

**CLÁUSULA PENAL E O ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL OBJETO DE
PROMESSA DE COMPRA E VENDA: O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO REPETITIVO 970**

**PENALTY CLAUSE AND DELAY IN DELIVERING PROPERTY PURCHASED BY
PURCHASE OF SALE: UNDERSTANDING THE COURT OF JUSTICE IN
REPETITIVE APPEAL 970**

Bruno de Souza Ferreira Ramos¹

Cesar Calo Peghini²

RESUMO

O crescimento vertiginoso do mercado imobiliário no Brasil entre os anos de 2006 e 2014 colocou novamente este setor da economia como um dos focos de atenção no mundo jurídico. Dentre as muitas questões que foram objeto de estudo no meio jurídico, uma que mereceu destaque foi a referente às consequências do descumprimento do prazo de entrega do imóvel adquirido na planta. Não raras vezes, os contratos celebrados estabeleciam cláusula penal para esta hipótese. Caracterizado o atraso, os adquirentes prejudicados ingressavam (e ainda ingressam) em juízo a fim de obter a reparação devida. Mas, além da cláusula penal (comumente chamada de multa) prevista, também pleiteavam indenização suplementar – seja em montante equivalente ao valor locatício do imóvel adquirido e do qual não puderam fruir, seja a título de reembolso de valores gastos a título de aluguel durante o período de atraso. A partir deste debate, instaurou-se no Brasil intensa controversa jurisprudencial. Nos mais diversos Tribunais de Justiça e mesmo no Superior Tribunal de Justiça (STJ) foram proferidas decisões que ora vedavam tal cumulação, ora a admitiam. Debatia-se, ainda, a natureza da cláusula penal incidente em tais situações – se moratória ou compensatória. Neste cenário de

¹ Advogado do Fazano & de Lucca Advogados. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Pós-graduado em Direito Contratual pela Escola Paulista de Direito.

² Doutor em Direito Civil pela PUC/SP (2017). Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito FADISP (2009). Especialista em Direito do Consumidor na experiência do Tribunal de Justiça da União Européia e na Jurisprudência Espanhola, pela Universidade de Castilla-La Mancha, Toledo/ES (2018). Especialista em Direito Civil pela Instituição Toledo de Ensino ITE (2010). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito - EPD (2008). Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU (2005). Professor da Rede de Ensino Luis Flávio Gomes - LFG; Professor visitante em cursos de pós-graduação lato sensu. Associado ao Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e ao Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito da Infância e Juventude e Processo Civil.

insegurança e diante das centenas de milhares de demandas judiciais discutindo a questão, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, em 2017, pela afetação de dois recursos especiais à sistemática de recursos repetitivos para examinar a questão – estabelecendo precedente com eficácia vinculante, de observância obrigatória pelos juízes e tribunais sob sua jurisdição. Busca-se, com o presente trabalho, estabelecer algumas premissas relevantes a fim de demonstrar o acerto da decisão proferida pelo STJ na análise da questão.

Palavras-chave: cláusula penal; promessa de compra e venda; incorporação imobiliária; inadimplemento; indenização.

ABSTRACT

The dizzying growth of the real estate market in Brazil between 2006 and 2014 has again placed this sector of the economy as one of the focus of attention in the legal world. Among the many issues that were the object of study in the legal environment, one that deserved attention was the one related to the consequences of non-compliance with the delivery time of the property acquired in the plant. Not infrequently, the contracts entered into established a penal clause for this hypothesis. Characterized the delay, the impaired buyers filed (and still do) in court in order to obtain due compensation. But in addition to the penalty clause (commonly called fine), they also claimed additional compensation - either in an amount equivalent to the rental value of the property acquired and could not enjoy, or as a refund of amounts spent as rent during the period. delay period. From this debate, intense controversial jurisprudence was established in Brazil. In the most diverse Courts of Justice and even in the Superior Court of Justice (STJ), decisions were issued that sometimes forbade such cumulation, sometimes admitted it. The nature of the criminal clause in such situations - whether moratorium or compensatory - was also debated. In this scenario of insecurity and in the face of hundreds of thousands of lawsuits discussing the issue, the Superior Court of Justice decided in 2017 to allocate two special remedies to the system of repetitive remedies to examine the issue - setting a precedent with binding effectiveness of mandatory compliance by the judges and courts under their jurisdiction. The present work seeks to establish some relevant premises in order to demonstrate the correctness of the decision made by the STJ in the analysis of the issue.

Keywords: penalty clause; promise to buy and sell; real estate development; default; indemnity.

INTRODUÇÃO

A cláusula penal é instituto há muito conhecido na tradição jurídica. O dever de reparação dos prejuízos é um dos principais (se não o principal) efeito do inadimplemento contratual, e a cláusula penal surge para prefixar, de antemão, o montante devido a título de reparação quando caracterizado o inadimplemento – seja ele absoluto, quando a prestação devida não mais pode ser cumprida de forma útil ao credor, ou relativo, quando a despeito do não cumprimento na forma, tempo e lugar ajustados, a prestação ainda pode ser útil à outra parte. Uma vez prevista a cláusula penal, o inadimplemento é suficiente para que seja devida a indenização, dispensando a prova do prejuízo – tarefa muitas vezes complexa.

O Código Civil de 2002 dedicou à cláusula penal Capítulo próprio ao tratar do inadimplemento das obrigações. O regime jurídico estabelecido no Código dentre outras questões, evidencia a existência de duas modalidades distintas; enquanto a cláusula penal moratória incide no caso de configuração do inadimplemento relativo, a cláusula penal compensatória tem lugar nas hipóteses de inadimplemento absoluto.

O instituto da cláusula penal nos contratos imobiliários ganhou especial relevo recentemente em virtude dos incontáveis problemas levados ao Judiciário envolvendo o mercado de incorporações.

É sabido que o mercado imobiliário viveu momentos de crescimento vertiginoso, sobretudo no período compreendido entre os anos de 2006 e 2014. Este aquecimento, todavia, não veio desacompanhado de graves problemas, dentre os quais a ocorrência de atrasos na entrega dos empreendimentos realizados, o que caracteriza inadimplemento contratual (mora). Foram ajuizadas centenas de milhares de demandas nas quais o adquirente prejudicado pelo atraso buscava obter da parte inadimplente a reparação devida.

Diante da existência de contratos nos quais havia previsão de cláusula penal, ganhou relevo a discussão referente à possibilidade (ou não) de cumulação entre a cláusula penal prevista no contrato e indenização por danos materiais como decorrência do mesmo fato. Ou, dito em outras palavras: ante a caracterização do atraso, poderia a parte prejudicada obter, além do valor devido a título de cláusula penal, indenização adicional (suplementar) para compensação dos prejuízos experimentados pelo inadimplemento?

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento pela possibilidade de cumulação quando a cláusula fosse moratória, o que não seria admitido quando a cláusula fosse caracterizada como compensatória. São inúmeras as decisões judiciais neste sentido nos mais diversos Tribunais, de todas as regiões do país.

Mas não faltaram decisões pela impossibilidade de cumulação, ao fundamento de que a cláusula penal (inclusive a de natureza moratória) já teria a finalidade de prefixar as perdas e danos decorrentes do inadimplemento, aplicando-se a regra extraída do parágrafo único do artigo 416 do Código Civil. Também não foram poucas as decisões judiciais que caracterizaram como moratória a cláusula penal prevista no contrato para a hipótese de atraso na entrega do imóvel adquirido na planta.

Ante a relevância da questão e do cenário de insegurança, o STJ decidiu afetar à sistemática dos recursos repetitivos dois recursos especiais nos quais se discutia a possibilidade de cumulação entre a cláusula penal e indenização suplementar, proferindo decisão com efeito vinculante aos demais juízes e Tribunais do país.

Ainda que sem qualquer pretensão de esgotamento da matéria, são estas as questões que se pretende examinar no presente trabalho.

1 A CLÁUSULA PENAL COMO EFEITO DO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL

Contratos são celebrados, via de regra, para serem cumpridos. Certamente não age de boa-fé aquele que celebra o ajuste já com o objetivo de descumprir com a obrigação assumida – conduta que seria manifestamente incompatível com a ordem jurídica.

Daí se apontar que o adimplemento é o modo normal de extinção das obrigações³. Ou, nas palavras de Clóvis Couto e Silva, “o adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim”⁴. E “quando se afirma que o adimplemento é o fim da obrigação está-se a estabelecer que o objetivo básico da obrigação é a realização dos deveres das partes pelos diretamente obrigados”⁵.

Nem sempre, entretanto, a relação se desenvolve desta forma. Não raras vezes, ao menos uma das partes da relação obrigacional (quando não ambas), deixa de cumprir com a parte que lhe cabe na avença. Configura-se, nesta situação, o *inadimplemento contratual*.

³ Neste sentido, Orlando Gomes esclarece que “o adimplemento é, com efeito, o modo natural de extinção de toda relação obrigacional”. GOMES, Orlando. *Obrigações*, *apud* TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v.2.: direito das obrigações e responsabilidade civil. 9. ed., São Paulo: Método, 2014, p. 100.

⁴ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 17.

