

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.424.074 - SP (2013/0392230-3)

RELATOR : MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
RECORRENTE : SETA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/C LTDA
ADVOGADOS : LUIZ ANTONIO BETTIOL E OUTRO(S)
LUIZ MURILLO INGLEZ DE SOUZA FILHO E OUTRO(S)
EWERTON AZEVEDO MINEIRO E OUTRO(S)
RECORRENTE : AMERICAN EXPRESS DO BRASIL TEMPO LTDA
ADVOGADOS : VICENTE COELHO ARAÚJO E OUTRO(S)
MAXIMILIAN FIERRO PASCHOAL
RECORRIDO : OS MESMOS

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM COBRANÇA E INDENIZAÇÃO. LOCAÇÃO DE BANCO DE DADOS. CONTRATO DE ADESÃO. CARACTERÍSTICAS. INEXISTÊNCIA. EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. REEXAME DE PROVAS. NÃO CABIMENTO. SÚMULAS NºS 5 E 7/STJ. CLÁUSULA PENAL. EXCESSO. REDUÇÃO.

1. Trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com cobrança e indenização, na qual se discute inadimplência em contrato de locação de banco de dados baseado na adoção do processo de filtragem denominado *"merge and purge"* (fusão e expurgo), que consiste no cruzamento de dados, de modo a eliminar duplicidade de registros, priorizando aqueles que devem ser utilizados em banco de dados do contratante.

2. O contrato de adesão tem como principal característica o fato de ser desprovido de fase pré-negocial, porquanto é elaborado unilateralmente, cabendo à outra parte contratante, que figura na condição de aderente, apenas aceitar as cláusulas padronizadas ali contidas, de modo que não lhe é assegurada interferência no conteúdo do ajuste.

3. O negócio jurídico em exame é dotado de singularidade, principalmente se observado seu objeto, qual seja, a locação de banco de dados. A inexistência de cláusulas padronizadas, a adoção do método de filtragem *"merge and purge"*, o valor estipulado e outras peculiaridades afastam o caráter impositivo e unilateral da avença, de modo que a eventual existência de ambiguidade ou contradição na interpretação do contrato em tela não atrai a incidência do disposto no art. 423 do Código Civil.

4. Rever os fundamentos do acórdão recorrido no tocante à exceção de contrato não cumprido demandaria, na hipótese, interpretação de cláusulas contratuais e o revolvimento conjunto fático-probatório, providências vedadas em recurso especial pelas Súmulas nºs 5 e 7/STJ.

5. Constatado o excesso do montante estabelecido em cláusula penal, deve o magistrado reduzi-la a patamar razoável, de acordo com as obrigações cumpridas, observadas a natureza e a finalidade do contrato.

6. Recurso especial de American Express do Brasil Tempo Ltda. não provido. Recurso especial de Seta Empreendimentos e Participações S/C Ltda. provido para fixar a multa contratual em 20% do valor da condenação, que corresponde à extensão das obrigações não cumpridas.

ACÓRDÃO

Superior Tribunal de Justiça

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial interposto por Seta Empreendimentos e Participações S/C Ltda e negar provimento ao recurso especial interposto por American Express do Brasil Tempo Ltda., nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de novembro de 2015(Data do Julgamento)

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva
Relator



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.424.074 - SP (2013/0392230-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):

Trata-se de recursos especiais interpostos por AMERICAN EXPRESS DO BRASIL TEMPO LTDA. e por SETA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/C LTDA., ambos com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

"OBRIGAÇÃO DE FAZER - Acordo de prestação de serviços para locação de banco de dados - Utilização do método 'merge and purge' - Ausência de ambigüidade - Dúvida da contratante que deveria ter sido sanada quando da assinatura do contrato - Possibilidade de cobrança em relação aos nomes utilizados pela requerida após aplicação do método comparativo - Previsão de multa em caso de utilização dos nomes após o prazo de validade do contrato - Abusividade - Inteligência do art. 412, do CC/02 - Declaração de nulidade - Pena pecuniária afastada - Ação parcialmente procedente - Decisão mantida" (fl. 629).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

AMERICAN EXPRESS DO BRASIL TEMPO LTDA., além de divergência jurisprudencial, sustenta ofensa aos arts. 423 e 476 do Código Civil ao argumento de que: a) as cláusulas ambíguas ou contraditórias inseridas em contrato de adesão devem ser interpretadas de forma mais favorável ao aderente, o que não teria sido observado pelo Tribunal estadual, e b) é incabível condicionar a aplicação da exceção do contrato não cumprido ao momento de entrega do bem, e antes do decurso do prazo de um ano, por constituir requisito desprovido de amparo legal e jurisprudencial (fls. 693/716).

