

# CLÁUSULA PENAL: NATUREZA JURÍDICA, FUNÇÃO E PODER/DEVER DE REDUÇÃO EQUITATIVA

Thiago Rodovalho<sup>1</sup>

Resumo: Este artigo visa a analisar a natureza jurídica e as funções exercidas pela Cláusula Penal, bem como a exegese do Código Civil artigos 413 e 884. É dizer, *quando e como* a penalidade deve ser reduzida pelo juiz se a obrigação principal houver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, sob o risco de, em não o fazendo, configurar-se enriquecimento sem causa da outra parte.

Palavras-Chave: cláusula penal – obrigação – equidade – enriquecimento sem causa – excessividade

PENAL CLAUSE: LEGAL NATURE, FUNCTION AND POWER / DUTY OF EQUITABLE REDUCTION

Abstract: This article aims to analyze the legal nature and the functions performed by the Penal Clause, as well as an exegesis of the articles 413 and 884 of the Civil Code. That is to say, *when and how* the penalty should be reduced by the judge if the main obligation has been partially fulfilled, or if the value of the penalty is manifestly excessive, at the risk of not doing to enrich without cause the other part.

Keywords: penal clause – obligation – equity – unjust

---

<sup>1</sup> Professor Titular da PUC-Campinas (Graduação e Mestrado). Membro do Corpo Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD). Doutor e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, com estágio pós-doutoral no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht.

enrichment – excessiveness

Sumário: 1. Introdução.- 2. Da cláusula penal: natureza jurídica e funções exercidas.- 3. Do poder/dever de reduzir a cláusula penal como preceito de ordem pública. Possibilidade de redução inclusive de ofício.- 3.1. Da imperiosa necessidade de redução da cláusula penal quando há cumprimento parcial da obrigação.- 3.2. Da imperiosa necessidade de redução da cláusula penal quando esta se afigura *manifestamente* excessiva ou quando *superar* o valor da obrigação principal.- 3.3. Da imperiosa necessidade de redução da cláusula penal quando ela se traduzir em *enriquecimento sem causa*. Enriquecimento sem causa que se consubstancia igualmente em preceito de ordem pública.- 4. Conclusão.- 5. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO.



cláusula penal é, indubitavelmente, de comum inserção no tráfico comercial, em especial para *pre-fixar perdas e danos*, ou para reforçar o cumprimento do contrato ou de uma obrigação específica, tendo, nessas hipóteses, feição *punitiva*.

Nesse contexto, o presente artigo visa a analisar a exegese do artigo 413 do Código Civil (“*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*”), especialmente em cotejo com um valor informativo do nosso sistema de direito privado, qual seja, a vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884 do CC).

Deste modo, abordar-se-á, primeiro, a natureza jurídica e as funções que a cláusula penal pode exercer em uma avença, para, depois, enfrentar justamente as questões relativas ao art. 413, i.e., *quando* e *como* o juiz pode e deve reduzir

equitativamente o montante da penalidade.

## 2. DA CLÁUSULA PENAL: NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÕES EXERCIDAS.

Embora a Cláusula Penal seja tema absolutamente *central* no Direito das Obrigações,<sup>2</sup> seu *conceito* e a definição de sua *natureza jurídica* se consubstanciam em tarefa árdua e que dividem boa parte da doutrina em razão das várias *funções* que ela pode exercer,<sup>3</sup> o que, por vezes, é dificultado pela nomenclatura usada pelas partes (multa, cláusula penal, pena etc.).<sup>4</sup>

Para tanto, menos do que o *nomen iuris* dado pelas partes, importa, *in concreto*, a «*função*» que as disposições contratuais efetivamente exercem, para que se extraia delas o real sentido.

Assim, p. ex., quando o contrato prevê seu *pagamento integral* em caso de resilição *injustificada*, quer se atribuir, aqui, *função* de cláusula penal, a assegurar o cumprimento das obrigações assumidas.<sup>5</sup>

Sendo que a cláusula penal, como asseverava Limongi França, em inovadora tese, pode exercer mais de uma função, a saber, funções *punitiva*, *compensatória* e *liberatória*,<sup>6</sup> podendo

---

<sup>2</sup> Mucio CONTINENTINO. *Cláusula penal no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1926, p. 9: “*Todo o direito das obrigações está intimamente relacionado com a cláusula penal*”.

<sup>3</sup> A esse respeito, cfr., entre outros, Gastón FERNÁNDEZ CRUZ. *La cláusula penal: tutela contra el incumplimiento vs. tutela resarcitoria*, Lima: Ara Editores, 2017, pp. 47/69.

<sup>4</sup> Washington de BARROS MONTEIRO. *Das modalidades de obrigações*, Tese de Cátedra, São Paulo: Universidade São Paulo – Cátedra de Direito Civil, 1959, p. 220.

<sup>5</sup> V. Mucio CONTINENTINO. *Cláusula penal no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1926, p. 9. Cfr., ainda, Christiano CASSETTARI. *Multa contratual - teoria e prática da cláusula penal*, 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 153.

<sup>6</sup> R. LIMONGI FRANÇA. *Raízes e dogmática da cláusula penal*, Tese de Titularidade, São Paulo: Universidade São Paulo – Faculdade Paulista de Direito/Departamento de Direito Civil, 1987, p. 133. No direito estrangeiro, Silvia Díaz ALABART. *La cláusula penal*, Madrid: Reus, 2011, pp. 67/69. Ainda que haja quem prefira falar, nessa hipótese *liberatória*, em *direito de arrependimento* ou *multa penitencial*, e não em cláusula

se referir ao *inadimplemento* propriamente dito (inadimplemento absoluto) ou apenas à *mora* (cláusula penal *moratória*).<sup>7</sup>

Assim, no âmbito dos contratos, a *multa*<sup>8</sup> ou *cláusula penal* pode ser compreendida como sendo *prefixação antecipada de perdas e danos* [= função *compensatória*], como *meio de coerção para o cumprimento regular da avença* [= função *punitiva*] ou como *meio de liberação do contrato* (resilição unilateral) [= função *liberatória*].<sup>9</sup>

Dessas, a mais controversa quanto à sua natureza é a *liberatória*. Justamente por isso, Limongi França, defendendo a possibilidade do exercício dessa função liberatória que pode ter a *cláusula penal*, também chamada, nessa hipótese, de *cláusula penal imprópria* ou, ainda, de *mulcta poenitentialis* ou *pactum displicentiae*, a define e a explica da seguinte forma:

*“A cláusula liberatória. A cláusula liberatória também se pode chamar cláusula penitencial ou, ainda, ‘cláusula penal imprópria’. É o pactum displicentiae ou mulcta poenitentialis da mais antiga tradição jurídica [...]*

*Inicialmente, basta lembrar que o termo ‘multa’ se tem aplicado tanto para designar a cláusula penal como a multa penitencial. [...]*

*Destas semelhanças porém se parte para estabelecer a efetiva*

---

penal: Paulo Luiz Netto LÔBO. *Teoria Geral das Obrigações*, São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 298/299; e Orlando GOMES. *Obrigações*, 11.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 162.

<sup>7</sup> Washington de BARROS MONTEIRO. *Das modalidades de obrigações*, Tese de Cátedra, São Paulo: Universidade São Paulo – Cátedra de Direito Civil, 1959, pp. 224/225; e R. LIMONGI FRANÇA. *Raízes e dogmática da cláusula penal*. Tese de Titularidade, São Paulo: Universidade São Paulo – Faculdade Paulista de Direito/Departamento de Direito Civil, 1987, p. 203.