⁵ SILVA, Jorge Cesar Ferreira da *apud* SICA, Maria Isabel Carvalho. **Inadimplemento antecipado**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2014.tde-06032015-123748. Acesso em: 2018-12-08.

1.1 O INADIMPLEMENTO CONTRATUAL E A OBRIGAÇÃO DE REPARAR OS PREJUÍZOS

Não se ocupou o Código Civil de conceituar o inadimplemento contratual, embora tenha apresentado seus efeitos. É possível dizer que o inadimplemento é o oposto do adimplemento, isto é, significa o não cumprimento da obrigação conforme ajustado entre as partes. Nas palavras de Raphael Augusto Cunha, “inadimplemento indica o não cumprimento, (a) pelo devedor, das normas que impõem a obrigação de prestar ao credor no tempo, lugar e forma que a lei ou contrato estabelecer; e (b) pelo credor, das normas que impõem o recebimento da prestação, também no tempo, lugar e forma que a lei ou o contrato estabelecer”. Por certo, “o conceito de inadimplemento está, portanto, sempre associado ao não cumprimento de obrigações”⁶. Na mesma linha, Antonio dos Reis Junior define o inadimplemento como a “situação na qual o devedor deixa de cumprir a sua obrigação no tempo, modo ou lugar devido, temporariamente ou definitivamente”⁷.

O inadimplemento pode decorrer de culpa (em sentido amplo) do devedor⁸ – inadimplemento culposo ou voluntário – ou de fato a ele não imputável, especialmente diante da ocorrência de caso fortuito e força maior – inadimplemento fortuito ou involuntário. A lei afasta a responsabilidade do devedor pelos prejuízos causados decorrentes do inadimplemento fortuito, isto é, quando a não execução da prestação decorre da ocorrência de “fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”⁹.

Por outro lado, configurado o inadimplemento voluntário da obrigação, fica o devedor obrigado a reparar todos os prejuízos causados ao credor, conforme normas extraídas dos

⁶ CUNHA, Raphael Augusto. **O inadimplemento na nova teoria contratual**: o inadimplemento antecipado do contrato. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2015.tde-11122015-083624. Acesso em: 2019-02-15.

⁷ REIS JUNIOR, Antonio dos Reis. **A promessa de compra e venda de imóveis: os efeitos do inadimplemento em perspectiva civil-constitucional**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 97.

⁸ É sabido que existe vasta discussão acerca da essencialidade da culpa como elemento configurador da responsabilidade no caso de inadimplemento obrigacional. Raphael Augusto Cunha, após mencionar o entendimento de diversos doutrinadores de renome – como Clóvis Couto e Silva, Agostinho Alvim e Pontes de Miranda, dentre outros –, e com base nos paradigmas de responsabilidade objetiva do Código Civil, sustenta ser “impossível restringir o inadimplemento contratual à noção de culpa. Embora em muitos casos a culpa ainda seja o pressuposto do inadimplemento, ela não é o único. O inadimplemento pode também decorrer de um nexo de imputação, decorrente de lei ou de contrato, que prevê uma responsabilidade objetiva das partes contratantes” (**O inadimplemento...**, cit.). Este não é, todavia, o foco do presente trabalho, cujo breve estudo acerca do inadimplemento contratual tem como único objetivo tratar da caracterização da cláusula penal como efeito do inadimplemento.

⁹ Código Civil, art. 393: O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

artigos 389¹⁰ e 395¹¹ do Código Civil. A definição dos limites desta responsabilidade depende da análise da espécie de inadimplemento – se absoluto ou relativo, conforme o caso.

Configura-se o inadimplemento absoluto quando há efetiva impossibilidade de cumprimento da obrigação ou quando sua execução não mais traria qualquer utilidade ao credor. Com efeito,

o inadimplemento absoluto (art. 389, Código Civil) consiste em uma situação jurídica em que a obrigação não foi cumprida pelo devedor, nem poderá ser atendida de forma útil ao credor, como no caso de perecimento do objeto por culpa do devedor. Nota-se que a possibilidade de cumprimento pode existir, mas se este não for de utilidade do credor haverá inadimplemento absoluto¹².

O inadimplemento relativo, por sua vez, também chamado de *mora*, diz respeito ao cumprimento imperfeito da obrigação – isto é, quando a prestação não é cumprida no tempo, lugar e forma ajustados inicialmente¹³.

Tanto no caso de inadimplemento relativo quanto no de inadimplemento absoluto haverá a responsabilização da parte inadimplente por todos os prejuízos causados à outra parte. O que difere e permite identificar cada uma das situações é a possibilidade de cumprimento da obrigação de forma útil ao credor¹⁴.

O professor e desembargador Hamid Charaf Bdine Jr., ao comentar o artigo 389 do Código Civil, esclarece a distinção entre as duas espécies de inadimplemento:

A regra do presente dispositivo refere-se ao inadimplemento absoluto – aquele em que a obrigação não foi nem poderá ser cumprida de modo útil e satisfatório. É o que ocorre, por exemplo, com o perecimento do objeto. Nesse caso, o inadimplemento absoluto poderá ser total ou parcial, caso a integralidade da prestação, ou parte dela, não puder ser cumprida.

O inadimplemento relativo é aquele em que a obrigação não é cumprida no tempo, no lugar e na forma devidos, mas poderá sê-lo, com um proveito para o credor. Nesse

¹⁰ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

¹¹ Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

¹² MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. **Contornos do inadimplemento absoluto, da mora e do adimplemento substancial**: principais características e distinções. 2008. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

¹³ “Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer”.

¹⁴ “Nem sempre é de fácil visualização a questão de saber se o caso se trata de hipótese de inadimplemento absoluto ou relativo. Sabe-se uma das hipóteses de inadimplemento absoluto é aquela mediante a qual a eventual execução posterior (se possível) da obrigação no tempo, modo ou lugar diversos do acordado não é suficiente para satisfazer o interesse do credor, e nunca mais poderá sê-lo. Neste caso, perde-se o combustível que mantinha acesa a relação jurídica obrigacional na perspectiva do credor. Tal fato pode ser verificado de plano, no exato momento do incumprimento, ou pode revelar-se em momento posterior, no qual a perda de utilidade da prestação emerge por força do transcurso do tempo, em situação na qual subsiste inicialmente o interesse do credor no cumprimento tardio da obrigação, mas logo fenece por tornar-se inócua ou inútil, na forma do artigo 395, parágrafo único, do Código Civil, transvestindo-se a mora em inadimplemento absoluto” (REIS JUNIOR, Antonio. Op. cit., p. 99-100).

caso, estará caracterizada a mora, disciplinada pela regra do art. 394. Nos arts. 389 e 394, o legislador distinguiu entre o inadimplemento total e parcial e a mora. Na primeira hipótese, a prestação não pode ser cumprida, integral ou parcialmente, e será substituída por indenização. Na segunda, ainda que de modo imperfeito, a prestação pode ser satisfeita, mas sua imperfeição autoriza o credor a postular indenização. A distinção, portanto, decorre de remanescer a possibilidade de o credor satisfazer a obrigação. Enquanto ela existir, haverá inadimplemento relativo; se ela deixar de existir, será absoluto. Não se confundem inadimplemento parcial absoluto e mora, portanto, uma vez que, no primeiro, parte da obrigação não tem possibilidade de ser adimplida, na segunda, ela sempre remanesce¹⁵.

Num caso, o devedor responde pelos prejuízos decorrentes da total impossibilidade (ou inviabilidade) do cumprimento da obrigação, que não é mais útil ao credor, e à qual o próprio devedor deu causa; este é o inadimplemento absoluto. No caso do inadimplemento relativo, o devedor continua responsável pelo cumprimento de sua prestação (ainda útil à parte contrária), respondendo pelos prejuízos decorrentes de sua mora. Geralmente os prejuízos decorrentes do inadimplemento absoluto são superiores àqueles decorrentes do inadimplemento relativo.

Assim, um dos principais efeitos (se não o principal) do inadimplemento contratual, absoluto ou relativo, é a responsabilização da parte inadimplente pela reparação dos prejuízos causados à outra parte. Nas palavras dos professores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

De fato, aprendemos que a obrigação, vista sob um prisma dinâmico, encontra o seu termo no pagamento, com a conseqüente satisfação do credor. Nada impede, outrossim, possa quedar-se descumprida. Se o descumprimento derivar de atuação culposa do devedor, causadora de prejuízo material ou moral, será obrigado a compensar civilmente o credor, indenizando-o. Pagar “perdas e danos”, afinal de contas, significa isso: *indenizar aquele que experimentou um prejuízo, uma lesão em seu patrimônio material ou moral, por força do comportamento ilícito do transgressor da norma.* [...] Por tudo isso, deixando de lado, por ora, aspectos mais delicados da responsabilidade civil, fixemos a premissa de que *as perdas e danos traduzem o prejuízo material ou moral, causado por uma parte à outra, em razão do descumprimento da obrigação.* Acrescente-se o fato de que também o inadimplemento relativo (mora), que se caracteriza quando a prestação, posto realizável, não é cumprida no tempo, lugar e forma devidos, também autoriza o pagamento das perdas e danos, correspondentes ao prejuízo derivado do retardamento imputável ao credor ou ao devedor¹⁶.