SETA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/C LTDA. alega divergência jurisprudencial e contrariedade ao disposto nos arts. 412 e 413 do Código Civil por entender, em essência, que a multa excessiva prevista em cláusula penal deve ser reduzida a patamar razoável, não podendo ser simplesmente declarada nula pelo Poder Judiciário (fls. 743/756).

Contrarrazões às fls. 784/800 e 802/811.

O recurso especial de AMERICAN EXPRESS DO BRASIL TEMPO LTDA. não foi admitido na origem. Por decisão proferida em 13/10/2015, foi determinada a conversão do agravo em recurso especial (fls. 876/877).

SETA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/C LTDA. teve seu recurso especial admitido pelo Tribunal de origem (fl. 815/817).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.424.074 - SP (2013/0392230-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):

1. Da origem

Os autos revelam que as litigantes firmaram, em 31/3/2001, contrato cujo objeto é a locação de base de dados, por meio do qual a Seta Empreendimentos e Participações S/C Ltda. seria remunerada pela importância de R\$ 0,30 (trinta centavos) por registro que fosse aproveitado pela American Express do Brasil Tempo Ltda. como mala direita e telemarketing, no prazo de 6 (seis) meses a partir da assinatura do ajuste.

Ressalte-se que foi adotado no ajuste o processo de filtragem denominado *"merge and purge"* (fusão e expurgo), que consiste no cruzamento de dados, de modo a eliminar duplicidade de registros, priorizando aqueles que devem ser utilizados em banco de dados do contratante.

Em cumprimento ao contrato, a empresa SETA, que recebeu adiantamento no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), teria disponibilizado informações de 3.210.970 (três milhões duzentos e dez mil novecentos e setenta) pessoas, individualizadas pelo número de Cadastro de Pessoa Física - CPF, à empresa American Express que, por sua vez, após confrontar os dados encaminhados com os da sua própria base de clientes, além de proceder a outras filtrações, teria aproveitado, ao final, apenas os dados de aproximadamente 500.000 (quinhentas mil) pessoas.

Insatisfeita com o processo de filtragem conduzido, que teria sido realizado em desconformidade com as cláusulas contratuais, ensejando uma remuneração abaixo da expectativa, a empresa SETA ajuizou a presente ação de obrigação de fazer cumulada com cobrança e indenização, pleiteando, também, a incidência da multa prevista em cláusula penal.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido para, reconhecendo a efetiva utilização dos dados de 1.835.194 (um milhão oitocentos e trinta e cinco mil cento e noventa e quatro) pessoas, conforme apurado em perícia, condenar a empresa American Express, após a dedução do adiantamento realizado, ao pagamento da quantia de R\$ 400.558,20 (quatrocentos mil quinhentos e cinquenta e oito reais e vinte centavos). O pedido relacionado à multa contratual foi rejeitado ao fundamento de que a questão gravitou a respeito de *"dúvida objetiva sobre o cumprimento do contrato"* (fl. 461).

O Tribunal de origem negou provimento às apelações interpostas. Entendeu que é abusiva a cláusula que estipula multa contratual em valor superior ao da obrigação principal, de

Superior Tribunal de Justiça

modo que seria incabível sua redução. Afastou a incidência do princípio da exceção do contrato não cumprido ao fundamento de que *"a insatisfação da empresa American Express deveria ter sido arguida quanto da entrada da listagem ocorrida em 2001 e não depois de decorrido mais de um ano, quando a propositura de ação de cobrança"* (fl. 631).