<sup>8</sup> Mucio CONTINENTINO. *Cláusula penal no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1926, p. 10: *“Pelo fato de poder nascer a cláusula penal concomitante à obrigação à qual adere, ou originar-se de ato posterior, civilistas, entre os quais Windscheid, a denominam, quando simultânea à obrigação principal, cláusula penal e, quando posterior, pena convencional. A diferença é puramente verbal, tratando-se, num e noutro caso, da mesma obrigação penal, conhecida, na denominação verbal e popular, por multa”*.

<sup>9</sup> V., p. ex., Silvio de Salvo VENOSA. *Lei do Inquilinato Comentada*, 8.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 40.

*diferença específica, a nosso ver, está substancialmente nisto: enquanto a cláusula punitiva e a compensatória servem para reforçar a obrigação, a cláusula liberatória tem a virtude de enfraquecê-la, mediante o correlato direito de arrependimento. Por outro lado, enquanto as duas primeiras se instituem a benefício do credor, a última é estipulada a benefício do devedor”*.<sup>10-11</sup>

Nas demais (funções *punitiva* ou *compensatória*, i.e., *intimidação* e *ressarcimento*)<sup>12</sup> – muito comuns nas avenças comerciais –, polêmica maior não há quanto à sua efetiva natureza de *cláusula penal*.

Seja como for, por possuir *em regra* uma natureza *sancionatória*, *punitiva*, numa espécie de «*pena privada* ou *convenção*» (*stipulatio poenae*), tem-se que a *cláusula penal* não pode ser *presumida*, devendo, ao contrário, ser *clara* e *expressamente* pactuada pelas partes, conforme entendimento doutrinário a esse respeito:

*“Obrigatoriamente a cláusula penal deve ser criada em negócio jurídico escrito, haja vista que ela deve estar sempre expressa, demonstrando a real intenção das partes, o que veda a possibilidade de existência de cláusula penal tácita”*.<sup>13</sup>

*“Dada sua natureza de pena, deve ser declarada*

---

<sup>10</sup> R. LIMONGI FRANÇA. *Raízes e dogmática da cláusula penal*, Tese de Titularidade, São Paulo: Universidade São Paulo – Faculdade Paulista de Direito/Departamento de Direito Civil, 1987, pp. 137/138.

<sup>11</sup> O direito de resilição pode ser pactuado entre as partes com a estipulação de multa penitencial. Nesse sentido: “*A resilição unilateral é um direito potestativo que pode ser exercido: a) nos contratos por tempo indeterminado; b) nos contratos de execução continuada, ou periódica; c) nos contratos em geral, cuja execução não haja começado; d) nos contratos benéficos; e) nos contratos de atividade. Uma das manifestações práticas do direito potestativo de resilir o contrato é o estabelecimento, pelas partes, do denominado ius poenitendi. Por meio dele, é convencionalmente assegurado o poder de resilição do contrato mediante declaração unilateral de vontade; normalmente, o exercício desse direito potestativo tem sua contrapartida no pagamento de uma multa penitencial*” (Carlos Alberto BITTAR FILHO. *Contratos: perfil jurisprudencial no direito brasileiro vigente*, RT 801/115).

<sup>12</sup> Washington de BARROS MONTEIRO. *Das modalidades de obrigações*, Tese de Cátedra, São Paulo: Universidade São Paulo – Cátedra de Direito Civil, 1959, p. 221.

<sup>13</sup> Christiano CASSETTARI. *Multa contratual - teoria e prática da cláusula penal*, 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 153.

*expressamente, não se admitindo cláusula penal tácita. No direito penal há o princípio, que se converteu em norma constitucional (art. 5.º, XXXIX, da Constituição), de nenhuma pena sem prévia cominação legal (nulla poena sine lege), conquista da humanidade em sua lenta trajetória de emancipação do arbítrio e da opressão do poder político. O valor que o preside aplica-se tanto ao direito penal quanto ao direito civil: a sujeição à pena ou é deliberação coletiva da sociedade (obrigação legal) ou é fruto do livre consentimento das partes (obrigação convencional), o que impõe sua prévia e expressa fixação”.*<sup>14</sup>

Esse raciocínio é verdadeiro, também, em relação à denominada *cláusula penal imprópria* ou *liberatória*, que igualmente não pode ser *presumida*, situação em que a ideia de pena é *mitigada*, ainda que não ausente por completo. Sendo que a controvérsia na doutrina a respeito da *cláusula penal imprópria* ou *liberatória* decorre justamente porque, em sua gênese, a *cláusula penal* estava diretamente associada à ideia de «pena».<sup>15</sup>

Daí a crítica feita por muitos autores, como, p. ex., Paulo Luiz Netto Lôbo e Orlando Gomes:

*“o direito de arrependimento nada tem que ver com cláusula penal: esta incide no inadimplemento, sem direito a desvincular-se da obrigação; naquele há o direito do contratante se retirar do contrato”.*<sup>16</sup>

*“É freqüente a confusão entre cláusula penal e multa penitencial, mas se distinguem nitidamente. A multa penitencial é correspectivo do jus poenitendi, verificando-se quando as partes se reservam a faculdade de rescindir o contrato sob a condição de pagar a quantia fixada para esse fim. Prevê-se uma alternativa: conservar o vínculo ou pagar a multa. Se de cláusula penal se tratar, o devedor não se exonera da obrigação,*

---

<sup>14</sup> Paulo Luiz Netto LÔBO. *Teoria geral das obrigações*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 304.

<sup>15</sup> Mucio CONTINENTINO. *Cláusula penal no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1926, p. 12.

<sup>16</sup> Paulo Luiz Netto LÔBO. *Teoria geral das obrigações*, São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 298/299.

*oferecendo a importância predeterminedada como indenização*”,<sup>17-18</sup>

Essa distinção restava mais clara no famoso *Esboço* de Teixeira de Freitas, em seu artigo 1.002, *verbis*: “*Não se entenderá que o devedor pode arrepender-se, pagando a pena ou multa, em vez de cumprir a obrigação, senão nos casos em que nos títulos se tenha expressamente reservado esse direito*”.<sup>19</sup>

Por essa razão, centrados na ideia de «*pena*», os ordenamentos jurídicos, entre eles o brasileiro, focam suas preocupações mais nas funções *punitiva* ou *compensatória* da cláusula penal, como, *v.g.*, no direito alemão, que, nesse sentido, em muito assemelhado ao nosso, divide o âmbito de atuação da cláusula penal como sendo *meio de coerção para o cumprimento regular da obrigação (Vertragsstrafe)* ou como *prefixação antecipada de perdas e danos (Schadensersatzpauschalierung* ou *pauschalierter Schadensersatz)*, divisão essa que também é feita nos direitos anglo-americano (*penalty clause* e *liquidated damages clause*), francês (*clause pénale* e *clause de dommages-intérêts*) e italiano (*clausola penale* e *liquidazione convenzionale del danno*).<sup>20</sup>

Nesse contexto, contudo, tem-se que as *esferas jurídicas* protegidas são distintas. Assim, a *multa penitencial (direito de arrependimento)* tem por finalidade *proteger «a esfera jurídica do devedor»*, ao passo que a *cláusula penal (punitiva ou compensatória)* tem por finalidade *«proteger a esfera jurídica do credor»*. Esse ponto é asseverado mesmo por quem defenda poder ser a *multa penitencial* uma espécie de cláusula penal, ainda que *imprópria*, como é o caso de Limongi França:

<sup>17</sup> Orlando GOMES. *Obrigações*, 11.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 162.