É também o que esclarece António Pinto Monteiro, que – tratando da questão na ótica do direito positivo português – esclarece o seguinte:

É sabido, na verdade, que a prática de um facto ilícito faz incorrer o seu autor em responsabilidade, preenchidos que estejam certos pressupostos. O lesante constitui-se na obrigação de ressarcir o lesado, devendo, nos termos da lei, reconstituir a situação que existira, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação (art. 562º). O autor do facto *danoso*, desde que *responsável*, deve *indemnizar* a vítima pelos danos causados: indemnizar é, assim, reparar um dano, ou mediante reconstituição natural,

¹⁵ BDINE Jr, Hamid Charaf, *et al.* In: **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. Coordenador Cezar Peluso. 4. ed., Barueri: Manole, 2010, p. 403.

¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. II: obrigações. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 323-324, grifos do autor.

ou por equivalente, em dinheiro. Trata-se, como se sabe, de uma consequência ou efeito *comum* à responsabilidade contratual e à responsabilidade aquiliana¹⁷.

O próprio Código Civil se ocupou de indicar a extensão desta responsabilidade, conforme se depreende da leitura de seu artigo 402¹⁸. Aquilo que o credor efetivamente perdeu constitui o chamado *dano emergente*, ao passo que aquilo que razoavelmente deixou de lucrar são os *lucros cessantes*¹⁹. Em linhas gerais, e tratando apenas da esfera material dos envolvidos na relação obrigacional, consiste o dano emergente na diminuição patrimonial experimentada em virtude do inadimplemento, ao passo que os lucros cessantes dizem respeito à frustração de uma expectativa razoável de um ganho que possivelmente se realizaria.

A reparação do dano depende da delimitação de sua extensão, isto é, da definição do *quantum* de prejuízo foi experimentado em decorrência do inadimplemento. Cabe ao credor demonstrar o prejuízo experimentado como consequência do inadimplemento ocorrido – é ônus que lhe incumbe²⁰. Justamente por isso é que se ocupou o Código Civil de estabelecer, no artigo 402, que as perdas e danos abrangem aquilo que o credor *efetivamente perdeu*, ao passo que os lucros cessantes compreendem o que *razoavelmente deixou de lucrar*. E o artigo 403 também traça novos limites ao determinar que “as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”²¹.

¹⁷ MONTEIRO, Antonio Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Lisboa: Almedina, 1999, p. 26-27, grifos no original.

¹⁸ “Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. BRASIL. Lei nº. 10.406, cit.

¹⁹ Nas palavras de Daniel de Leão Keleti: “As perdas e danos devem ter como conteúdo os danos sofridos pelo credor. Os danos sofridos pelo credor poderão ser materiais ou imateriais. Sob o prisma imaterial, há o dano moral ou estético sofrido pelo credor; os danos materiais poderão ser compostos pelos danos emergentes e pelo lucro cessante.

Danos emergentes são representados pela real diminuição do patrimônio do credor em função do inadimplemento do devedor, ‘seja porque se depreciou o ativo, seja porque aumentou o passivo’.

Os lucros cessantes podem ser caracterizados como aquilo que deixou de ganhar o credor com o inadimplemento do devedor, ‘é a frustração da expectativa de ganho’” (KELETI, Daniel de Leitão. **Cláusula Penal no Código Civil**. 2007. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, grifos do autor).

²⁰ KELETI, Daniel de Leitão. Op. cit.

²¹ Carlos Roberto Gonçalves esclarece: “A palavra *efetivamente*, utilizada no referido art. 402, está a significar que o dano emergente não pode ser presumido, devendo ser cumpridamente provado. O dano indenizável deve ser *certo e atual*. Não pode ser, pois, meramente hipotético ou futuro.

Acrescenta o art. 403 do mesmo diploma: [...]

Trata-se de aplicação da teoria dos *danos diretos e imediatos*, formulada a propósito da relação de causalidade, que deve existir, para que se caracterize a responsabilidade do devedor. Assim, o devedor responde tão só pelos danos que se prendem a seu ato por um vínculo de necessidade, não pelos resultantes de causas estranhas ou remotas. Não é, portanto, indenizável o denominado “dano remoto”, que seria consequência “indireta” do inadimplemento, envolvendo lucros cessantes para cuja efetiva configuração tivessem de concorrer outros fatores que não fosse apenas a execução a que o devedor faltou, ainda que doloso o seu procedimento” (GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 397-398, grifos do autor).

A necessidade de demonstração da existência e extensão do prejuízo pode, em determinadas situações, colocar a parte prejudicada em posição desvantajosa. O ordenamento jurídico possibilita, então, a prefixação do *quantum* indenizatório devido à parte inocente em caso de inadimplemento da parte contrária - através da inserção da cláusula penal.

1.2 A CLÁUSULA PENAL

1.2.1 PRIMEIRAS NOÇÕES: O QUE É A CLÁUSULA PENAL. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO.

A cláusula penal – também conhecida como *pena convencional* ou *multa contratual*²² – pode ser definida, em linhas gerais, como

pacto subjacente à obrigação principal, que tem por finalidade estabelecer, desde o início da contratação, uma sanção econômica para a parte que retardar ou descumprir, ainda que em parte, a prestação pela qual se obrigou pelo contrato principal. [...] Washington de Barros Monteiro afirma que a cláusula penal é “um pacto secundário e acessório em que se estipula pena ou multa para a parte que se subtrair ao cumprimento da obrigação, a que se obrigara, ou apenas retardá-lo”. E prossegue afirmando que é “a estipulação mais comum nos contratos, em que recebe o nome de *pena convencional*, denominação que, aliás, igualmente lhe dá o CC, em vários dispositivos”²³.

Luiz Carlos Branco, por sua vez, leciona:

A cláusula penal, também chamada de pena convencional, é o pacto acessório pelo qual as partes de um contrato fixam, de antemão, o valor das perdas e danos que por acaso se verificarem em consequência da inexecução culposa de obrigação. Sua função é pré-liquidar danos. [...]

A cláusula penal decorre de um acordo de vontade estabelecido pelas partes contratantes, estabelecendo uma indenização por perdas e danos no caso de inadimplemento contratual das quais é sucedânea.

Por meio da cláusula penal, as partes prefixam e pré-avaliam o montante dos prejuízos que possam sofrer com a inexecução ou retardamento no cumprimento de alguma prestação omissiva ou comissiva, pactuada pelas partes no contrato.

Desse modo, a cláusula penal determina a prévia indenização de perdas e danos, pelo não cumprimento integral ou parcial da obrigação, ou pela mora. Consiste, em síntese, em uma prestação convencional, como pena pelo inadimplemento incompleto ou impontual pela inexecução de uma promessa ou prestação²⁴.

²² RABAY, Arthur. Da cláusula penal. **Revista Síntese: direito empresarial**. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 35, p. 64–80, nov./dez., 2013.

²³ SALLES, Pedro Amaral. **A função coercitiva da cláusula penal e uma crítica ao art. 412 do Código Civil de 2002**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 19, grifos do original.

²⁴ Branco, Luiz Carlos. **Cláusula penal: o valor da cominação e a redução equitativa da pena**. 2010. 157 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

Na mesma linha os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira, que afirma que “a cláusula penal ou pena convencional – *stipulatio poenae* dos romanos – é uma cláusula acessória, em que se impõe sanção econômica, em dinheiro ou outro bem pecuniariamente estimável, contra a parte infrigente de uma obrigação”²⁵.

Trata-se, portanto, de *pacto acessório* (vinculado, portanto, a um negócio *principal*) que pode ser utilizado nas mais diversas modalidades de negócios jurídicos e que incide na hipótese de *inadimplemento* da obrigação – seja ele absoluto ou relativo.

O instituto não é novo. Como esclarece Antonio Joaquim de Matos Pinto Monteiro:

A cláusula penal é uma figura com larga tradição, mergulhando suas raízes em tempos bem recuados da Antiguidade. O direito babilônico e papiros greco-egípcios constituirão significativo testemunho de sua longevidade. Mas é à *stipulatio poenae* e às regras que a seu respeito foram desenvolvidas pelo gênio romano que é costume atribuir-se a paternidade histórica da cláusula penal²⁶.

O professor Otávio Luiz Rodrigues Junior, ao analisar a natureza e função da cláusula penal no direito romano aponta que, num primeiro momento, a cláusula penal funcionava como pena privada no Direito mesopotâmico e no Direito Grego. Foi também o que se sucedeu com a *stipulatio poenae* no Direito romano. Em seguida, “com a evolução dos costumes, especialmente no direito pós clássico [...] é possível inferir o nascimento de uma nova função à cláusula penal, a de reparação de danos”²⁷.

Christiano Cassetari, ao apontar a *stipulatio poenae* como instituto que dá origem à cláusula penal, elucida que “nas Institutas do Imperador Justiniano já se verificava a possibilidade de se criar uma cláusula penal, pois o Livro 3º, Título VX, §7º, estabelecia que, na estipulação de coisas e fatos, convém acrescentar uma pena, a fim de que a importância de interesse do estipulante não fique incerta e que este não se veja obrigado a provar qual ela seja”²⁸. O professor também ressalta que “desde o direito romano a cláusula penal tinha natureza acessória (*stipulatio acessoria*), pela qual sua nulidade não invalidava a obrigação principal, mas a nulidade da obrigação principal a invalidava”²⁹.