2. Do recurso especial de American Express do Brasil Tempo Ltda.

A recorrente sustenta ofensa ao art. 423 do Código Civil ao argumento de que as cláusulas ambíguas ou contraditórias inseridas em contrato de adesão devem ser interpretadas de forma mais favorável ao aderente, o que não teria sido observado pelo Tribunal estadual.

Aduz divergência no tocante ao acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul nos autos dos EDcl 70012225926 (Quinta Câmara Cível, Rel. Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto), que teria reconhecido *"a possibilidade de interpretação favorável de cláusulas ambíguas de contratos de adesão celebrados entre duas empresas de grande porte, envolvendo valores consideráveis"* (fl. 705).

A propósito, dispõe o Código Civil:

"Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente."

Em que pesem os argumentos apresentados pela recorrente, pois não é o valor vultoso do negócio ou o grande porte econômico das partes envolvidas que impedem o reconhecimento da existência de um contrato de adesão, o recurso não merece prosperar.

O contrato de adesão tem como principal característica o fato de ser desprovido de fase pré-negocial, porquanto é elaborado unilateralmente, cabendo à outra parte contratante, que figura na condição de aderente, apenas aceitar as cláusulas padronizadas ali contidas, de modo que não lhe é assegurada interferência no conteúdo do ajuste. Quer dizer, a liberdade de contratar, nessa hipótese, limita-se a assinar ou não o pacto.

Nesse sentido:

"Conflito negativo de competência. Eleição de foro. Contrato de franquia. Adesão. Abusividade.

1. Em contrato de adesão, unilateralmente elaborado pela franqueadora, que impõe todas as cláusulas que regem a relação com o franqueado, sopesadas as circunstâncias peculiares do presente caso, deve ser reconhecida a abusividade da cláusula de eleição de foro, pois afirmada nos autos a impossibilidade do franqueado efetuar regular defesa no Juízo contratualmente eleito, face a sua difícil situação econômica, decorrente do próprio contrato de franquia. Ressaltado, ainda, o alto poder econômico da franqueadora em contraste com a situação do

Superior Tribunal de Justiça

franqueado.

2. *Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Lajeado/RS.*"

(CC 32.877/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Segunda Seção, julgado em 26/2/2003, DJ de 7/4/2003).

Ademais, na lição de Cláudia Lima Marques, o contrato de adesão *"é oferecido ao público em um modelo uniforme, geralmente impresso, faltando apenas preencher os dados referentes à identificação do consumidor-contratante, do objeto e do preço"* (Contrato no Código de Defesa do Consumidor. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pág. 71).

No caso em exame, conforme se verifica à fl. 24, não se constata o preenchimento de lacunas em contrato constituído por cláusulas padronizadas. O negócio jurídico é dotado de singularidade, principalmente se observado seu objeto, qual seja, a locação de banco de dados. Ademais, a adoção do método *"merge and purge"* de cruzamento de informações, o valor estipulado e outras peculiaridades afastam o caráter impositivo e unilateral da avença, de modo que a eventual existência de ambiguidade ou contradição na interpretação do contrato em tela não atrai a incidência do disposto no art. 423 do Código Civil.

Cabe ressaltar que o método *"merge and purge"* (fusão e expurgo) consiste no cruzamento de dados, de modo a eliminar duplicidade de registros, priorizando aqueles que devem ser utilizados em banco de dados do contratante.

Do voto condutor do julgador extrai-se o seguinte excerto, que bem demonstra essa compreensão:

"(...)

'Merge and purge: Fusão e Expurgo é o processo que consolida informações eliminando duplicidades e priorizando os dados a serem mantidos em um banco de dados. (<http://www.fgcarvalho.com.br/web/?p-102>)

Merge and purge (fusão-expurgo): processo de cruzar duas ou mais listas sem duplicar os nomes ou endereços comuns, normalmente com o uso de um match code. Match code: código formado por partes de um registro por exemplo, nome e endereço. Serve para identificar ou eliminar duplicidade de registros.' (fonte: site da Associação Brasileira de Marketing Direto - ADMED <http://www.ahemd.org.br/Glossario.aspx>)" (fl. 631).