<sup>18</sup> *V.*, ainda, no mesmo sentido, Mucio CONTINENTINO. *Cláusula penal no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1926, p. 178.

<sup>19</sup> Augusto TEIXEIRA DE FREITAS. *Código civil – Esboço*, v. 1, Brasília: Ministério da Justiça/Fundação Universidade de Brasília, 1983 [edição em homenagem ao centenário da morte de Augusto Teixeira de Freitas], art. 1.002, p. 239.

<sup>20</sup> António PINTO MONTEIRO. *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 7.

“Destas semelhanças porém se parte para estabelecer a efetiva diferença específica, a nosso ver, está substancialmente nisto: enquanto a cláusula punitiva e a compensatória servem para reforçar a obrigação, a cláusula liberatória tem a virtude de enfraquecê-la, mediante o correlato direito de arrependimento. Por outro lado, enquanto as duas primeiras se instituem a benefício do credor, a última é estipulada a benefício do devedor” (destacamos).<sup>21</sup>

Assim, só se pode falar de *cláusula penal imprópria* ou *multa penitencial* quando ela é instituída *em benefício do devedor*.

Quando, ao revés, é instituída *em benefício do credor*, não se pode falar, portanto, em *multa penitencial* ou *cláusula penal imprópria* (= *direito de arrependimento*), e sim em *cláusula penal* (*punitiva* ou *compensatória*).

Mas isso não significa que haja *absolutidade* no exercício da autonomia privada nessa proteção *do credor* (cláusula penal punitiva ou compensatória). Nenhum direito é ilimitado ou absoluto, nem mesmo os direitos fundamentais, ainda que as *limitações* (restrições) *a direitos fundamentais se devam interpretar restritivamente*.<sup>22</sup> A suposta *absolutidade* dos direitos não se coaduna com o Estado Constitucional.

Assim, há limites ao exercício da autonomia privada, razão pela qual não basta simplesmente alegar o *pacta sunt servanda*, como se todo e qualquer contrato e cláusula contratual fossem absolutamente infensos ao controle jurisdicional (judicial ou arbitral).

Sendo que a pretensão de imutabilidade das circunstâncias fáticas, nos contratos de execução diferida ou de longa duração (justamente aqueles em que cláusula penal punitiva ou

---

<sup>21</sup> R. LIMONGI FRANÇA. *Raízes e dogmática da cláusula penal*, Tese de Titularidade, São Paulo: Universidade São Paulo – Faculdade Paulista de Direito/Departamento de Direito Civil, 1987, p. 138; idem em R. LIMONGI FRANÇA. *Teoria e Prática da Cláusula Penal*, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 138.

<sup>22</sup> Thiago RODOVALHO. *Abuso de direito e direitos subjetivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 44/45.



compensatória se faz mais presente), durante toda sua execução e duração, afigura-se-nos impossível. Apenas em hipóteses excepcionais o direito convive com a impossibilidade de resilição ou a obrigatoriedade de pagamento integral dos valores pactuados nos contratos de execução diferida ou de longa duração, como é o caso dos contratos *built to suit*, com a redação dada pela Lei 12.744/2012 à Lei de Locações (cfr. atual § 1.º art. 54-A), situação em que, na hipótese de desocupação antecipada do imóvel pelo locatário, poderá ser pactuada multa integral até o limite da soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação.<sup>23</sup>

Fora dessas situações excepcionais, mesmo em não se tratando de relação jurídica de consumo, o contrato de execução diferida ou de longa duração não é imune à influência do tempo, sendo abusiva, e beirando, ou *rectius se transformando*, em enriquecimento sem causa, a cláusula que impõe o pagamento integral de valores pactuados em cláusula penal na hipótese de resolução contratual, como já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça, mesmo, repita-se, em caso que não era de consumo:

*“É que o auferimento pelo recorrido de toda remuneração prevista para todo o tempo de vigência do contrato, verdadeiramente, representa enriquecimento sem causa, posto que equivale, na mesma medida, à declaração da absoluta impossibilidade de a recorrente, hipoteticamente, por razões outras, intencionalmente ou não, propor a rescisão do contrato, o que significa dizer que estaria peremptoriamente ligada ao vínculo contratual até o seu final, o que não faz sentido. Haveria espécie de sacralização da avença, admitindo-se que jamais poderia haver distrato.*

*Também não se perca de vista que isso representaria, no caso concreto, a pagar toda a obrigação sem nenhuma contrapartida, sabendo-se que o autor ainda permanecerá com a propriedade do caminhão, que já vem utilizando para produzir rendimentos”* (destacamos) [STJ, 4.ª T., REsp 555.284 - RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, v.u., j. 3.2.2011, DJ 14.2.2011].

---

<sup>23</sup> Thiago RODOVALHO. *Contratos 'Built to suit', investimentos e segurança jurídica*, in *Jornal Gazeta de Limeira, Coluna Fatos & Direito*, 1.º Caderno, p. 2, em 10.3.2013.

Ao revés, justamente por serem cláusulas pactuadas «*no interesse do credor*», cláusulas *punitivas*, portanto, suscitam maiores preocupações do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, em se tratando de *cláusulas punitivas*, como bem advertem Dieter Medicus e António Pinto Monteiro, a maior preocupação há de ser justamente com a «*proteção ao devedor*» (*favor debitoris*),<sup>24</sup> a fim de evitar abusos praticados pelo credor<sup>25</sup> ou seu enriquecimento sem causa, sempre sob o *manto do pacta sunt servanda*, como se a liberdade de contratar fosse ilimitada.

A esse respeito, importante transcrever o ensinamento de Pinto Monteiro, para quem:

*“um problema clássico da cláusula penal, que de há muito suscita a preocupação de todos: o de ela ser utilizada abusivamente pelo credor. Repare-se como este problema está, ele próprio, ligado a uma 'melodia de sempre', ou seja, ao problema da delimitação da autonomia privada, ao problema dos limites a opor ao princípio da liberdade contratual.*

*Na verdade, a cláusula penal nasce do acordo das partes, é fruto do poder de autodeterminação do homem e da livre composição dos interesses dos contraentes. Mas é sabido que a ordem jurídica vem impondo limites vários à liberdade contratual, seja para tutela do contraente débil, seja por razões de justiça material e de solidariedade social. A consagração do princípio da boa-fé (em sentido objectivo), os limites da ordem pública e dos bons costumes e a proibição de negócios usurários, são, entre muitos outros, exemplos significativos desta atitude legislativa, que acaba por traduzir, afinal, a introdução de limites à liberdade contratual para defesa da própria liberdade contratual, no que ela tem de mecanismo de realização da autonomia e liberdade do homem, de autêntico mecanismo ao serviço da personalidade humana - e não como mecanismo de abuso e desvirtuamento da liberdade contratual e do*

---

<sup>24</sup> Silvia DÍAZ ALABART. *La cláusula penal*, Madrid: Reus, 2011, p. 97.

<sup>25</sup> Dieter MEDICUS. *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I, Barcelona: Bosch, 1995, p. 212; e António PINTO MONTEIRO. *Cláusula penal e comportamento abusivo do credor*, in Francisco Amaral (dir.). *Revista brasileira de direito comparado*, vol. 25, Rio de Janeiro: IDCLB, 2004, p. 113.

*princípio da autonomia privada [...] Assim como há que ter em conta as situações em que a pena se mostre ofensiva dos bons costumes, sendo, portanto, nula [...] como um contrato opressivo ou de sujeição (Knebelungsvetrag)*”.<sup>26</sup>

E aqui não há necessidade de qualquer apelo ao Código de Defesa do Consumidor.