É inequívoco que a *stipulatio poenae* mereceu lugar de destaque na tradição jurídica romana. Segundo Reinhard Zimmermann, “*stipulationes poenae were employed in Roman law*

²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v.2: teoria geral das obrigações, 29. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 154.

²⁶ MONTEIRO, Antonio Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Lisboa: Almedina, 1999, p. 3.

²⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Cláusula penal: natureza e função no direito romano. In: **O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual**. 1 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, v.1., p. 911-926.

²⁸ CASSETARI, Cristiano. **Multa contratual**. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 39.

²⁹ Idem, p. 41.

in conjunction with all sorts of transactions. They were used to secure the observance of obligations arising from sale, hire or partnership agreements, the enforcement of settlements or the repayment of a loan; their field of application extended to the law of property, to family law and to succession”³⁰.

Também no direito medieval se deu grande importância à cláusula penal, que foi largamente utilizada nos mais diversos tipos de negócios³¹, sobretudo porque servia ao credor para substituir a cobrança de juros, ante a vedação da usura imposta pela Igreja Católica³².

O Código Civil francês promulgado em 1804, após a Revolução Francesa, regulamentava minuciosamente a cláusula penal³³.

No Brasil, as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas regulavam, ainda que timidamente, a cláusula penal. Na segunda metade do Século XIX, quando Teixeira de Freitas elaborou seu *Esboço*, tratou do tema a partir da inegável influência do Código napoleônico - tendo depois servido de inspiração na elaboração do Código Civil argentino³⁴ e de outros países da América Latina³⁵.

O Código Civil de 1916 (também conhecido como Código Bevilácqua) regulamentou a cláusula penal dentre as modalidades de obrigações nos artigos 916 ao 927.

O Código Civil de 2002, por sua vez, inseriu a cláusula penal em Capítulo próprio no Título que trata do inadimplemento das obrigações, entre os artigos 408 e 416.

1.2.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO REGIME JURÍDICO DA CLÁUSULA PENAL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A disciplina jurídica da cláusula penal no Código Civil de 2002 foi inserida no Capítulo V do Título IV, que trata “Do Inadimplemento das Obrigações” dentro do “Livro I – Direito

³⁰ ZIMMERMANN, Reinhard. **The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition**. Londres: Oxford University Press, 1996, p. 103.

³¹ A este respeito, Christiano Cassetari pontua que “[...] a prática da cláusula penal da Idade Média, com seu caráter cominatório, se generalizou a tal ponto, que se pode dizer que nenhum contrato (*aucun contract*), nenhum ato da vida civil (*aucun act de la vie civile*), tais como empréstimos testamentos, adoção, se formava sem que uma cláusula penal lhe garantisse a execução”. Op. cit., p. 41.

³² KELETI, Daniel de Leão. Op. cit.

³³ Como esclarece o professor Christiano Cassetari: “Após a Revolução Francesa, em 21 de março de 1804, entra em vigor na França o Código Civil francês, conhecido como *Code Napoléon*, que trará referências à cláusula penal, tais como: seu conceito, questões relativas à nulidade, direito do credor de demandar a obrigação principal em lugar de sua pena, sua natureza jurídica de prefixar as perdas e danos, os efeitos da *commissio poenae*, revisão judicial em caos de cumprimento parcial, responsabilidade pela cláusula penal dos coherdeiros do devedor de coisa indivisível e divisível”. Op. cit., p. 42.

³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, v.1: Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil**. 23. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 68.

³⁵ CASSETARI, Christiano. Op. cit., p. 42.

das Obrigações” da Parte Especial do Código. Agiu bem o legislador ao não buscar pela definição de um conceito ao instituto – tarefa que cabe à doutrina. Assim, o que fez o Código Civil foi definir um regime jurídico para a cláusula penal no direito civil, estabelecendo as balizas para seu estudo e aplicação.

O dispositivo que inaugura a regulamentação é o artigo 408 do Código, sendo o qual “incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora”. A norma trata do pressuposto de aplicação da cláusula penal. A este respeito, importante ressaltar que

as circunstâncias de exigibilidade da cláusula penal se equiparam aos casos em que são exigíveis as perdas e danos das quais ela é substitutiva [...].
Dois elementos são indispensáveis para que o devedor sofra as consequências da imputação da cláusula penal: a culpa, elemento subjetivo e a mora, elemento objetivo. A mora e a culpa convergem para o mesmo ponto: inexecução total ou parcial da obrigação, ou simplesmente, o retardamento no cumprimento da obrigação^{36,37}.

O professor Antonio Pinto Monteiro também destaca que “só incorre o devedor na pena se o não cumprimento for culposo a culpa é um pressuposto essencial do direito do credor, quer dizer, exigida a pena, provando o devedor que não teve culpa, deixa a pena de ser devida”³⁸.

Não poderia ser diferente. Como dito anteriormente neste trabalho, o *inadimplemento voluntário* é que obriga o devedor (a parte inadimplente) a reparar todos os prejuízos causados ao credor (a parte inocente).

Prosseguindo no tratamento legal dado pelo Código Civil à cláusula penal, o artigo 409 prevê que “a cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora”.

A leitura do texto legal demonstra que a cláusula penal pode ser de duas espécies. É compensatória a cláusula que incide no caso de inexecução completa da obrigação (inadimplemento absoluto), sendo moratória a cláusula que diz respeito ao inadimplemento relativo, isto é, à inexecução de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.

³⁶ BRANCO, Luiz Carlos. Op. cit.

³⁷ No mesmo sentido os ensinamentos de Daniel de Leão Keleti (Op. cit): “Ocorre que não é qualquer espécie de inadimplemento que pode gerar a aplicação da cláusula penal estabelecida. O inadimplemento deve ser imputável ao devedor. O atual Código Civil, em seu artigo 408, determina que incorrerá na cláusula penal o devedor que deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora [...].

A necessidade de ser imputável ao devedor a inexecução da obrigação é condição imprescindível para a aplicação da cláusula penal.

O elemento culpa está intrinsecamente ligado à aplicação da cláusula penal. O inadimplemento que decorrer de caso fortuito ou força maior, não permitirá ao credor lançar mão da cláusula penal”.

³⁸ MONTEIRO, Antonio Pinto. Responsabilidade contratual: cláusula penal e comportamento abusivo do credor. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n.26, 2004, p. 166-179.

Ao tratar do tema, o professor e desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo Hamid Charaf Bdine Jr., em obra coordenada pelo ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso, leciona:

A cláusula penal poderá ser compensatória ou moratória. Compensatória é que se estipula para a hipótese de inadimplemento total da obrigação (art. 410). Cláusula penal moratória é a que se destina a assegurar o cumprimento de outra cláusula, ou a evitar o retardamento ou o imperfeito cumprimento da obrigação, preestabelecendo perdas e danos.

A mora pode resultar do retardamento no cumprimento da obrigação, ou de seu cumprimento de modo diverso do estipulado, tal como disposto no art. 394 do Código Civil. Em qualquer desses casos, a cláusula penal estipulada é moratória. Nada impede que o mesmo contrato contenha três cláusulas penais. Uma de natureza compensatória e outras duas, de natureza moratória, para casos de atraso e de cumprimento imperfeito da obrigação.

Em geral, o valor da multa compensatória é elevado, próximo do valor da obrigação principal. Se o valor da multa é reduzido, presume-se que tenha natureza moratória, pois os contratantes normalmente não fixam valor modesto para compensar perdas e danos decorrentes da inexecução total daquilo que ajustaram³⁹.

No mesmo sentido são as lições do professor Carlos Roberto Gonçalves, que ensina que é compensatória a cláusula penal “quando estipulada para a hipótese de total inadimplemento da obrigação (CC, art. 410)”, enquanto a moratória é aquela “destinada: a) a assegurar o cumprimento de outra cláusula determinada; ou b) a evitar o retardamento, a mora (art. 411)”. Destaca ainda o professor que “a mora pode caracterizar-se não só quando há retardamento no cumprimento da obrigação, mas também quando esta é cumprida de modo diverso do convencionado (CC, art. 394)”⁴⁰.

Luiz Carlos Branco, ao tratar do assunto, esclarece:

A inexecução imperfeita da obrigação resulta na mora. E o artigo 394, do Código Civil, considera em mora o devedor que não efetuar o pagamento no *tempo, lugar e forma* que a lei ou a convenção estabelecer. Assim, o devedor que descumpre alguma cláusula especial do contrato é moroso e a pena que objetiva garantir o cumprimento da referida cláusula, é moratória.

Resumindo, no caso de inadimplemento absoluto, temos a *cláusula compensatória*. Tratando-se de mora ou segurança especial de outra cláusula determinada, temos a *cláusula moratória* [...] ⁴¹.

Em relação aos efeitos de cada espécie de cláusula penal, a diferença substancial reside nas normas extraídas dos artigos 410 e 411 do Código Civil, que preveem:

Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

³⁹ BDINE Jr, Hamid Charaf, *et al.* In: **Código Civil comentado**, cit., p. 459.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ BRANCO, Luiz Carlos. *Op. cit.*

Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

Assim, caracterizado o inadimplemento *absoluto*, a cláusula penal *compensatória* se converte em espécie de obrigação *alternativa*, a critério do credor, a quem cabe exigir o cumprimento da obrigação principal do contrato *ou* a cláusula penal.