Com efeito, a avença não se enquadra na modalidade de contrato de adesão. Não há evidência de que tivesse a contratante obstada de discutir os termos em que vazado o negócio, tampouco a natureza jurídica do ajuste não aponta para o fato de ter a recorrente simplesmente aderido à proposição da recorrida em cláusulas padronizadas sem que tenha havido alguma prévia negociação a respeito.

Nesse contexto, por não revelar os autos um contrato de adesão, não se verifica

Superior Tribunal de Justiça

ofensa ao art. 423 do Código Civil, tampouco divergência jurisprudencial a respeito de sua interpretação.

A recorrente alega contrariedade ao disposto no 476 do Código Civil, por entender ser incabível condicionar a aplicação da exceção do contrato não cumprido ao momento de entrega do bem, e antes do decurso do prazo de um ano, por constituir requisito desprovido de amparo legal e jurisprudencial.

Assevera divergência no tocante ao acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios nos autos da Apelação Cível 20090110619027APC (Desembargador Sérgio Rocha, Segunda Turma Cível), que teria reconhecido a possibilidade de alegar exceção de contrato não cumprido na contestação.

Eis o dispositivo tido como violado:

"Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro."

A respeito do tema, assim asseverou o Tribunal de origem:

*"(..)
Em síntese: não se pode declarar ambigüidade da expressão, tampouco interpretação favorável à aderente, na medida em que não se observa qualquer contradição e sim desídia ao promover a contratação de serviços sem análise aprofundada sobre o assunto.*

O mesmo pode ser dito com relação à insuficiência de dados dos consumidores, notadamente quanto aos números de telefones que impediram a abordagem mediante telemarketing. E isso, porque a insatisfação deveria ter sido argüida quando da entrega da listagem ocorrida em 2001 e não depois de decorrido mais de um ano, quando da propositura de ação de cobrança. Afasta-se, portanto, a incidência do princípio da exceção do contrato não cumprido" (fl. 631).

Mais uma vez, não obstante as razões apresentadas, o recurso especial não reúne condições de prosperar.

A observância da exceção do contrato não cumprido pressupõe o inadimplemento substancial de um dos contratantes a ponto de desonerar o outro de cumprir com sua obrigação. A exceção não pode ser levada ao extremo de acobertar o descumprimento obrigacional sob invocação de haver o outro deixado de executar parte mínima ou irrelevante da que está ao seu cargo.

Sobre o tema o seguinte julgado:

"RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. RESCISÃO CONTRATUAL. DISSÍDIO

Superior Tribunal de Justiça

NÃO DEMONSTRADO. EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. SÚMULAS Nº 5 E Nº 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. DESCUMPRIMENTO PARCIAL E MÍNIMO DA AVENÇA. DESPROPORCIONALIDADE. MANUTENÇÃO DO CONTRATO. PRECEDENTES.

(...)

3. ' A exceção de contrato não cumprido somente pode ser oposta quando a lei ou o próprio contrato não determinar a quem cabe primeiro cumprir a obrigação. (...) A recusa da parte em cumprir sua obrigação deve guardar proporcionalidade com a inadimplência do outro, não havendo de se cogitar da arguição da exceção de contrato não cumprido quando o descumprimento é parcial e mínimo' (REsp 981.750/MG, Rel. Ministra Nancy Andrigli, DJe 23/4/2010).

(...)

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido."

(REsp 1.220.251/MA, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 6/3/2012, DJe de 13/3/2012).

No caso, os autos revelam que a empresa Seta cumpriu sua obrigação ao fornecer à recorrente os registros na forma contratual. Se, após a utilização do método "*merge and purge*", alguns dos dados não se mostraram adequados, sobressai que essa situação é inerente ao risco do negócio. Não há falar na incidência do princípio da exceção do contrato não cumprido, de modo a afastar suas obrigações na avença.

Ademais, rever os demais fundamentos do acórdão recorrido no tocante à exceção de contrato não cumprido demandaria, na hipótese, interpretação de cláusulas contratuais e o revolvimento conjunto fático-probatório, providências vedadas em recurso especial pelas Súmulas nºs 5 e 7/STJ.

