou o devedor de entregar um conjunto de unidades imobiliárias autônomas, consideradas individualmente como frações do todo. Se as unidades autônomas conservarem todos os requisitos que a erigem em objeto economicamente útil – sua natureza, valor, finalidade, bem como a vontade das partes e seu regime legal –, a entrega de parte delas deverá ser levada em consideração pelo julgador para a redução da cláusula penal, pois a hipótese é de *adimplemento parcial* da prestação.

Diferente será, porém, se o devedor se obrigou a entregar um imóvel para receber uma edificação e há fixação de área mínima para construção. Nessa hipótese, o imóvel pode não ser divisível se as porções a que venha a ser reduzido forem inábeis a receber edificação. Diz-se, nesse caso, que a prestação, embora *materialmente divisível*, já que os imóveis em geral são passíveis de divisão, é *juridicamente indivisível*, porque há uma regra jurídica – a fixação de área mínima para construção – que impede o seu fracionamento sem perder as características gerais essenciais do todo e sem sofrer acentuada depreciação econômica. Por isso a entrega de uma fração do imóvel inábil a receber edificação não se enquadrará na hipótese de *adimplemento parcial* da prestação, pois não atenderá, nem mesmo parcialmente, a finalidade econômica perseguida pelo credor ao celebrar o contrato.

As obrigações de não fazer comumente se inserem nessa definição de obrigação indivisível. Basta pensar, por exemplo, nas cláusulas de exclusividade e confidencialidade. Ao devedor se exige, nesses casos, a abstenção de determinado comportamento, cuja realização o torna inadimplente. Ainda que se possa perquirir o quanto da cláusula foi violado pelo devedor – como a qualidade das informações tornadas públicas ou a extensão da quebra de determinada exclusividade – não é possível falar em *cumprimento parcial*, pois a finalidade

38 Nesse sentido, por todos: SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. Biblioteca de Direito Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: RT, 2007, p. 286; TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*: direito das obrigações. São Paulo: Atlas, 2008, v. 4, p. 339-400.

39 Por exemplo: STJ, AgInt no AREsp nº 1.146.231/RS, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 22/4/2024, DJe de 2/5/2024.

40 TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 125.

41 SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 261.

42 TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 54.

43 KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. In: Fábio de Oliveira Azevedo; Marco Aurélio Bezerra de Melo. (Org.). *Direito imobiliário*: estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. 1ed.São Paulo: Atlas, 2015, p. 140-159.

44 MARTINS-COSTA, Judith. A dupla face do princípio de equidade na redução da cláusula penal. In: ASSIS, Araken de (Org.). et al. *Direito civil e processo* - estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2007, p. 68.

45 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*: teoria geral das obrigações. V. II. 20ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 70.

perseguida pelos contraentes era a de preservar o credor de toda conduta do devedor subsumível àquela hipótese.[46]

A utilidade estará, portanto, na maior parte das vezes, diretamente relacionada à própria *divisibilidade* da prestação principal. Mas há situações em que essa etapa de verificação não será suficiente. Há um caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça que ilustra essa limitação.[47] Estava-se diante de um contrato de prestação de serviços educacionais, celebrado entre um estudante e uma instituição de ensino, cuja finalidade era a obtenção de um diploma universitário. O contrato de prestação de serviços educacionais é hipótese de negócio jurídico de execução continuada ou de trato sucessivo, porque a execução do contrato e a respectiva contraprestação se prolongam por um certo período (necessário para a finalização do curso ministrado). Nesses casos, o cumprimento de parcela das prestações configura, para ambas as partes, adimplemento parcial de sua respectiva obrigação.

Na hipótese julgada, a instituição de ensino prestou parte dos serviços educacionais para a qual foi contratada. No entanto, no decorrer da execução do contrato, ela foi descredenciada pelo Ministério da Educação, impossibilitando-a de emitir o certificado de conclusão do curso pelo estudante. Em razão disso, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, apesar de parte dos serviços ter sido prestada, o descredenciamento da instituição de ensino inviabilizou a própria finalidade do contrato, que era a obtenção de diploma universitário por parte do contratante. Desse modo, como a parcela cumprida não teve qualquer *utilidade* para o credor, que também não pôde aproveitar as aulas ministradas em outra instituição de ensino, concluiu-se tratar-se de hipótese de *inadimplemento total* do contrato, e não de *inadimplemento parcial*.