Lado outro, quando a cláusula penal é *moratória* (incidente quando caracterizado o inadimplemento *relativo*), ao credor é lícito exigir, *cumulativamente*, o cumprimento da obrigação principal do contrato *e* a cláusula penal pactuada.

Trazendo novamente os ensinamentos do professor Hamid Charaf Bdine Jr., que comentando o art. 410, aduz:

O credor deverá optar entre exigir a própria prestação ou a cláusula penal, já que a cumulação de ambas implicaria seu enriquecimento sem causa: receberia a própria prestação e mais o previsto na cláusula penal exatamente para o caso de a obrigação principal não ser cumprida. Por isso é que o artigo só alcança as cláusulas estipuladas para o inadimplemento total, como está expressamente consignado.

No caso de cláusula prevista para o inadimplemento parcial, nada impede a cumulação vedada neste artigo, o qual exige que o credor opte entre as alternativas apresentadas. Se parte da obrigação não foi adimplida, o credor não precisa optar entre as alternativas, podendo cumular a multa com a exigência da própria obrigação, pois o adimplemento parcial poderá lhe ser útil, ainda que lhe acarretem prejuízos a ser compensados pelo valor da cláusula penal⁴².

Tratando da mesma norma legal, Daniel de Leão Keleti destaca:

A escolha entre o cumprimento da obrigação principal ou a cláusula penal é exclusiva do credor. Será o credor que irá escolher se pretende a cláusula penal compensatória ou se vai, ainda, buscar, o cumprimento da obrigação. Havendo a escolha do credor por uma via, a outra não mais poderá ser requerida.

O credor pode buscar o cumprimento da prestação principal e, se esta se tornar impossível pode requerer, sucessivamente, a cláusula penal compensatória. O credor não pode cumular a cláusula penal compensatória com o cumprimento da prestação⁴³.

Nota-se, assim que o Código Civil expressamente distingue os regimes jurídicos das espécies de cláusula penal no que diz respeito à possibilidade de cumulação com o pedido de cumprimento da obrigação principal.

Por fim, cumpre tratar do artigo 416 do Código, redigido nos seguintes termos:

Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

⁴² BDINE Jr, Hamid Charaf, *et al.* In: Código Civil comentado, cit., p. 458.

⁴³ KELETI, Daniel Leão. Op. cit.

O *caput* do dispositivo traz norma de grande importância para a aplicação da cláusula penal, dispensando o credor (parte inocente) de comprovar a existência e extensão dos prejuízos decorrentes do inadimplemento contratual da outra parte.

Como bem esclarece Caio Mário da Silva Pereira:

O efeito fundamental da pena convencional, e que pode ser assinalado como determinação *cardeal*, é a sua exigibilidade *pleno iure* (Código Civil de 2002, art. 408), no sentido de que independe da indagação se o credor foi ou não prejudicado pela inexecução do obrigado (Código Civil de 2002, art. 416). Daí autorizar a boa hermenêutica do princípio a declaração de que o credor não está obrigado a alegar e provar o prejuízo que do inadimplemento lhe resulte. O que tem a demonstrar, e isto é o pressuposto da pena convencional, é a ocorrência da inexecução [...]. Mesmo que o devedor produza a prova incontroversa da ausência de prejuízo em razão do inadimplemento, mesmo assim a penal é devida [...] ⁴⁴.

Esta é, certamente, uma das grandes vantagens da utilização da cláusula penal no negócio jurídico ⁴⁵. Como dito anteriormente, a comprovação do prejuízo decorrente do inadimplemento, em determinadas situações, não é tarefa simples – e, não raras vezes, exige dispêndio de tempo e de recursos financeiros.

Além disso, a dispensa de comprovação do prejuízo torna a cláusula penal instrumento capaz de garantir *previsibilidade* nas relações negociais, de forma a possibilitar a adequada gestão e alocação de riscos. Invocando mais uma vez os ensinamentos do professor Antonio Pinto Monteiro:

Via de regra, quando se estipula uma cláusula penal, visa-se fixar antecipadamente o montante da indenização - e aí está a função indenizatória, com vantagens evidentes, porque se A e B, por ex., acordam previamente que, em caso de não cumprimento, a consequência será uma das partes entregar à outra um milhão de reais, o devedor sabe antecipadamente quanto lhe custa o incumprimento, e o credor sabe o que pode exigir. Ora, *esse saber antecipado com o que se pode contar* é fundamental contar é fundamental na vida dos negócios, na economia de um país e em geral; isso tem que ver com a certeza do direito, que é um dos aspectos importantes a considerar; evitam-se indagações posteriores, evitam-se delongas, complexidades, demoras, atrasos e incertezas - nunca se sabe como é que o juiz procederá relativamente ao cálculo da indenização, ao cálculo do dano, e assim já se sabe, antecipadamente, quanto é essa indenização ⁴⁶.

⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 161-162.

⁴⁵ Pedro Amaral Salles ressalta que “talvez o mais importante benefício decorrente do estabelecimento da cláusula compensatória reside no fato de que, para a cobrança da multa, o credor está desincumbido de demonstrar e provar efetiva ocorrência de danos e/ou a extensão desses danos, conforme dicção expressa do art. 416, *caput*, do CC [...]” Op. cit., p. 31. Em que pese o autor fazer expressa menção à cláusula *compensatória*, parece mais correto o entendimento segundo o qual a dispensa de comprovação dos prejuízos vale tanto para a cláusula compensatória quanto para a moratória, sobretudo porque ambas as modalidades possuem nítido caráter de prefixação de perdas e danos – conforme se pretende demonstrar no presente trabalho.

⁴⁶ MONTEIRO, Antonio Pinto. Responsabilidade contratual, [...]. Op. cit.

A dispensa de prova do prejuízo vale tanto para a cláusula penal moratória quanto para a cláusula compensatória.

Também é o que ocorre em relação à norma extraída do parágrafo único do artigo 416. A leitura do dispositivo permite concluir que o texto legal não estabelece qualquer distinção no que diz respeito à impossibilidade de se exigir indenização suplementar, de sorte que a vedação vale tanto para a cláusula penal moratória quanto para aquela de natureza compensatória; a regra somente não se aplica caso haja expressa previsão contratual em sentido diverso.

Neste contexto, parece correto concluir que a cláusula penal, inclusive quando moratória, possui caráter de prefixação das perdas e danos sofridos pela parte.

Nos dizeres de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona, “a pena convencional pretende indenizar previamente a parte prejudicada pelo inadimplemento obrigacional”⁴⁷.

Carlos Roberto Gonçalves, por sua vez, afirma que “com a estipulação da cláusula penal, expressam os contratantes a intenção de livrar-se dos incômodos da comprovação dos prejuízos e de sua liquidação. A convenção que a estabeleceu pressupõe a existência de prejuízo decorrente do inadimplemento e **prefixa seu valor**”⁴⁸.

Em trecho já citado acima, Hamid Charaf Bdine Jr. também destaca que a cláusula penal moratória “preestabelece o valor das perdas e danos”.

Judith Martins Costa, embora com concepções diferentes acerca das modalidades de cláusula penal e de sua(s) função(ões), aponta o seguinte ao comentar a norma extraída do parágrafo único do art. 416 do Código:

A cláusula de prefixação das perdas e danos conduz à associação entre a cláusula penal e a idéia de um ato de *liquidação preventiva de um dano*, eventual e futuro, produzido ou pelo inadimplemento definitivo, ou pela mora. Essa associação conduz a situar a cláusula penal como “medida concreta do dano”: tanto assim que se denomina a função ressarcitória de “função estimativa” do dano, decorrente da própria convenção, uma vez que as partes fixam e substituem, convencionalmente, as conseqüências derivadas do incumprimento da obrigação principal⁴⁹.

Tecidas tais considerações acerca da cláusula penal, cabe examinar tratar brevemente da problemática do atraso na entrega de imóveis adquiridos na planta em incorporações imobiliárias. É disto que se trata no capítulo a seguir.

⁴⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA, Rodolfo. Op. cit., p. 361.

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 413, sem grifos no original.

⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil** - Vol. V - Tomo II, 2ª edição. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5605-9/>.

2 A PROBLEMÁTICA DO ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL ADQUIRIDO NA PLANTA

É fato notório e amplamente conhecido que entre os anos 2006 e 2014, em virtude de uma série de fatores econômicos do mercado interno e do cenário internacional⁵⁰, o mercado imobiliário no Brasil experimentou crescimento vertiginoso⁵¹. É lícito afirmar que o mercado imobiliário viveu um verdadeiro *boom*⁵² durante este período.

A expansão do mercado, entretanto, também significou a intensificação dos problemas que envolvem as relações, dentre os quais se inclui a ocorrência do atraso na entrega da obra.