A propósito:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. REJEIÇÃO PELA CORTE DE ORIGEM. ACÓRDÃO QUE FIXA A PREMISSA FÁTICA DE QUE A PARTE RECORRIDA EFETUOU O ADIMPLEMENTO DA PRESTAÇÃO A QUE ESTAVA OBRIGADA. PRETENSÃO DE QUE SEJA FORMADA NOVA CONVICÇÃO ACERCA DOS FATOS DA CAUSA A PARTIR DO REEXAME DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE QUE A PRETENSÃO RECURSAL SE LIMITA À REVALORAÇÃO DA PROVA, À REQUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS ASSENTADOS NO ACÓRDÃO RECORRIDO OU À VIOLAÇÃO DE REGRAS DE DIREITO PROBATÓRIO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS APTOS A INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O entendimento expresso no enunciado n. 7 da Súmula do STJ apenas pode ser afastado nas hipóteses em que o recurso especial veicular questões eminentemente jurídicas, sem impugnar o quadro fático delineado pelas instâncias ordinárias no acórdão recorrido.

2. Somente se poderá dizer que a pretensão recursal se limita à reavaliação da prova quando o inconformismo veicular alegações de contrariedade ou negativa de vigência às normas legais federais atinentes ao direito probatório. Precedente.

Superior Tribunal de Justiça

3. Assentada pela Corte de origem a premissa fática de que a parte recorrida efetuou o adimplemento da prestação a que estava obrigada, impõe-se a rejeição da exceção de contrato não cumprido, não havendo nisso contrariedade ou negativa de vigência ao art. 476 do Código Civil.

4. Se o agravante não traz argumentos aptos a infirmar os fundamentos da decisão agravada, deve-se negar provimento ao agravo regimental. Precedente.

5. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no AREsp 685.601/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/6/2015, DJe de 24/6/2015).

Assim, não se verifica a alegada ofensa ao art. 473 do Código Civil, tampouco divergência jurisprudencial.

3. Do recurso especial de Seta Empreendimentos e Participações S/C Ltda.

A recorrente insurge-se contra o entendimento do Tribunal de origem segundo o qual é abusiva a cláusula que estipula multa contratual em valor superior ao da obrigação principal, de modo que seria incabível sua redução. Aponta ofensa aos arts. 412 e 413 do Código Civil:

"Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder ao da obrigação principal"

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."

A propósito do tema, assentou o acórdão recorrido:

"(..)

Por fim, também não se justifica o inconformismo da autora no tocante à incidência da multa contratual. E isso, porque, como bem esposado pelo magistrado, foi fixada de forma abusiva na medida em que superior ao da obrigação principal, afrontando disposição contida no art. 412, do CC/02, o que a torna nula.

Não se alegue possibilidade de redução do valor em patamar aceitável, diante da declaração de sua nulidade; desnecessárias maiores digressões a respeito" (fls. 631/632).

No entanto, ao assim decidir, atuou em desconformidade com a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, que firmou compreensão no sentido de que, constatado o excesso do montante fixado em cláusula penal, deve o magistrado reduzi-la a patamar razoável, de acordo com as obrigações cumpridas, observadas a natureza e a finalidade do contrato.

Superior Tribunal de Justiça

Essa orientação tem sido aplicada, inclusive, nos casos em que o contrato foi firmado sob a égide do Código Civil de 1916, tal como se verifica no caso em exame, que o pacto foi firmado em 31/3/2001.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL E OUTRAS AVENÇAS. INEXECUÇÃO CONTRATUAL. CLÁUSULA PENAL. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. ARTIGOS 924 DO CÓDIGO CIVIL/1916 E 413 DO CÓDIGO CIVIL/2002.

1. O acórdão recorrido está em harmonia com a orientação desta Corte no sentido de que, mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, era faculdade do órgão julgador reduzir o valor da cláusula penal se evidenciada a sua manifesta excessividade. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1.351.671/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 5/2/2015, DJe de 12/2/2015).

"RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO OCORRÊNCIA. MULTA CONTRATUAL. REDUÇÃO PARA 2% OCORRIDA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INVIABILIDADE. RESTABELECIMENTO DO ÍNDICE PACTUADO. CONTRATO CELEBRADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N. 9.298/96. CLÁUSULA PENAL. REDUÇÃO COM BASE NO 924 DO CC/1916. POSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE ALTERAR O PATAMAR DEFINIDO NAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. ÔBICE NO ENUNCIADO SUMULAR N. 7 DESTE TRIBUNAL SUPERIOR.

(...)

2. A multa contratual só pode ser reduzida ao percentual de 2% (dois por cento) nos contratos celebrados após a vigência da Lei n. 9.298/96.

3. O artigo 924 do Código Civil de 1916 facultava ao Juiz a redução proporcional da cláusula penal às hipóteses de cumprimento parcial da obrigação, sob pena de afronta ao princípio da vedação do enriquecimento sem causa.

4. Hipótese em que a obrigação foi parcialmente cumprida pelo devedor, a justificar a redução.

5. Inocorrência de aplicação retroativa do art. 413 do CC/02 que, ao contrário da faculdade trazida pela regra anterior, passou a estabelecer um dever ao juiz.

6. Interpretação conjunta dos enunciados normativos do art. 924 do CC/16 e do art. 413 do CC/2002 à luz da regra de transição do art. 2035 e seu parágrafo único do CC/2002, recomendando a concreção do princípio da função social do contrato mesmo para pactos celebrados na vigência da anterior codificação civil.

7. Verificar se a redução da cláusula penal, da maneira como foi promovida pelo juiz de primeiro grau e confirmada pelo Tribunal a quo, atingiu patamar razoável e proporcional demandaria a interpretação das cláusulas contidas no contrato locatício, bem como das provas carreadas aos autos, atraindo os óbices dos enunciados n. 05 e n. 07 da Súmula desta Corte.

8. Doutrina e jurisprudência acerca das questões discutidas.

9. Recurso Especial parcialmente provido."

(REsp 887.946/MT, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 18/05/2011)

Do inteiro teor deste último julgado, oportuno colacionar o seguinte excerto

Superior Tribunal de Justiça

porquanto elucidativo:

"(...)

No que tange à irrisignação relativa à redução da cláusula penal cabe fazer algumas ponderações.

A principal tese do recorrente é no sentido de que a regra do art. 924 do CC/16 não confere poder discricionário ao juiz para reduzir a cláusula penal por excessividade, apenas permitindo a redução a patamar razoável, sempre atento as circunstâncias do caso concreto.

Como cediço, o artigo 924 do Código Civil de 1916 facultava ao Juiz a redução proporcional da cláusula penal às hipóteses de cumprimento parcial da obrigação, sob pena de afronta ao princípio que veda o enriquecimento sem causa.

Entretanto, o Código Civil de 2002 alterou a disciplina da cláusula penal, pois, em seu artigo 413, determina que o juiz deve reduzir tal preceito equitativamente, se a obrigação já tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo.

Há, entre os referidos dispositivos, uma correspondência parcial.

Analisando as referidas normas, Jorge Cesa Ferreira da Silva (Inadimplemento das Obrigações - Comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 - Página 279/280) ensina:

A propósito do art. 924 do Código Civil de 1916, não eram raras as vozes no sentido de ser dispositiva a norma nele contida. Assim, por exemplo, manifestaram-se Clóvis Bevilacqua (op. cit., p. 72), Pontes de Miranda (op. cit., p. 80), Caio Mário da Silva Pereira (op. cit., p. 110) e Orlando Gomes (op. cit., p. 161). Partia-se do pressuposto de que cabia à autonomia privada deliberar sobre a multa, além do fato de que a natureza penal da cláusula seria mais bem atendida pela possibilidade de afastar a norma que admitia minorá-la.