Embora a discussão, no caso julgado, estivesse centrada na necessidade de a instituição de ensino restituir integralmente as parcelas já quitadas pelo estudante em razão da resolução do contrato, o raciocínio também poderia ser aplicado para fins de redução da cláusula penal com base na primeira parte do artigo 413 do Código Civil. Essa análise da finalidade do negócio também será indispensável para as hipóteses de *cumprimento defeituoso* da prestação, como ilustrado no caso hipotético da embarcação citado acima.

Nesses casos, a conduta do credor também deverá ser devidamente sopesada pelo julgador. Afinal, partindo-se da compreensão de que a relação obrigacional encerra um processo complexo de colaboração entre as partes,[48] o credor deve contribuir para retirar utilidade da prestação desempenhada pelo devedor, ainda que parcial ou defeituosa, quando isso não constituir sacrifício excessivo. À luz dos deveres anexos provenientes da incidência da boa-fé objetiva, o credor não deve ser contemplado com a cobrança integral da cláusula penal quando contribuiu, decisivamente, para que a prestação desempenhada não tivesse qualquer utilidade. Todos esses pormenores devem ser sopesados pelo julgador ao exercer o seu juízo de equidade, à luz dos critérios objetivos natureza e finalidade do negócio.

46 ARGUELLO, Ana Luiza Tesser. *A cláusula penal nos contratos empresariais*. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2018, p. 107.

47 STJ, REsp nº 2.008.038/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 11/11/2022.

4. O juízo de equidade e os critérios para a redução da multa

A previsão da "natureza e a finalidade do negócio" como critérios para a redução equitativa é peculiaridade nacional: os diplomas estrangeiros normalmente limitam-se preconizar a redução por cumprimento parcial ou excesso manifesto, sem qualquer critério legal, ou fazendo referência somente ao interesse do credor. A partir desse cenário, nesses ordenamentos a doutrina e a jurisprudência vêm elencando significativa variedade de aspectos a serem considerados pelo julgador: a gravidade e a extensão do inadimplemento, os riscos e efeitos do inadimplemento para o credor, o grau de culpa do devedor, o papel da multa em evitar novas violações e como mínimo indenizatório, as condições econômicas do devedor, os efeitos da sanção para o devedor, eventual contribuição do comportamento do credor e o comportamento das partes após o inadimplemento.[49] Fala-se, ainda, da importância da confiança depositada pelo credor na palavra dada pelo devedor,[50] bem como de vantagens que o devedor tenha obtido com o inadimplemento, grau de sofisticação empresarial do devedor e o risco de repetição daquele inadimplemento ou de violação de outras obrigações.[51]

48 A noção de relação obrigacional complexa, composta por uma estrutura dinâmica de processos cujo fim é o adimplemento, e não como um vínculo estático, foi desenvolvida especialmente pela doutrina germânica, com especial ênfase à obra de Karl Larenz (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Trad. de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. I.). Entre nós, a ideia foi originariamente desenvolvida por Clovis V. do Couto e Silva na obra *A obrigação como processo* (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*, reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007).

49 WESTERMANN, Harm Peter. 343. *Ermann BGB*. Köln: Dr. Otto Schmidt KG, 2020, 1588, nº 7, recurso eletrônico.

50 CALVO, Roberto. Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, LVI. Milano, 2002, p. 320.

51 LINDACHER, Walter F. *Phänomenologie der 'Vertragsstrafe'*. Frankfurt/Main: Athenäum, 1972, p. 30.

No caso do ordenamento brasileiro, todavia, seria de se indagar se todos esses critérios estariam disponíveis para o juízo de equidade na redução, ante a objetivação, pelo legislador, da natureza e finalidade do negócio. Ainda que se reputem conceitos indeterminados, são referentes apenas a elementos objetivos do negócio, afastando – em princípio – elementos relativos às partes.[52] Nesse sentido, já se afirmou que os critérios dispostos no artigo 413 quanto à redução da multa por excesso manifesto constituem verdadeira norma de contenção, já que instituem "dupla barreira a que o intérprete introduzisse no controle do equilíbrio outros juízos, notadamente de índole subjetiva, incompatíveis com a avaliação de proporcionalidade".[53]

Não obstante, a inserção de critérios mais subjetivos no juízo de excessividade transparece com mais ênfase ao se defender levar em conta a finalidade da própria cláusula penal. Embora seja frequente que a função coercitiva ou indenizatória da multa seja considerada relevante,[54] alguma doutrina parte disso para assimilar expressamente os critérios tradicionalmente subjetivos, no sentido de considerar o dano real sofrido pelo credor quando a cláusula é indenizatória, e a gravidade da infração quando ela é coercitiva.[55]

A abertura maior, todavia, se dá mais frequentemente por referência ao advérbio *equitativamente*. É comum que se estenda à hipótese de redução por cumprimento parcial o entendimento próprio da hipótese de redução por excesso manifesto, de que a equidade é uma abertura a elementos extra sistemáticos, de modo a ensejar, por essa via, considerar o valor do prejuízo efetivo, interesse do credor, gravidade da infração, grau de culpa do devedor, desequilíbrio significativo entre as partes, vantagens que o não-cumprimento pode trazer ao devedor, considerações relativas à totalidade do contrato (como em caso de redes contratuais) e suas fases de formação (condições negociais) e de desenvolvimento (como boa-fé e má-fé do devedor no descumprimento), bem como o segmento de mercado em que se insere.[56]

52 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 278.