Como bem observado pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE) em Nota Técnica elaborada a pedido da Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (ABRAINC):

Nos últimos anos, uma série de questões e temas relevantes, relacionadas à regulação das operações do mercado imobiliário, têm sido objeto de intenso debate na sociedade, tanto no âmbito da justiça brasileira quanto na agenda das casas legislativas. Em geral, o debate tem se centrado em controvérsias envolvendo as partes envolvidas (empresas e adquirentes) no tocante a cláusulas, obrigações e compensações previstas e não previstas em contratos/promessas de compra e venda de imóveis, entre os quais vale citar: atraso na entrega de imóveis; rescisões contratuais (distratos); responsabilidade e obrigatoriedade das partes no pagamento de taxas, comissões e corretagens diversas etc. [...]

⁵⁰ Fernanda Pessoa de Albuquerque Ozenda em trabalho monográfico apresentado ao Departamento de Economia da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ), destacou algumas circunstâncias que levaram ao este cenário: “Nos últimos anos, alguns fatores específicos contribuíram para a expansão desse mercado. Primeiramente, programas governamentais como o “Minha Casa Minha Vida” para subsidiar famílias de baixa renda na compra da casa própria e o programa de obras públicas, influenciado pelos eventos de Copa do Mundo e Olimpíadas que acontecerão no Brasil nos próximos anos, visando uma melhora da infra - estrutura das cidades. Além disso, a queda nas taxas de juros a partir de agosto de 2011, quando o Banco Central começou um processo de “afrouxo monetário”, que fez com que por um lado o custo de financiamento da casa própria ficasse mais baixo e por outro diminuiu o custo de oportunidade de empreendedores dando margem para maiores investimentos imobiliários. E finalmente, a expansão do crédito direcionado para o setor, de instituições públicas mas principalmente de privadas e a consequente ascensão de fontes alternativas de crédito [...]” (OZENDA, Fernanda de Pessoa Albuquerque. **A ascensão do mercado de crédito imobiliário no Brasil e o boom dos preços dos imóveis – uma comparação com a situação americana na crise de 2008**. Monografia (Depto. de Economia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013). O trabalho também traz números relevantes acerca do número de lançamentos e vendas na cidade de São Paulo no período.

⁵¹ Este fato é bem demonstrado em gráfico que ilustra a evolução do nível de atividade da construção no Brasil extraído de artigo publicado por Juliana Carvalho da Cunha Trece no Blog do Instituto Brasileiro de Economia, vinculado à Fundação Getúlio Vargas (IBRE/FGV). TRECE, Juliana Carvalho da Cunha. **Ainda em recessão, a construção recua para o nível de 10 anos atrás**. Disponível em <<https://blogdoibre.fgv.br/posts/ainda-em-recessao-construcao-recua-para-o-nivel-de-10-anos-atras>>. Acesso em 19 de outubro de 2019.

⁵² “O *Boom*, ou fase de Expansão é onde tudo está a favor da alta dos imóveis. O aumento do emprego, da renda, e de estímulo ao crédito imobiliário, gera uma grande procura por imóveis, o que reduz a taxa de vacância e incentiva o setor da construção que aumenta sua atividade, provocando uma elevação no preço dos imóveis”. LIMA, Bianca Saint’Clair. **Ascensão e queda nos preços do mercado imobiliário: análise comparativa no período de 2010 a 2017 no caso brasileiro**. Monografia (Bacharelado em Engenharia Civil – Escola Politécnica) – Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017.

Dentre as questões anteriormente levantadas, uma das mais recorrentes nos últimos anos envolve as controvérsias acerca da compensação financeira devida a compradores/adquirentes pela ocorrência de atrasos na entrega de imóveis adquiridos na planta/fase de construção⁵³.

Como visto anteriormente, o atraso na entrega da obra representa inadimplemento contratual – mais especificamente, inadimplemento relativo (ou mora) –, que tem como principal efeito o dever de reparação pelos prejuízos experimentados pela outra parte.

Com base nisso, foram ajuizadas centenas de milhares de demandas judiciais em todo o país tendo como objeto o pedido de reparação de danos em decorrência do atraso na entrega de imóvel adquirido na planta⁵⁴.

E as soluções dadas eram as mais diversas possíveis – o que também foi observado na Nota Técnica elaborada pela FIPE:

“Todavia, um rápido levantamento das decisões proferidas pelos tribunais permite evidenciar uma diversidade considerável de argumentos, critérios e bases de cálculo para estipular a compensação devida aos adquirentes pelo atraso. Especificamente, as empresas têm sido sentenciadas, em razão do atraso na entrega dos imóveis comprados em planta/fase de construção: (i) ao pagamento de compensações aos compradores, estipuladas entre 0,5% e 2,0% incidente sobre o valor do imóvel, sobre o valor do contrato ou sobre o montante já pago à construtora; (ii) acréscimo de multa moratória de 1,0%, por mês excedente de atraso; (iii) acréscimo de pagamento de aluguéis mensais enquanto durar o atraso, sob a rubrica de “lucros cessantes” e/ou danos emergentes; (iv) pagamento de compensação por danos extrapatrimoniais (morais); e (v) devolução dos valores pagos à empresa, congelamento da correção monetária ou suspensão do pagamento de parcelas à empresa, ressarcimento de taxas e comissões de corretagem etc.

Na prática, uma das consequências indesejáveis do quadro de incerteza vigente é a consumação de um quadro de litigância e oportunismo no mercado imobiliário, pautado pela desproporcionalidade e desequilíbrio no cálculo de multas impostas às empresas pelo atraso na entrega dos imóveis face à obrigação principal e aos prejuízos econômicos e financeiros imputáveis pelo atraso⁵⁵.

Dentre os problemas recorrentes nestas demandas estava a possibilidade (ou não) de cumulação entre a cláusula penal prevista para o caso de atraso e indenização material suplementar decorrente deste mesmo fato, o que foi objeto de incontáveis decisões judiciais nos mais diversos Tribunais do país.

⁵³ Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas. **Nota Técnica**. São Paulo: 2017. Disponível em < https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/2019/01/Nota-T%C3%A9cnica_Atraso_Vers%C3%A3o-Final.pdf>. Acesso em 18 de outubro de 2019. Grifos do original.

⁵⁴ Quando o STJ decidiu pela afetação de 2 recursos repetitivos para analisar questões referentes à indenização devida em caso de atraso (temas 970 – do qual se tratará adiante – e 971), a determinação de sobrestamento alcançou mais de 170 mil processos em todo o território nacional, conforme dados disponibilizados no Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios do Conselho Nacional de Justiça.

⁵⁵ Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas. **Nota Técnica**, cit.

3 CLÁUSULA PENAL E INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR: A JURISPRUDÊNCIA ANTERIOR À ANÁLISE DA QUESTÃO NA SISTEMÁTICA DE RECURSOS REPETITIVOS

Antes da análise feita pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) na sistemática de recursos repetitivos, não havia entendimento consolidado na jurisprudência pátria no que diz respeito à cumulação entre a cláusula penal prevista no instrumento contratual e indenização suplementar quando caracterizado o atraso na entrega de imóvel adquirido na planta.

No próprio STJ, por exemplo, prevalecia entendimento segundo o qual a cláusula penal *moratória* poderia ser cumulada com indenização suplementar decorrente do mesmo fato, o que não seria admissível quando a cláusula penal fosse *compensatória*. A diferenciação entre as duas situações era baseada na premissa de que somente a cláusula penal compensatória possuiria a finalidade de prefixar a indenização decorrente do inadimplemento contratual, ao passo que a cláusula penal moratória teria finalidade exclusivamente sancionatória, punindo o devedor pelo retardamento no cumprimento da obrigação. A orientação foi reafirmada inúmeras vezes (tanto em julgamentos colegiados quanto em decisões monocráticas)⁵⁶. Ante a impossibilidade de reexame de cláusulas contratuais em sede de recurso especial⁵⁷, prevalecia o enquadramento jurídico dado à cláusula nas instâncias inferiores⁵⁸.

⁵⁶ “DIREITO CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. INADIMPLEMENTO PARCIAL. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. MORA. CLÁUSULA PENAL. PERDAS E DANOS. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1.- A obrigação de indenizar é corolário natural daquele que pratica ato lesivo ao interesse ou direito de outrem. Se a cláusula penal compensatória funciona como pre-fixação das perdas e danos, o mesmo não ocorre com a cláusula penal moratória, que não compensa nem substitui o inadimplemento, apenas pune a mora. 2.- Assim, a cominação contratual de uma multa para o caso de mora não interfere na responsabilidade civil decorrente do retardo no cumprimento da obrigação que já deflui naturalmente do próprio sistema. 3.- O promitente comprador, em caso de atraso na entrega do imóvel adquirido pode pleitear, por isso, além da multa moratória expressamente estabelecida no contrato, também o cumprimento, mesmo que tardio da obrigação e ainda a indenização correspondente aos lucros cessantes pela não fruição do imóvel durante o período da mora da promitente vendedora. 4.- Recurso Especial a que se nega provimento” (BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 1355554/RJ. Recorrente: GAFISA S/A. Recorridos: Tânia Barreto Simões Correia e Outro. Relator. Ministro Sidnei Beneti. Terceira Turma. Julgado em 06/12/2012. DJe 04/02/2013. RDDP vol. 121 p. 160. RSTJ vol. 230 p. 613).