No plano do direito comparado, tal posição não se sustenta. No direito francês, após a reforma de 1975, os arts. 1.152 e 1.231 expressamente afirmam a sua cogência, do mesmo modo que o faz o art. 812º do Código Civil português. Para o direito italiano, o art. 1.384, tido como excepcional por admitir a revisão judicial, é assim também compreendido (cf. Giorgio De Nova, op. cit., p. 381), no que se assemelha ao §343 do BGB, cujo texto se mantém vigente desde 1990 (cf. Dieter Medicus, op. cit., p. 225)

Com relação ao Código de 2002, parece ser esta, e não aquela, a melhor interpretação. Não se trata aqui exclusivamente da utilização da autonomia privada, mas sim de outros valores especialmente tutelados pelo novo Código. O art. 413 sustenta-se no equilíbrio e na vedação ao excesso, que são especialmente garantidos no novo texto (cf., p. ex., arts. 187, 317, 478), sempre de modo cogente. No mesmo sentido, é da natureza da noção de pena - que, como se buscou demonstrar, representa o elemento conceitual básico da cláusula penal - que ela se ajuste às circunstâncias concretas do caso. Ademais, partindo-se do pressuposto de que a regulação da cláusula penal a estrutura de modo proporcionado ao dano sofrido, caso a norma fosse afastável pela vontade das partes, a situação de inadimplemento parcial poderia facilmente apresentar-se muito mais vantajosa ao credor do que a de adimplemento, o que revelaria um contra-senso. Por fim, não é de ser esquecida a mudança do verbo empregado pelo legislador. Ao contrário da faculdade posta no art. 924 do Código de 1916, o art. 413 refere

Superior Tribunal de Justiça

agora a dever judicial ('deve ser reduzida').

Não se nega, portanto, que ao juiz, sob a égide do Código Civil de 1916, era facultada a redução da cláusula penal no caso de adimplemento parcial da obrigação, de modo a evitar o enriquecimento ilícito. Até porque a norma é expressa nesse sentido.

Verifica-se, contudo, que, antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil de 2002, tanto a doutrina quanto a jurisprudência evidenciavam uma evolução hermenêutica no sentido de não mais apenas permitir, mas reconhecer um dever judicial de, também nos casos em que a cláusula penal se mostre fixada em valor manifestamente excessivo, reduzi-la.

No caso, ainda que o contrato tenha sido celebrado 05/09/2002, meses antes da entrada em vigor do CC/2002, deve-se interpretar o próprio enunciado do art. 924 do CC/16 de modo a permitir ao juiz a redução da cláusula penal, buscando, assim, preservar a função social do contrato, afastando o desequilíbrio contratual e o uso da mesma como instrumento de enriquecimento sem causa" (grifou-se).

No caso, para melhor exame da alegada ofensa à lei federal, transcreve-se a cláusula penal em discussão:

"(...)

Caso se verifique por parte da American Express qualquer ato em desacordo com o disposto acima, caberá a Seta uma indenização igual ao dobro do valor a ser pago pela Amex a Seta, a saber, o dobro do valor do adiantamento mais o valor adicional complementar a ser pago ao final do 'merge and purge'" (fl. 24).

Com efeito, a penalidade contratual revela-se claramente superior à obrigação pactuada, de modo que deve ser revista judicialmente.

Muito embora a recorrente aponte outras infrações contratuais, que não foram abordadas pelo Tribunal estadual, os autos revelam descumprimento da cláusula que lhe assegura o pagamento pelos dados de pessoas efetivamente utilizados após o processo de filtragem denominado *"merge e purge"*. Tanto que houve a necessidade de busca da tutela jurisdicional que culminou na condenação da empresa American Express, pelas instâncias ordinárias, soberanas no exame do conjunto fático-probatório, ao pagamento da diferença apurada, de acordo com o laudo pericial, nos termos da sentença mantida pelo acórdão recorrido.

Logo, impõe-se que seja assegurada a incidência de cláusula penal, a qual deve recair no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, por expressar a extensão das obrigações não cumpridas no contrato em tela, considerando, ainda, a indiscutível dúvida que incidiu sobre o alcance da cláusula contratual que estabeleceu o método de filtragem denominado *"merge and purge"* e a ausência de má-fé na conduta da empresa ora recorrida.