53 TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos sobre a cláusula penal a partir da superação da tese da dupla função. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, v. 31, nº 4. Belo Horizonte, out./dez. 2022, p. 360.

54 Por exemplo, MARTINS-COSTA, Judith. A dupla face do princípio da equidade na redução da cláusula penal. In: *Direito civil e processo*: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 67; KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. *Revista dos Tribunais Rio de Janeiro*, v. 4-5. São Paulo: 2014, p. 83-104, recurso eletrônico. Incluindo esse tema na avaliação da natureza da cláusula penal: CHAGAS, Beatriz Uchôas. A redução equitativa da cláusula penal: a aplicação do artigo 413 do Código Civil. *Revista de Direito Privado*, v. 110. São Paulo: out.-dez./2021, p. 85-108, recurso eletrônico.

55 ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 228-229.

56 Defendendo esse entendimento apenas quanto à redução por excesso manifesto, MARTINS-COSTA, Judith. A dupla face do princípio da equidade na redução da cláusula penal. In: *Direito civil e processo*: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 69-70.

Nas decisões judiciais, a fronteira entre as duas hipóteses de redução é tênue, não sendo raro que ambas se confundam nos julgados, albergadas pela referência geral ao juízo de equidade.[57] Com efeito, em julgado sobre redução por cumprimento parcial, já cogitou o STJ da aplicabilidade de todos os critérios, objetivos e subjetivos, para a aplicação do artigo 413:

> "Desse modo, caberá ao juiz, nas hipóteses de incidência da citada norma jurídica, proceder à redução da cláusula penal, atentando-se ao princípio da equivalência material entre os contratantes, sem olvidar, contudo, das particularidades, de cunho valorativo, presentes no caso concreto, tais como a finalidade visada pelos contratantes, a gravidade da infração, o grau de culpa do devedor, as vantagens que para este resultem do inadimplemento, o interesse do credor na prestação, a situação econômica de ambas as partes, a sua boa ou má-fé, a índole do contrato, as condições em que foi negociado e eventuais contrapartidas que tenham beneficiado o devedor pela inclusão da cláusula penal".[58]

Os julgados parecem refletir concepção bastante ampla de como a expressão "equitativamente" abriria ensejo ao julgador para fazer uso dos mais variados critérios possíveis na redução da multa. Ainda mais grave, é comum que a fundamentação dos julgados se limite à reprodução geral do dispositivo legal, com referência à equidade, mas sem especificação de quais critérios foram efetivamente sopesados e qual sua relação com o caso concreto, como seria de se exigir pelo disposto nos artigos 93, IX, da Constituição, e 489, §1º, do Código de Processo Civil.

No ambiente arbitral, a redução equitativa da cláusula penal pelo árbitro exige particular cuidado. Além da redução da multa implicar interferência sobre o delicado equilíbrio econômico-normativo construído pelas partes no exercício legítimo da autonomia negocial – portanto, cabível somente em caso de abuso ou de cumprimento parcial –, a escolha das partes por arbitragem de direito – e não de equidade – deve ser respeitada e compreendida como a busca por maior previsibilidade e objetividade: a evitar, na imagem de Carlos

57 Como alerta Beatriz Uchôa Chagas: "encontram-se acórdãos que não esclarecem qual o critério empregado ou que empregam um parâmetro excessivamente amplo não deixando claro o que guiou a avaliação judicial. Nesses casos, observe-se que o critério da 'razoabilidade', sem maior densificação, não é suficientemente claro, nem permite prever como a penalidade seria reduzida em outros casos semelhantes; não é, portanto, um parâmetro suficiente para justificar a decisão" (CHAGAS, Beatriz Uchôas. A redução equitativa da cláusula penal: a aplicação do artigo 413 do Código Civil. *Revista de Direito Privado*, v. 110. São Paulo: out.-dez./2021, p. 85-108, recurso eletrônico).