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. LUCROS CESSANTES PELO PERÍODO DE MORA. CABIMENTO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. É entendimento do STJ que, havendo descumprimento do prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é perfeitamente possível cumular a cláusula penal decorrente da mora com indenização por lucros cessantes pela não fruição do imóvel, pois apresentam natureza diversa, uma moratória e a outra compensatória, razão pela qual não há que se falar em bis in idem [...]” (BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Interno no Recurso Especial 1610303/SE. Recorrente: Diego Santos Doria. Recorrido: Norcon Sociedade Nordestina de Construções e Outros. Relator Desembargador Convocado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região Lazaro Guimarães. Quarta Turma. Julgado em 08/02/2018. DJe 16/02/2018).

⁵⁷ Conforme Enunciado n. 5 da Súmula do STJ.

⁵⁸ Neste sentido: “[...] AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. CUMULAÇÃO DE CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA COM PERDAS E DANOS.

Nos Tribunais estaduais também é possível encontrar uma série de precedentes que reafirmam a orientação prevalecente no STJ. O entendimento foi adotado, por exemplo, no Tribunais de Justiça de Minas Gerais⁵⁹, de São Paulo⁶⁰, do Rio de Janeiro⁶¹, Rio Grande do Sul⁶², Amazonas⁶³, Sergipe⁶⁴, Pernambuco⁶⁵ e Distrito Federal e Territórios⁶⁶.

Tal posicionamento, ao que parece, parte de uma compreensão equivocada acerca das diferentes espécies de cláusula penal. Como demonstrado, na sistemática estabelecida pelo Código Civil de 2002, tanto a cláusula penal moratória quanto a compensatória possuem idêntica finalidade: prefixar a indenização devida em caso de inadimplemento contratual. O que as diferencia, na verdade, são as hipóteses de incidência; enquanto a cláusula penal moratória é

-
- IMPOSSIBILIDADE. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE CONCLUIU NÃO SE TRATAR DE CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAR ESSA CONCLUSÃO SEM NOVA INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 5 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Discute-se, nos autos, se a estipulação contratual de multa pelo atraso na entrega da obra tem natureza de cláusula penal moratória ou compensatória, hipótese em que excluída a possibilidade de indenização por perdas e danos em caráter cumulativo. 2. Impossível modificar a conclusão do Tribunal de origem quanto à natureza moratória ou compensatória da cláusula penal em destaque, tendo em vista a incidência da Súmula nº 5 do STJ. [...]” (BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Recurso Especial 1525348/DF. Recorrente: Valéria Chrystiane Rodrigues dos Santos e Outro. Recorrido: MRV Engenharia e Participações S.A. Relator Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma. Julgado em 14/02/2017. DJe 24/02/2017).
- ⁵⁹ Estado de Minas Gerais. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 1.0145.14.040140-0/001. Apelantes/Apelados: Sidimarcos José de Oliveira Júnior e API SPE 26 Planejamento e Desenvolvimento de Empreendimentos Imobiliários LTDA. Relatora Desembargadora Cláudia Maia. Décima Quarta Câmara Cível. Julgado em 02/02/2017. DJe 10/02/2017.
- Estado de Minas Gerais. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 1.0145.14.023985-9/001. Apelantes/Apelados: Roberta Helen da Silva e API SPE 26 Planejamento e Desenvolvimento de Empreendimentos Imobiliários LTDA. Relator Desembargador Alberto Henrique. Décima Terceira Câmara Cível. Julgado em 10/08/2017. DJe 18/08/2017.
- ⁶⁰ Estado de São Paulo. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 0020364-60.2013.8.26.0576. Apelante: Marcelo José Venâncio. Apelado: Cyte Magik Empreendimentos Imobiliários Ltda. Relator Desembargador Fábio Podestá. Quinta Câmara de Direito Privado. Julgado em 24/03/2015. DJe 31/03/2015.
- ⁶¹ Estado do Rio de Janeiro. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 0003873-75.2011.8.19.0209. Apelantes/Apelados: Leonardo Dias Pinto e PDG Realty S.A. Empreendimentos e Participações e Outros. Relatora Juíza de Direito Ana Célia Montemor Soares Rios Gonçalves. Vigésima Quarta Câmara Cível. Julgado em 31/01/2018. DJe 31/01/2018.
- ⁶² Estado do Rio Grande do Sul. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 70076978139. Apelante: CAPA Incorporadora Imobiliária Porto Alegre I SPE LTDA. Apelado: Gustavo Pinheiro Baptista. Relator Desembargador Pedro Celso Dal Pra. Décima Oitava Câmara Cível. Julgado em 30/08/2018. DJe 04/09/2018.
- ⁶³ Estado do Amazonas. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 0620162-88.2014.8.04.0001. Apelante: Gonder Incorporadora LTDA. e Outra. Apelado: Caroline Ribeiro Frota Moreira. Relator Desembargador Lafayette Carneiro Vieira Júnior. Primeira Câmara Cível. Julgado em 28/08/2016. DJe 13/09/2016 e Estado do Amazonas. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 0213236-30.2012.8.04.0001. Apelante: PDG – Poder de Garantir S.A. e Outra. Apelado: Roberto Rezende Campos. Relator Desembargador Paulo César Caminha e Lima. Primeira Câmara Cível. Julgado em 21/06/2015. DJe 06/07/2015.
- ⁶⁴ Estado do Sergipe. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 0029105-90.2016.8.25.0001. Apelantes/Apelados: Cleia Barbosa dos Santos e SPE Condomínio Vila Verde LTDA. e Outros. Relator Desembargador Alberto Romeu Gouveia Leite. Segunda Câmara Cível. Julgado em 22/08/2017. DJe 29/08/2017.
- ⁶⁵ Estado de Pernambuco. **Tribunal de Justiça**. Apelação 0011846-73.2014.8.17.0810. Apelante: Antonio Joaquim Alves. Apelado: Alphaville Urbanismo S.A. Relator Desembargador Frederico Ricardo de Almeida Neves. Primeira Câmara Cível. Julgado em 24/10/2017. DJe 03/11/2017.
- ⁶⁶ Distrito Federal. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 20140410012684. Apelantes/Apelados: MB Engenharia SPE 077 S.A. e Gabriel Igor da Silva. 1 Relatora designada Desembargadora Maria de Lourdes Abreu. Terceira Turma Cível. Julgado em 29/06/2016. DJe 13/07/2016, pág.: 202/214.

aplicada nos casos em que há inadimplemento relativo da obrigação (mora), a cláusula penal compensatória tem lugar nas hipóteses de inadimplemento absoluto.

Disso se conclui que a cláusula penal fixada para o caso de atraso na entrega de imóvel adquirido na planta, por tratar de caso de inadimplemento relativo (mora), havendo interesse do credor no cumprimento da obrigação pelo devedor (entrega do imóvel), deve sempre ser classificada como *moratória* – o que não modifica seu caráter de prefixação das perdas e danos decorrentes do inadimplemento.

A conclusão é reforçada quando se percebe que o parágrafo único artigo 416 do Código Civil, que estabelece a vedação de cumulação entre a cláusula penal e indenização suplementar (salvo quando pactuado em sentido diverso), não faz qualquer distinção entre as diferentes espécies de cláusula penal. Trata-se, portanto, de norma aplicável tanto à cláusula penal moratória quanto à cláusula penal compensatória.

A questão foi bem analisada pelo professor e desembargador Claudio Godoy, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do recurso de apelação no processo de autos n. 1020183-16.2015.8.26.0562⁶⁷.

Em primeiro lugar, o Desembargador destaca a necessidade de se atentar à natureza dos institutos mais que à nomenclatura utilizada pelas partes envolvidas, apontando a distinção entre as diferentes espécies de cláusula penal no que diz respeito à possibilidade de cumulação com a obrigação principal:

Neste sentido, irrelevante o *nomen iuris* dado pelas partes na avença se se pretendeu indenizar os prejuízos decorrentes do atraso na entrega do imóvel, de modo que, com a condenação ao pagamento dos lucros cessantes fundada na mesma causa, a multa realmente configuraria verdadeiro *bis in idem*. Quer dizer, descabe cláusula penal cumulada com a indenização requerida se ambas tem o mesmo fato gerador. Com efeito, certa a previsão do artigo 411 do Código Civil, repetindo a regra do artigo 919 do CC/16, no sentido de que a cláusula penal moratória possa ser exigida cumulativamente com prestação principal. Isto se explica pelo fato de que a cláusula penal moratória, afinal, se erige justamente diante de inadimplemento que não seja absoluto, assim em face da mora ou em segurança de alguma disposição específica. Significa que a prestação principal ainda é de viável cumprimento e ainda é útil ao credor, pelo que pode ser por ele exigida sem prejuízo da cláusula penal moratória, como o seria sem prejuízo, também, da indenização pelos prejuízos provocados pela mora.

Em seguida, e invocando robusta fundamentação doutrinária, destaca a impossibilidade de cumulação entre a cláusula penal moratória (isto é, decorrente do inadimplemento relativo) e indenização decorrente do mesmo fato gerador:

⁶⁷ Estado de São Paulo. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 1020183-16.2015.8.26.0562. Apelante: Alba Reis Passos Camara. Apelada: Construtora Tenda S.A. Relator Desembargador Claudio Godoy. Primeira Câmara de Direito Privado. Julgado em 03/05/2016. DJe 04/05/2016, grifo nosso.