Trata-se de proteção conferida pelo Código Civil, quer ao disciplinar a própria cláusula penal (CC arts. 412 e 413), quer ao vedar o enriquecimento sem causa (CC art. 884), quer, ainda, ao impor que a liberdade contratual será exercida *nos limites* da função social do contrato (CC art. 421), bem como a obrigatoriedade de que os contratantes guardem na relação contratual os princípios de probidade e boa-fé (CC art. 421), trançando, assim, limites, inclusive *éticos* (princípio da eticidade), à autonomia privada, não se podendo pretender «*mais do que se afigure digno de exigir*».<sup>27</sup>

Sendo que se trata de preceitos de *ordem pública*, não podendo ser derogados pelas partes, a teor do CC art. 2.035 parágrafo único (“*A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos*”).

Assim, nenhuma cláusula ou contrato subsiste se houver

---

<sup>26</sup> António PINTO MONTEIRO. *Cláusula penal e comportamento abusivo do credor*, in Francisco Amaral (dir.). *Revista brasileira de direito comparado*, vol. 25, Rio de Janeiro: IDCLB, 2004, pp. 113/114 e 129.

<sup>27</sup> Rosa Maria Barreto Borriello de ANDRADE NERY. *Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção) – uma análise histórica e cultural*, Tese de Livre-Docência, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Faculdade Paulista de Direito/Departamento de Direito Civil, Processual Civil e do Trabalho, 2004, p. 118.

violação aos bons costumes, à boa-fé objetiva, à função social e à vedação ao enriquecimento sem causa, é dizer, por violação à ordem pública, portanto.

E o Código, com felicidade, refere-se à *convenção*, ou seja, em sentido lato, é dizer *nenhum contrato* ou *nenhuma cláusula contratual* prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública.<sup>28</sup> Com isso, se a nulidade referir-se a apenas uma cláusula, ela poderá ser afastada (= nulificada) sem contaminar o restante do contrato.

### 3. DO PODER/DEVER DE REDUZIR A CLÁUSULA PENAL COMO PRECEITO DE ORDEM PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO INCLUSIVE DE OFÍCIO.

Tendo, assim, a cláusula penal essa função *punitiva* (cláusula penal *compensatória*, i.e., de *prefixação antecipada de perdas e danos*, ou a cláusula penal *punitiva* propriamente dita, é dizer, a que funciona como *meio de coerção para o cumprimento regular da avença*), impõe-se analisar sua justeza e sua necessidade de redução *ex vi legis*.

Isto porque, como é sabido e consabido por todos, cláusulas penais comportam redução em caso de excessividade.

É justamente o que dispõe o Código Civil art. 413, que é, inclusive, preceito de ordem pública:<sup>29-30</sup>

---

<sup>28</sup> “se a convenção fere princípios considerados como de ordem pública, desaparece a liberdade, atuando o Estado com as suas determinações moderadoras, com o intuito de evitar os excessos” (in J. M. CARVALHO SANTOS. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XI (Arts. 863-927), 9.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 429).

<sup>29</sup> Nesse sentido, v. Washington de BARROS MONTEIRO. *Das modalidades de obrigações*, Tese de Cátedra, São Paulo: Universidade São Paulo – Cátedra de Direito Civil, 1959, p. 234/235; Judith MARTINS-COSTA. *Comentários ao Novo Código Civil – Do inadimplemento das obrigações*, vol. V, t. II (Arts. 389 a 420), Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 468/469; JORGE CESA Ferreira da Silva. *Inadimplemento das obrigações*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 279/280; e Christiano CASSETTARI. *Multa contratual - teoria e prática da cláusula penal*, 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 95/109.

<sup>30</sup> A esse respeito, cfr.:

“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” (destacamos).

Ao contrário de outros ordenamentos jurídicos,<sup>31</sup> o CC

---

“Cláusula penal - Redução, com fulcro no artigo 413, do Código Civil Admissibilidade - Valor excessivo - Sentença confirmada – Recursos desprovidos. Em princípio é imutável a cláusula penal, por importar em pré-avaliação das perdas e danos. Entretanto, poderá ser alterada pelo magistrado quando o valor for manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio” (TJSP, Apelação nº 990.10.274524-4, rel. Des. ANDREATTA RIZZO).

“É certo que a cláusula penal não ultrapassou o valor da obrigação principal, o que é vedado pelo artigo 412 do Código Civil. Entretanto, afigura-se excessiva a multa pleiteada, sendo possível a sua redução como se deu *in casu*”. Segundo reza o artigo 413 do Código Civil, quando o montante da penalidade for manifestamente elevado, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio, deve ser ele reduzido equitativamente pelo juiz. Ao propósito, a jurisprudência já decidiu que “perante o nosso direito, a cláusula penal tem o caráter de prévia liquidação das perdas e danos, e assim deve corresponder presumidamente ao justo valor dos prejuízos experimentados pela parte inocente. Não pode, portanto, configurar fonte de enriquecimento ou de especulação lucrativa. Dentro desse princípio, que é vital, até mesmo frente à índole penal da cláusula (pois a natureza da pena exige a proporcionalidade entre o mal acontecido e a sua sanção), não pode ser admitida a fixação abusiva. Conseqüentemente, impõe-se a redução da multa compensatória aos limites do razoável” (2.º TAC/SP, Ap. Civ. nº 513.907, rel. Des. GILBERTO DOS SANTOS).

<sup>31</sup> Nesse sentido, valendo-se do vocábulo *pode*, cfr.: Código Civil Italiano: “Art. 1384 - *Riduzione della penale*. La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento” [sobre a divergência na doutrina italiana se seria ou não possível ao magistrado reduzir independentemente de alegação, cfr. Giorgio CIAN e Alberto TRABUCCI. *Commentario breve al codice civile*, 9.ª ed. (a cura di Giorgio Cian), Padova: CEDAM, 2009, coment. I CC ita. 1384, p. 1452]; Código Civil Português: “Artigo 812.º (*Redução equitativa da cláusula penal*) 1 - A cláusula penal pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente; é nula qualquer estipulação em contrário. 2. É admitida a redução nas mesmas circunstâncias, se a obrigação tiver sido parcialmente cumprida” [daí o entendimento, naquele país, da necessidade de provocação pelo interessado: António PINTO MONTEIRO. *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 734/737]; Código Civil Peruano: “*Reducción judicial de la pena Artículo 1346.- El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida*” [daí o entendimento, naquele país,

brasileiro usa o verbo «*deve*»<sup>32</sup> ser reduzida e não *pode ser reduzida*, conferindo-lhe, à moderação da cláusula penal, natureza de «preceito de ordem pública»<sup>33</sup>.

Sendo que esse artigo que foi, inclusive, objeto de intenso debate na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior, a demonstrar-lhe a relevância do dispositivo, chegando-se

---

da necessidade de provocação pelo interessado: Gastón FERNÁNDEZ CRUZ. *La cláusula penal: tutela contra el incumplimiento vs. tutela resarcitoria*, Lima: Ara Editores, 2017, p. 118; v., ainda, a esse respeito, Felipe OSTERLING PARODI e Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de derecho de las obligaciones*, vol. VI, 2.ª ed., Lima: Thomson Reuters, 2014, pp. 2830 *et seq.*; e Código Civil Alemão: “§ 343 *Herabsetzung der Strafe (1) Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechnigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen*” [em tradução para o espanhol: “§ 343 *Reducción de la pena (1) Si una pena en que se ha incurrido es desproporcionadamente alta, a instancia del deudor, puede reducirse por sentencia a la cantidad adecuada. En la decisión de su adecuación, deben considerarse todos los intereses legítimos del acreedor, y no sólo el interés patrimonial. Después del pago de la pena la reducción queda excluida*” (Albert Lamarca MARQUÉS (dir.). *Código civil alemán*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 107)].