58 STJ, 4ª T., REsp nº 1.353.927/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 17/5/2018.

Alberto Carmona, que as partes estejam a placidamente sentar-se em um verdadeiro barril de pólvora.[59] Dessa forma, parece particularmente importante que a redução arbitral da multa venha fundamentada com a explicitação dos critérios utilizados – necessariamente objetivos e vinculados à utilidade para o credor, no caso de cumprimento parcial.

5. Considerações finais

A cláusula penal é um instrumento de regulação antecipada dos riscos de inadimplemento, resguardando as partes do tempo, custo e incerteza de uma disputa sobre os efeitos da inexecução do contrato. Ela integra o equilíbrio econômico-normativo que as partes estabelecem contratualmente, no exercício legítimo de sua autonomia negocial, mas deve ser objeto de controle nos casos em que cobrar o montante estabelecido seja ou tenha se tornado abusivo.

Além de estabelecer limites máximos, o ordenamento determina que o julgador reduza equitativamente o montante da multa em determinadas hipóteses, uma das quais é a ocorrência de cumprimento parcial da obrigação pelo devedor. Com efeito, revela-se disfuncional o credor cobrar a integralidade da multa quando o inadimplemento não foi total, pois, tendo optado por aceitar o pagamento em parte, seu interesse não foi lesado na medida em que haviam convencionado as partes fazer jus à multa.

Entretanto, a redução deve pautar-se por análise estritamente funcional, sensível à finalidade da obrigação inadimplida e do interesse por ela veiculado. Dessa forma, observou-se que a redução não deve ser matematicamente proporcional ao quanto foi cumprido, mas adequada à utilidade da parte que foi prestada, em conformidade com o interesse objetivo naquele crédito.

Da mesma forma, a referência à redução dar-se por equidade não exime o julgador – em particular o árbitro – de fundamentar argumentativamente sua decisão, expondo critérios (objetivos) que foram levados em conta para estabelecer o novo montante da multa e os correlacionando às circunstâncias do caso concreto.

59 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009, p. 67. Destaca Martim Della Valle que, na arbitragem por equidade, "O elemento central é a liberdade de critério" (DELLA VALLE, Martim. Arbitragem por Equidade. Comentário à sentença arbitral *Ad Hoc* proferida em 26.01.1989. Revista Brasileira de Arbitragem, nº 38, 2013, pp. 178).

16.
Os Efeitos da Sentença Arbitral Proferida em Disputa entre Tomador e Segurado à Seguradora

Cassio Gama Amaral[1]
Natália Salvador Veiga[2]

1. Introdução

A crescente utilização da arbitragem como mecanismo preferencial de solução de litígios contratuais no Brasil impõe a necessidade de os estudiosos do direito se debruçarem, cada vez mais, sobre os limites da eficácia subjetiva da sentença arbitral, especialmente quando esta repercute em contratos coligados que envolvem terceiros não signatários da cláusula compromissória.

No ordenamento jurídico brasileiro, rege a máxima de que a sentença faz coisa julgada apenas entre as partes, não podendo prejudicar terceiros, conforme preconiza o artigo 506 do Código de Processo Civil. Isto significa dizer que, ao contrário do que previa o artigo 472 do diploma processual de 1973, no sentido de que a sentença não beneficiaria, nem prejudicaria terceiros, o regime atual preocupou-se em contemplar situações em que a sentença pode, sim, beneficiar terceiros que não tenham integrado a lide na qual foi proferida.

Variados são os casos em que isto pode ocorrer – obviamente, desde que observados certos requisitos. No âmbito do seguro garantia, essa problemática assume contornos particularmente relevantes, uma vez que a apólice é emitida pela seguradora para garantir o adimplemento de obrigações contratuais assumidas por uma parte (o tomador) perante outra (o segurado), sendo a seguradora, como regra, alheia ao procedimento arbitral instaurado entre esses dois polos da relação principal.

1 Advogado licenciado no Brasil, Inglaterra, Portugal e País de Gales. Doutorando em Administração pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. Mestre em Direito (Jurister Manager Internacional) pela Grand École de Commerce de Lyon - Emlyon Business School e em Administração, pela Universidade Federal da Bahia. Cofundador e membro do Instituto de Inovação em Seguro e Resseguro - IISR - da Fundação Getulio Vargas. Professor da Escola Nacional de Seguros - ENS. camaral@machadomeyer.com.br.

2 LL.M. em International Business Regulation, Litigation and Arbitration pela New York University School of Law. Especialista em Processo Civil pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), do Centro de Estudos Avançados em Processo (CEAPRO) e da Associação Internacional de Direito de Seguro (AIDA). nsveiga@machadomeyer.com.br.