Por fim, com o aumento da condenação da parte recorrida, deve-se assegurar o reflexo dessa modificação na distribuição da sucumbência para reconhecer que a parte autora,

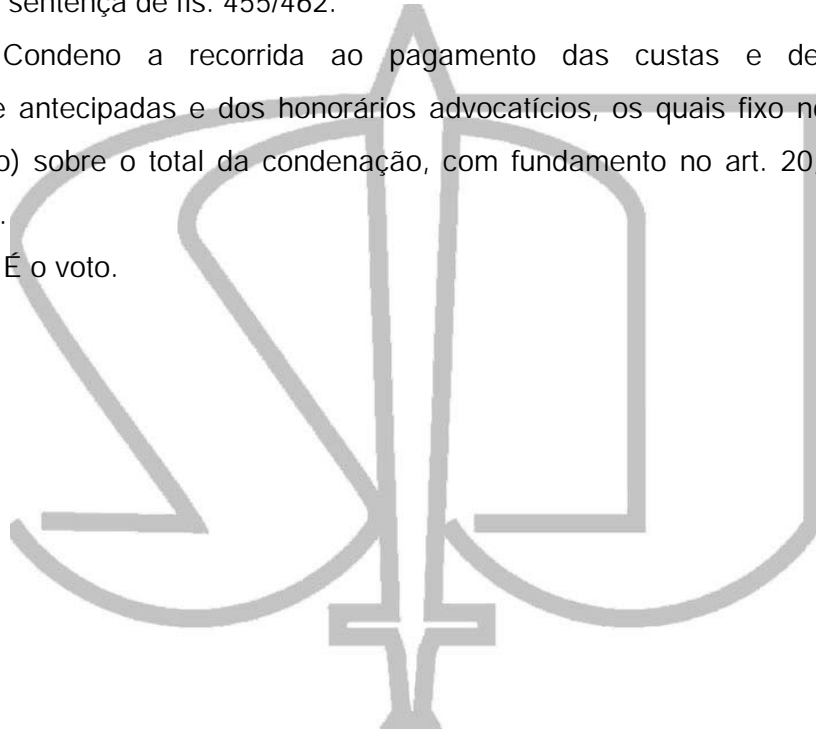
ora recorrente, passou a decair de parte mínima do pedido.

4. Do dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial da American Express do Brasil Tempo Ltda. e dou provimento ao recurso especial de Seta Empreendimentos e Participações S/C Ltda. para condenar a recorrida ao pagamento da importância correspondente a 20% (vinte por cento) sobre R\$ 400.558,20 (quatrocentos mil quinhentos e cinquenta e oito reais e vinte centavos), a título de multa contratual, incidindo correção monetária e juros de mora nos termos da sentença de fls. 455/462.

Condeno a recorrida ao pagamento das custas e despesas processuais eventualmente antecipadas e dos honorários advocatícios, os quais fixo no percentual de 10% (dez por cento) sobre o total da condenação, com fundamento no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

É o voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2013/0392230-3

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.424.074 / SP

Números Origem: 021287130 021287139 103105 200200128713 20120000247003 201303922303
21287130 21287139 2128739 356168 5830020021287130 589121020118260000
71247551 90879955420078260000 991070044241

PAUTA: 10/11/2015

JULGADO: 10/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SETA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/C LTDA

ADVOGADOS : LUIZ ANTONIO BETTIOL E OUTRO(S)

LUIZ MURILLO INGLEZ DE SOUZA FILHO E OUTRO(S)

EWERTON AZEVEDO MINEIRO E OUTRO(S)

RECORRENTE : AMERICAN EXPRESS DO BRASIL TEMPO LTDA

ADVOGADOS : VICENTE COELHO ARAÚJO E OUTRO(S)

MAXIMILIAN FIERRO PASCHOAL

RECORRIDO : OS MESMOS

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Prestação de Serviços

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). EWERTON AZEVEDO MINEIRO, pela parte RECORRENTE: SETA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/C LTDA

Dr(a). PEDRO P. BARRADAS BARATA, pela parte RECORRENTE: AMERICAN EXPRESS DO BRASIL TEMPO LTDA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial interposto por Seta Empreendimentos e Participações S/C Ltda e negou provimento ao recurso especial interposto por American Express do Brasil Tempo Ltda., nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.