<sup>32</sup> “*DEVER*, v.r.v. Lat. *debere*. *Ter por obrigação [...] Estar adstrito ou obrigado a [...] Ter de [...] Aquilo a que se está obrigado (in) Laudelino FREIRE. Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa*, vol. II, 3.ª ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 1957, pp. 1923/1924). A esse respeito, v. JORGE CESA Ferreira da Silva. *Inadimplemento das obrigações*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 271/272.

<sup>33</sup> À semelhança do ordenamento jurídico brasileiro, i.e., transmitindo a ideia de *dever* de redução da cláusula penal, cfr.: Código Civil Francês: “*Article 1231-5 Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l’exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l’autre partie une somme plus forte ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d’office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Lorsque l’engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d’office, à proportion de l’intérêt que l’exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l’application de l’alinéa précédent. Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite. Sauf inexécution définitive, la pénalité n’est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure*”; e Código Civil Espanhol: “*Artículo 1154 El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor*”.

aos seguintes enunciados:

“355 – Art. 413. 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 – Art. 413. Nas hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício.

358 – Art. 413. O caráter manifestamente excessivo do valor da cláusula penal não se confunde com a alteração de circunstâncias, a excessiva onerosidade e a frustração do fim do negócio jurídico, que podem incidir autonomamente e possibilitar sua revisão para mais ou para menos.

359 – Art. 413. A redação do art. 413 do Código Civil não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido” (destacamos).

Justamente por se tratar de *preceito de ordem pública*, consubstancia-se não apenas em um *poder* do magistrado, mas em um «*poder-dever*» do julgador.<sup>34</sup>

Sobre *poder-dever*, ensinava Hely Lopes Meirelles que eles são:

“os encargos daqueles que gerem bens e interesses da comunidade. Esses gestores da coisa pública, investidos de competência decisória, passam a ser autoridades, com poderes e deveres específicos do cargo ou da função e, conseqüentemente, com responsabilidades próprias de suas atribuições [...] Os poderes e deveres do administrador público são expressos em lei, os impostos pela moral administrativa e os exigidos pelo interesse da coletividade. Fora dessa generalidade não se poderá indicar o que é poder e o que é dever do gestor público, porque estando sujeito ao ordenamento jurídico geral e às leis administrativas especiais, só essas normas poderão catalogar para cada entidade, órgão, cargo, função, serviço ou atividade pública, os poderes e deveres de quem os exerce. Cada agente administrativo é investido da necessária parcela de poder público para o desempenho de suas atribuições. Esse poder é de ser usado normalmente, como atributo do cargo ou função, e

---

<sup>34</sup> Aludindo também a *poder-dever*, v. Judith MARTINS-COSTA. *Comentários ao Novo Código Civil – Do inadimplemento das obrigações*, vol. V, t. II (Arts. 389 a 420), Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 469.

*não como privilégio da pessoa que o exerce. É esse poder que empresta autoridade ao agente público quando recebe da lei competência decisória e força para impor suas decisões aos administrados. [...] O poder tem para o agente público o significado de dever para a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo”.*<sup>35</sup>

Assim, o poder-dever é caracterizado por ser uma *competência* atribuída por lei (= *poder*), ao mesmo tempo em que essa atribuição não é uma mera *faculdade*, sendo uma *obrigação* (= *dever*), de tal sorte que o agente (no caso, o juiz) não somente *pode fazê-lo*, como «*deve fazê-lo*».<sup>36</sup>

Nesse contexto, tratando-se de preceito de ordem pública e consequente poder-dever do julgador, a redução da cláusula penal abusiva ou excessiva pode (*e deve*) ser feita inclusive *de ofício*.<sup>37</sup>

Nesse sentido tem sido o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

*“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POSTULANDO O CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO AUTORAL COM CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DA CLÁUSULA PENAL AVENÇADA. REDUÇÃO DE OFÍCIO DA MULTA CONTRATUAL PELA CORTE ESTADUAL.*

*1. Em que pese ser a cláusula penal elemento oriundo de convenção entre os contratantes, sua fixação não fica ao total e ilimitado alvedrio destes, porquanto o atual Código Civil, diferentemente do diploma revogado, introduziu normas de ordem*

---

<sup>35</sup> Hely LOPES MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*, 39.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 111/112.

<sup>36</sup> Lembrando que, em nosso ordenamento jurídico, a Administração Pública (na qual também se insere, por evidente, o Poder Judiciário) está adstrita à legalidade, só praticando atos *secundum legem* [*“les organes administratifs, obligés en raison de leur compétence d’appliquer la loi, ne sauraient agir contra legem ni praeter legem, mais toujours secundum legem”* (*in* Michel STASSINOPOULOS. *Traité des actes administratifs*, Athènes, 1954, § 10, I, p. 69)], residindo aí, outrossim, a relevância dos *poderes-deveres* dos magistrados.

<sup>37</sup> Nesse sentido, admitindo redução *ex officio*, cfr. JORGE CESA Ferreira da Silva. *Inadimplemento das obrigações*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 281.



pública, imperativas e cogentes, que possuem o escopo de preservar o equilíbrio econômico financeiro da avença, afastando o excesso configurador de enriquecimento sem causa de qualquer uma das partes.

2. *Entre tais normas, destaca-se o disposto no artigo 413 do Código Civil de 2002, segundo o qual a cláusula penal 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.*

3. Sob a égide do Código Civil de 2002, a redução da cláusula penal pelo magistrado deixou, portanto, de traduzir uma faculdade restrita às hipóteses de cumprimento parcial da obrigação (artigo 924 do Código Civil de 1916) e passou a consubstanciar um poder/dever de coibir os excessos e os abusos *que venham a colocar o devedor em situação de inferioridade desarrazoada.*

4. *Superou-se, assim, o princípio da imutabilidade absoluta da pena estabelecida livremente entre as partes, que, à luz do código revogado, somente era mitigado em caso de inexecução parcial da obrigação.*

5. O controle judicial da cláusula penal abusiva exsurgiu, portanto, como norma de ordem pública, objetivando a concretização do princípio da equidade - mediante a preservação da equivalência material do pacto - e a imposição do paradigma da eticidade aos negócios jurídicos.

6. Nessa perspectiva, uma vez constatado o caráter manifestamente excessivo da pena contratada, deverá o magistrado, independentemente de requerimento do devedor, proceder à sua redução, a fim de fazer o ajuste necessário para que se alcance um montante razoável, o qual, malgrado seu conteúdo sancionatório, não poderá resultar em vedado enriquecimento sem causa.

7. *Por sua vez, na hipótese de cumprimento parcial da obrigação, deverá o juiz, de ofício e à luz do princípio da equidade, verificar se o caso reclamará ou não a redução da cláusula penal fixada.*

8. *Assim, figurando a redução da cláusula penal como norma de ordem pública, cognoscível de ofício pelo magistrado, ante sua relevância social decorrente dos escopos de preservação do equilíbrio material dos contratos e de repressão ao*

*enriquecimento sem causa, não há falar em inobservância ao princípio da adstrição (o chamado vício de julgamento extra petita), em preclusão consumativa ou em desrespeito aos limites devolutivos da apelação.*

9. *Recurso especial não provido*” (destacamos) [STJ, 4.<sup>a</sup> T., REsp 1.447.247 - SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, v.u., j. 19.4.2018, DJ 4.6.2018].

Assim sendo, em casos envolvendo cláusula penal de caráter punitivo, preenchidos os pressupostos legais autorizadores (excessividade da cláusula penal, como adiante se passará a demonstrar), o juiz *pode e «deve»*, inclusive de ofício, reduzir seu montante, a fim de evitar o enriquecimento sem causa da parte credora.

### 3.1. DA IMPERIOSA NECESSIDADE DE REDUÇÃO DA CLÁUSULA PENAL QUANDO HÁ CUMPRIMENTO PARCIAL DA OBRIGAÇÃO.

Quando houver, ao menos em parte, maior ou menor conforme o caso, cumprimento do contrato ou da obrigação, esse fato, por si só, «impõe» a necessidade de redução da cláusula penal, traduzindo-se justamente na primeira *fattispecie* do tipo legal [“*Art. 413. A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte...*”].

Assim, ainda que o adimplemento tenha sido apenas *parcial*, satisfazendo, ao menos em parte, o credor, o consectário legal é a redução proporcional da cláusula penal, daí falar-se em «*dever de proporcionalidade*»:

*“É o dever de proporcionalidade que está no fundamento da primeira fattispecie, qual seja, a redução quando a obrigação principal houver sido em parte cumprida. A proporcionalidade tem sido considerada, de maneira corrente, um princípio constitucional implícito, que comanda tanto a atividade do legislador quanto a do intérprete [...] devendo o intérprete sopesar, à vista da concreta relação obrigacional, considerada como*

*totalidade, o ‘peso’ do que foi cumprido, em parte”.*<sup>38</sup>

Deste modo, em razão do «*adimplemento parcial*» do contrato ou da obrigação, a Cláusula Penal, como vimos expondo, «*deve*» sofrer redução equitativa, a teor do artigo 413 do Código Civil, à vista justamente do «*quanto*» foi em parte cumprido em cotejo com o *todo* da relação contratual.

### 3.2. DA IMPERIOSA NECESSIDADE DE REDUÇÃO DA CLÁUSULA PENAL QUANDO ESTA SE AFIGURA *MANIFESTAMENTE* EXCESSIVA OU QUANDO *SUPERAR* O VALOR DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL.

A segunda *fattispecie* do tipo legal diz respeito à excessividade da Cláusula Penal [“*Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz (...) se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio*”].

Tem-se, portanto, que o advérbio «*manifestamente*» compõe o tipo, devendo ser sopesado quando da aferição se uma determinada Cláusula Penal configura ou não *exercício abusivo do direito à pena*.<sup>39</sup>

Assim, a inserção desse advérbio cumpre uma função interpretativa do tipo normativo, funcionando, pois, como uma «*bitola hermenêutica*».

Nesse contexto, como pontua Caldas Aulete, *manifestamente* quer significar “*de modo manifesto; claramente; com notoriedade*”.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Judith MARTINS-COSTA. *Comentários ao Novo Código Civil – Do inadimplemento das obrigações*, vol. V, t. II (Arts. 389 a 420), Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 459/461.

<sup>39</sup> Antônio PINTO MONTEIRO. *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 773. Sobre exercício abusivo das posições jurídicas, cfr. Thiago RODOVALHO. *Abuso de direito e direitos subjetivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, *passim*.

<sup>40</sup> Caldas AULETE. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*, vol. III, 4.<sup>a</sup> ed. (atualizada e revista por Hamílcar de Garcia e com estudo de Antenor Nascentes), Rio de Janeiro: Delta, 1958, p. 3117. V. também Antônio HOUAISS. *Dicionário Houaiss*

Portanto, casuisticamente, a Cláusula Penal deverá ser avaliada *in concreto* e de forma «objetiva», de sorte que a excessividade não pode ser acolhida ou rechaçada porque ao intérprete assim lhe pareceu *subjetivamente*, mas, sim, porque «*objetivamente*» se lhe percebe o excesso manifesto.

Nesse sentido, o Código Civil italiano tem uma disposição muito interessante para aferição objetiva dessa excessividade, qual seja, *se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento* (CC ital. art. 1384).

Ou seja, afere-se *objetivamente* se o montante da Cláusula Penal é ou não *manifestamente eccessivo* tendo-se em conta «o interesse que o credor teria caso a obrigação houvesse sido cumprida *in totum*». Com isso, afasta-se ou, ao menos, mitiga-se o *subjetivismo* dessa aferição, conferindo-se ao intérprete uma baliza objetiva.

Sendo que essa baliza objetiva é consentânea com o tipo normativo do nosso CC art. 413 (“*tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio*”).

Assim, a doutrina alude que se teve ter em conta o *interesse legítimo* do credor,<sup>41</sup> sendo que o *interesse legítimo (intérêt légitime)* se consubstancia naquele interesse que é digno de proteção, i.e., num *interesse juridicamente protegido*,<sup>42</sup> sendo que não é juridicamente protegido, como já dito acima, pretender-se «*mais do que se afigure digno de exigir*»,<sup>43</sup> o que, repita-

---

da língua portuguesa, Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, acerca do advérbio manifesto: “*flagrante, notório, evidente*”.

<sup>41</sup> Judith MARTINS-COSTA. *Comentários ao Novo Código Civil – Do inadimplemento das obrigações*, vol. V, t. II (Arts. 389 a 420), Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 464/465.

<sup>42</sup> Cfr. Rudolf Von IHERING. *O espírito do direito romano – nas diversas fases de seu desenvolvimento*, vol. IV, tradução de Rafael Benaion e prefácio de Clovis Bevilacqua, Rio de Janeiro: Alba, 1943, § 71, p. 227; e José de OLIVEIRA ASCENSÃO. *Direito civil – teoria geral. Relações e situações jurídicas*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, item 29, II, p. 64/65. V., ainda, Thiago RODOVALHO. *Abuso de direito e direitos subjetivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 104/115 e 178.

<sup>43</sup> Rosa Maria Barreto Borriello de ANDRADE NERY. *Vínculo obrigacional: relação*

se, é objetivamente aferido ao se cotejar o valor da cláusula penal com o valor que o credor receberia se a obrigação houvesse sido cumprida *in totum*.

Admitir-se que o valor da Cláusula Penal possa superar o valor da própria obrigação, caso o contrato houvesse sido cumprido em sua integralidade, é, inclusive, *ilegal*, já que o CC veda a possibilidade de que a cláusula penal supere o valor da obrigação principal (cfr. CC art. 412: “*O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal*”), daí a patente (*rectius*: manifesta) excessividade da Cláusula Penal nessa hipótese.

Deste modo, também por essa segunda *fattispecie*, impõe-se a necessidade de redução equitativa da Cláusula Penal.

### 3.3. DA IMPERIOSA NECESSIDADE DE REDUÇÃO DA CLÁUSULA PENAL QUANDO ELA SE TRADUZIR EM ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA QUE SE CONSUBSTANCIA IGUALMENTE EM PRECEITO DE ORDEM PÚBLICA.

Demais disso, o fato de (i) *ter havido cumprimento parcial da obrigação*, aliado ao fato de (ii) haver *manifesta excessividade na cláusula penal*, impõem a necessidade da sua redução, sob pena de, em não o fazendo, ir-se além da «*causa*» que justificaria o crédito, fazendo-a *desaparecer*, traduzindo-se, por via de consequência, em fonte do reprovável *enriquecimento sem causa*, violando, assim, também o CC arts. 884 e 885.<sup>44</sup>

---

*jurídica de razão (técnica e ciência de proporção) – uma análise histórica e cultural*, Tese de Livre-Docência, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Faculdade Paulista de Direito/Departamento de Direito Civil, Processual Civil e do Trabalho, 2004, p. 118.

<sup>44</sup> CC art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo

Sendo que o enriquecimento sem causa igualmente *pode e deve* ser conhecido inclusive de ofício pelo juiz, haja vista con-substanciar-se também em preceito de ordem pública.

Nesse sentido, a doutrina vem defendendo que, ainda que positivado, o enriquecimento sem causa se traduz em *princípio geral de direito*<sup>45</sup> ou, ainda, em *cláusula geral*.<sup>46</sup> Seja como for, tanto em uma como em outra corrente, a vedação ao enriquecimento sem causa não perde a sua natureza de questão de *ordem pública*, que pode e deve ser conhecida *ex officio*.

Trata-se de *proibição que informa todo o sistema jurídico*.<sup>47</sup> Isto porque, a vedação ao enriquecimento sem causa funda-se ao próprio *princípio da equidade*,<sup>48-49</sup> ou mesmo na ideia de *moral*<sup>50</sup> [*jure naturae aequum est, neminem cum*

---

valor do bem na época em que foi exigido.

CC art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

<sup>45</sup> Pietro TRIMARCHI. *L'arricchimento senza causa*, Milano: Giuffrè, 1962, pp. 3/8; e Paolo GALLO. *L'arricchimento senza causa*, Padova: CEDAM, 1990, pp. 137/140.

<sup>46</sup> Giovanni Ettore NANNI. *Enriquecimento sem causa*, São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 186/193. Embora o mesmo autor admita e defenda o caráter *dúplice* do enriquecimento sem causa, como *cláusula geral* e como *princípio*: “O instituto do enriquecimento sem causa é uma ferramenta que propicia uma ampla ocupação do direito obrigacional em geral, visto que é tipificado como uma cláusula geral. Possui caráter *dúplice*, atuando como fonte obrigacional e como princípio norteador de qualquer relação jurídica” (p. 328).

<sup>47</sup> AGOSTINHO ALVIM. *Do enriquecimento sem causa*, separata da Revista dos Tribunais, vol. 259, maio de 1957, São Paulo: RT, p. 11.

<sup>48</sup> Jorge AMERICANO. *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa*, São Paulo: Livraria Acadêmica, 1933, pp. 90/93; VALLE FERREIRA. *Enriquecimento sem causa*, Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1950, pp. 36/37; e Pedro PAES. *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*, São Paulo: Vaner Bicego, 1975, pp. 77/82.

<sup>49</sup> Henri de PAGE. *A propos du gouvernement des juges: l'équité en face du droit*, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1931, p. 92: “A Rome, lorsqu'il s'est agi de donner au Droit une forme définitive, Justinien décida que l'équité l'emporterait sur le droit strict. Placuit in omnibus rebus praecipuum esse justitiae aequitatisque, quam stricti juris, rationem”.

<sup>50</sup> AGOSTINHO ALVIM. *Do enriquecimento sem causa*, separata da Revista dos Tribunais, vol. 259, maio de 1957, São Paulo: RT, p. 6. V., ainda, Pedro PAES. *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*, São Paulo: Vaner Bicego, 1975, p. 11: “a regra ninguém pode locupletar-se injustamente à custa alheia é pedra basilar de todo raciocínio expedindo”; e VALLE FERREIRA. *Enriquecimento sem causa*, Belo

*alterius detrimento et injuria fieri locupletiores*”, Pomponius, Digestorum Lib. L, Tit. XVII, 206],<sup>51</sup> o que tem sido reconhecido pelo E. Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE CLÁUSULA PENAL INSERTA EM CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL. REDUÇÃO JUDICIAL EM CASO DE CUMPRIMENTO PARCIAL DA OBRIGAÇÃO AVENÇADA. SUBSTITUIÇÃO DO CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE MATEMÁTICA PELA EQUIDADE. ARTIGO 413 DO CÓDIGO CIVIL C/C ARTIGO 4º DA LEI 8.245/91.

1. O artigo 413 do Código Civil de 2002, além de instituir o dever do juiz de redução da cláusula penal quando cabível, substituiu o critério da proporcionalidade matemática (previsto no artigo 924 do Código Civil de 1916) pela equidade.

2. A equidade, como sabido, é cláusula geral que visa obter modelo ideal de justiça distributiva, com aplicação excepcional nos casos previstos em lei. Entre outras funções, a equidade pode ostentar papel corretivo, obstando a concretização de evidente injustiça, mediante a garantia do equilíbrio das prestações estabelecidas entre os sujeitos de direito. Daí a opção do legislador civilista de conferir ao magistrado o dever de utilizar a equidade corretiva como parâmetro para o balanceamento judicial da cláusula penal.

3. 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

---

Horizonte: Bernardo Álvares, 1950, p. 50: “o enriquecimento sem causa tem fundamento em velhos princípios da justiça e do direito, instituídos para, a um só tempo, proteger a boa fé e defender o patrimônio: honeste vivere, alterum non laedere, suum quique tribuere” (no mesmo sentido, Jorge AMERICANO. *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa*, São Paulo: Livraria Academica, 1933, pp. 3 e 7).

<sup>51</sup> C. M. GALISSET. *Corpus Juris Civilis – Academicum Parisiense*, 10.<sup>a</sup> ed., Paris: Lutetiae Parisiorum, 1878, p. 1732.

*eventuais contrapartidas que tenham beneficiado o devedor pela inclusão da cláusula penal*” [STJ, 4.<sup>a</sup> T., REsp 1.353.927 - SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, v.u., j. 17.5.2018, DJ 11.6.2018].

Sendo que também há *enriquecimento injusto* quando ocorre o «*desaparecimento da justa causa*» [a teor do CC art. 885 “*A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir*” (destacamos)]. Nos precisos dizeres de Agostinho Alvim: “*causa é aquilo que pode explicar o enriquecimento, de modo que, não a havendo ou desaparecendo ou ainda se a causa não for justa, o enriquecimento será condenado*”.<sup>52</sup>

Essa é precisamente a situação, em que haverá o *desaparecimento da justa causa* se não houver a necessária redução equitativa do valor da cláusula penal, haja vista que o credor receberá, a título de cláusula penal, valor consideravelmente maior do que receberia se a obrigação houvesse sido cumprida em sua integralidade.

Nesse sentido, o E. Superior Tribunal de Justiça tem pautado sua atuação pelo repúdio ao indesejado *enriquecimento sem causa*, como se pode depreender a partir dos excertos colacionados abaixo:

“*CIVIL E PROCESSUAL. AUTOMÓVEL. DEFEITO DE FABRICAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO. EXECUÇÃO DE ASTREINTES. PENALIDADE ELEVADA. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO AO VALOR DO BEM PERSEGUIDO NA AÇÃO DE CONHECIMENTO.*

*I. É possível a redução das astreintes fixadas fora dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, fixada a sua limitação ao valor do bem da obrigação principal, evitando-se o enriquecimento sem causa. II. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido*”.<sup>53</sup>

“*CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO.*

<sup>52</sup> AGOSTINHO ALVIM. *Do enriquecimento sem causa*, separata da Revista dos Tribunais, vol. 259, maio de 1957, São Paulo: RT, p. 25.

<sup>53</sup> STJ, 4.<sup>a</sup> T., REsp 947466-PR, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 17.9.2009, v.u., DJUE 13.10.2009. [grifamos]



*PROTESTO INDEVIDO. DANO MORAL. MULTIPLICAÇÃO DO VALOR APONTADO. CRITÉRIO INADEQUADO. QUANTUM DO RESSARCIMENTO. RAZOABILIDADE.*

*I. Dano moral fixado de modo proporcional à lesão, a fim de evitar enriquecimento sem causa, considerando-se, também, as peculiaridades da espécie retratada. II. Critério indenizatório de multiplicação do valor dos títulos por determinado fator que se revela inadequado, por aleatório. III. Dissídio jurisprudencial, ademais, não demonstrado, ante a ausência de rigorosa similitude entre as espécies confrontadas. IV. Recurso especial não conhecido”.<sup>54</sup>*

Deste modo, ir-se além da causa que justificava o crédito traduz-se efetivamente *enriquecimento sem causa*, com ofensa aos arts. 884 e 885 do Código Civil.

#### 4. CONCLUSÃO.

Como vimos expondo, tendo a cláusula penal função *punitiva* (cláusula penal *compensatória*, i.e., de *prefixação antecipada de perdas e danos*, ou a cláusula penal *punitiva* propriamente dita, é dizer, a que funciona como *meio de coerção para o cumprimento regular da avença*), impõe-se a análise de sua justeza, a justificar-lhe, em alguns casos, a redução equitativa.

Isto pode ocorrer: (i) quando *tiver havido cumprimento parcial da obrigação*; e/ou (ii) quando houver *manifesta excessividade na cláusula penal*, impondo por si só a necessidade de redução da multa, sob pena de, em não o fazendo, ir-se além da «causa» que justificava o crédito liquidando, fazendo-a *desaparecer*, traduzindo-se, por via de consequência, em fonte do reprovável *enriquecimento sem causa*, violando, assim, os CC arts. 413, 884 e 885.

Deste modo, em razão do «*adimplemento parcial*» e/ou «*manifesto excesso na penalidade*» do contrato ou da obrigação, a Cláusula Penal «*deve*» sofrer redução equitativa, a teor do

---

<sup>54</sup> STJ, 4.<sup>a</sup> T., REsp 686866-RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 12.6.2007, v.u., DJU 13.8.2007, p. 373. [grifamos]

artigo 413 do Código Civil, à vista da proporcionalidade exigida em cotejo com o *todo* da relação contratual.

Sendo que é justamente isso o que dispõe o CC art. 413, que é preceito de ordem pública, donde se extrai o *poder-dever* do julgador de reduzir a cláusula penal abusiva ou excessiva, inclusive *de ofício*.



## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Agostinho Alvim. *Do enriquecimento sem causa*, separata da Revista dos Tribunais, vol. 259, maio de 1957, São Paulo: RT.

Americano, Jorge. *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa*, São Paulo: Livraria Acadêmica, 1933.

Andrade Nery, Rosa Maria Barreto Borriello de. *Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção) – uma análise histórica e cultural*, Tese de Livre-Docência, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Faculdade Paulista de Direito/Departamento de Direito Civil, Processual Civil e do Trabalho, 2004.

Aulete, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*, vol. III, 4.<sup>a</sup> ed. (atualizada e revista por Hamílcar de Garcia e com estudo de Antenor Nascentes), Rio de Janeiro: Delta, 1958.

Barros Monteiro, Washington de. *Das modalidades de obrigações*, Tese de Cátedra, São Paulo: Universidade São Paulo – Cátedra de Direito Civil, 1959.

Bittar Filho, Carlos Alberto. *Contratos: perfil jurisprudencial no direito brasileiro vigente*, RT 801/115.

Carvalho Santos, J. M. *Código Civil Brasileiro Interpretado*,

- vol. XI (Arts. 863-927), 9.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.
- Cassettari, Christiano. *Multa contratual - teoria e prática da cláusula penal*, 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- Cian, Giorgio; e Trabucchi, Alberto. *Commentario breve al código civile*, 9.<sup>a</sup> ed. (a cura di Giorgio Cian), Padova: CEDAM, 2009.
- Continentino, Mucio. *Cláusula penal no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1926.
- Díaz Alabart, Silvia. *La cláusula penal*, Madrid: Reus, 2011.
- Fernández Cruz, Gastón. *La cláusula penal: tutela contra el incumplimiento vs. tutela resarcitoria*, Lima: Ara Editores, 2017.
- Freire, Laudelino. *Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa*, vol. II, 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 1957.
- Galisset, C. M. *Corpus Juris Civilis – Academicum Parisiense*, 10.<sup>a</sup> ed., Paris: Lutetiae Parisiorum, 1878.
- Gallo, Paolo. *L'arricchimento senza causa*, Padova: CEDAM, 1990.
- Gomes, Orlando. *Obrigações*, 11.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- Houaiss, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- Ihering, Rudolf Von. *O espírito do direito romano – nas diversas fases de seu desenvolvimento*, vol. IV, tradução de Rafael Benaion e prefácio de Clovis Bevilacqua, Rio de Janeiro: Alba, 1943.
- Jorge Cesa Ferreira da Silva. *Inadimplemento das obrigações*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- Limongi França, R. *Raízes e dogmática da cláusula penal*, Tese de Titularidade, São Paulo: Universidade São Paulo – Faculdade Paulista de Direito/Departamento de Direito

- Civil, 1987.
- \_\_\_\_\_. *Teoria e Prática da Cláusula Penal*, São Paulo: Saraiva, 1988.
- Lôbo, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações*, São Paulo: Saraiva, 2005.
- Lopes Meirelles, Hely. *Direito administrativo brasileiro*, 39.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 2013.
- Marquès, Albert Lamarca (dir.). *Código civil alemán*, Madrid: Marcial Pons, 2008.
- Martins-Costa, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil – Do inadimplemento das obrigações*, vol. V, t. II (Arts. 389 a 420), Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- Medicus, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I, Barcelona: Bosch, 1995.
- Nanni, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, São Paulo: Saraiva, 2005.
- Oliveira Ascensão, José de. *Direito civil – teoria geral. Relações e situações jurídicas*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- Osterling Parodi, Felipe; e Castillo Freyre, Mario. *Tratado de derecho de las obligaciones*, vol. VI, 2.<sup>a</sup> ed., Lima: Thomson Reuters, 2014.
- Paes, Pedro. *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*, São Paulo: Vaner Bicego, 1975.
- Page, Henri de. *A propos du gouvernement des juges: l'équité en face du droit*, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1931.
- Pinto Monteiro, António. *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra: Almedina, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Cláusula penal e comportamento abusivo do credor*, in Francisco Amaral (dir.). *Revista brasileira de direito comparado*, vol. 25, Rio de Janeiro: IDCLB, 2004.
- Rodvalho, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

- \_\_\_\_\_. *Contratos 'Built to suit', investimentos e segurança jurídica*, in *Jornal Gazeta de Limeira, Coluna Fatos & Direito*, 1.º Caderno, p. 2, em 10.3.2013.
- Stassinopoulos, Michel. *Traité des actes administratifs*, Athènes, 1954.
- Teixeira de Freitas, Augusto. *Código civil – Esboço*, v. 1, Brasília: Ministério da Justiça/Fundação Universidade de Brasília, 1983 [edição em homenagem ao centenário da morte de Augusto Teixeira de Freitas].
- Trimarchi, Pietro. *L'arricchimento senza causa*, Milano: Giuffrè, 1962.
- Valle Ferreira. *Enriquecimento sem causa*, Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1950.
- Venosa, Silvio de Salvo. *Lei do Inquilinato Comentada*, 8.ª ed., São Paulo: Atlas, 2005.