Algo diferente é imaginar cumuláveis a cláusula penal moratória e a indenização moratória, note-se, decorrente da mesma infração que motiva a incidência daquela. Isto pressuporia admitir uma cláusula penal moratória que fosse exclusivamente sancionatória, despida de qualquer função ressarcitória, o que não parece se compadecer com a disciplina normativa da matéria.

Passando em revista a doutrina sobre o assunto, e mesmo que de modo crítico, reconhece Néelson Rosenvald, em obra monográfica, que se vem emprestando à cláusula penal uma dupla função, sancionatória, é certo, mas igualmente indenizatória, de sorte que também à cláusula penal moratória se empresta a função de “reparação pelo dano decorrente da mora.” (Cláusula penal. A pena privada nas relações negociais. Lumen Juris, 2007, p. 298). Sua proposta, aliás, é bem a de retomar uma função exclusivamente coercitiva e sancionatória à cláusula penal, de verdadeira pena, separando seu tratamento do que chama de “cláusula de perdas e danos”. Porém, adverte que o credor não poderia, mesmo assim, exigir a pena mais a indenização, cabendo-lhe optar, se quisesse, por cobrar perdas e danos, ao invés da pena porque, aí sim, não representativa de qualquer indenização (Op. cit, p. 122-123).

Orlando Gomes, a propósito, vai mais além e, diante da limitação do valor da cláusula penal (art. 412) e da possibilidade de redução pelo juiz (art. 413), defende que, hoje, a função ou o efeito intimidativo da cláusula penal se vê, nas suas palavras, muito “amortecido”, cedendo lugar a um **papel preponderantemente indenizatório, uma reparação fixada a forfait (Obrigações. Forense. 17ª ed., p. 190). A seu ver, a distinção entre as modalidades de cláusula penal, antes que na sua natureza, está na fundamentalmente no fenômeno diante do qual ela se convencionou: o inadimplemento absoluto, quando a cláusula penal é compensatória; a mora ou a infração a cláusula específica, quando moratória** (Op. cit., p. 191). Mas ressalva que, ao prever a cumulatividade para esta última situação, o que há, ainda, é uma indenização, de sorte que, “além do cumprimento da obrigação principal, assiste ao credor o direito a exigir do devedor que também lhe pague a indenização prefixada na **Na mesma senda, ainda à luz do art. 919 do CC anterior, Carvalho Santos assentava constituir-se a cláusula penal moratória em real indenização, no seu dizer “compensação do prejuízo sofrido pelo credor com a espera” ou “indenização das perdas e danos parciais resultantes do inadimplemento da cláusula violada”,** assim sem traduzir avaliação dos prejuízos decorrentes do inadimplemento total da obrigação que, possível e útil, podia como pode ser exigida cumulativamente com a exigência daquela penalidade (Código Civil brasileiro interpretado. Freitas Bastos. 5ª ed. v. XI. p. 332)

Portanto, não parece justificável estender-se a cumulatividade da cláusula penal moratória com a exigência da obrigação principal para a indenização que se admita de exigir em conjunto. Ao menos, como adverte Paulo Netto Lobo, posto que admitida esta cumulação, “se houver dano e for superior ao que se previu como cláusula penal, o credor terá que provar o prejuízo excedente. O valor global da indenização incluirá o da cláusula penal, ou seja, a pena não pode ser exigida fora do valor da indenização que vier a ser determinado judicialmente.” (Teoria geral do direito das obrigações. Saraiva, 2005. p. 306).

Existem precedentes, no próprio TJSP e em outros Tribunais Estaduais, que adotam orientação semelhante⁶⁸.

⁶⁸ Estado de São Paulo. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 1013957-46.2013.8.26.0309. Apelante: Galvao Bosques do Japi Desenvolvimento Imobiliario LTDA. Apelados: Luis MANOEL DA Luz Ramos e Outra. Relator Desembargador Eduardo Sá Pinto Sandeville. Sexta Câmara de Direito Privado. Julgado em 16/02/2017. DJe 20/02/2017.

Estado de São Paulo. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 1013957-46.2013.8.26.0309. Apelante: Galvao Bosques do Japi Desenvolvimento Imobiliario LTDA. Apelados: Luis MANOEL DA Luz Ramos e Outra. Relator Desembargador Eduardo Sá Pinto Sandeville. Sexta Câmara de Direito Privado. Julgado em 16/02/2017. DJe 20/02/2017.

Também é possível encontrar julgados que qualificam como compensatória a cláusula penal fixada para o caso de atraso na entrega da unidade (inadimplemento relativo)⁶⁹. E, como dito anteriormente, a natureza da cláusula penal não poderia ser revista no Superior Tribunal de Justiça, haja vista o entendimento de que tal configuraria reexame de cláusula contratual.

As múltiplas orientações existentes criaram cenário de absoluta insegurança jurídica para as empresas e para os consumidores; a depender do juiz ou Tribunal que analisasse a demanda proposta (ou do órgão colegiado dentro de um mesmo Tribunal) as soluções poderiam ser diametralmente opostas.

Foi o que levou à afetação do tema, no Superior Tribunal de Justiça, para julgamento na sistemática dos recursos repetitivos.

4 A (IM)POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO ENTRE A CLÁUSULA PENAL E INDENIZAÇÃO MATERIAL DECORRENTES DO ATRASO - O ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RECURSO REPETITIVO (TEMA 970)

4.1 OBSERVAÇÕES INTRODUTÓRIAS: O PAPEL DO STJ E A AFETAÇÃO DO TEMA 970

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC) adotou como uma de suas balizas a valorização dos precedentes judiciais. É possível dizer que “em sentido lato, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”⁷⁰. Sobretudo à luz das normas extraídas dos artigos 926 e 927⁷¹, nota-se que o Código reforçou a sistemática dos *precedentes de eficácia*

Estado de Minas Gerais. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 1.0000.16.086846-9/001. Apelante: Ouro Preto Incorporadora Ltda e Outra. Apelado: LEONARDO DA SILVA GARCIA e Outra. Relator Desembargador José Marcos Vieira. Décima Sexta Câmara Cível. Julgado em 03/05/2017. DJe 04/05/2017, grifo nosso.

⁶⁹ Estado de São Paulo. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 0004503-76.2013.8.26.0562. Apelante: Construtora Tenda S.A. e Outra. Apelada: Sandra Silva Araujo e Outra. Relator Desembargador Galdino Toledo Júnior. Nona Câmara de Direito Privado. Julgado em 08/03/2016; DJe 09/03/2016.

Estado do Rio de Janeiro. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 0014555-89.2011.8.19.0209. Apelantes/Apelados: Ecolife Recreio Empreendimentos Imobiliários S.A. e Jonas Ferreira Santana Outros. Relator Desembargador Francisco de Assis Peçanha Filho. Vigésima Quinta Câmara Cível. Julgado em 09/11/2016. DJe 11/11/2016.

⁷⁰ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER Junior, Fredie; Oliveira, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed., Salvador: Jus Podvim, 2015, p. 441.

⁷¹ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

vinculante ou obrigatória, que é aquele dotado de “eficácia vinculativa em relação aos casos que, em situações análogas, lhe forem supervenientes”⁷², dentre os quais se incluem as decisões proferidas em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, conforme previsto no inciso II do artigo 927.

Em matéria infraconstitucional, este papel é atribuído pela Constituição ao Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe julgar, em recurso especial, decisão proferida por Tribunal que “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”⁷³.

Compreendendo esta conjuntura, e considerando as centenas de milhares de demandas judiciais em todo o país que já haviam discutido ou ainda discutiam a possibilidade de cumulação entre a cláusula penal e indenização por lucros cessantes decorrentes do mesmo fato (o atraso na entrega da obra), é possível entender o que levou à afetação do Tema 970.

A decisão de afetação nos autos dos Recursos Especiais 1635428/SC e 1498484/DF foi proferida em julgamento colegiado da Segunda Seção em abril de 2017, quando prevaleceu o voto proferido pelo Ministro Relator Luis Felipe Salomão, no qual destacou o seguinte:

3. A questão jurídica a ser dirimida no presente processo cinge-se em definir acerca da possibilidade ou não de cumulação da indenização por lucros cessantes com a cláusula penal, nos casos de inadimplemento do vendedor em virtude do atraso na entrega de imóvel em construção objeto de contrato ou promessa de compra e venda. No caso concreto, o Tribunal de origem entendeu que a cláusula penal possui natureza compensatória, sendo inviável sua cumulação com lucros cessantes.

§2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, §1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores

⁷² BRAGA, Paula Sarno; DIDIER Junior, Fredie; Oliveira, Rafael Alexandria. Op. cit., p. 455.

⁷³ BRASIL. Constituição Federal. Art. 105, III, ‘c’. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 21 de outubro de 2019.

O consumidor ora recorrente, por sua vez, sustentou a possibilidade de cumulação da cláusula penal com a indenização por lucros cessantes em virtude do inadimplemento ao não entregar o imóvel, objeto de promessa de compra e venda, no prazo acordado. Na jurisprudência desta Corte Superior, encontram-se diversos julgados sobre essa controvérsia [...].

4. Dessa forma, considerando que há multiplicidade de processos com idêntica questão de direito a ser dirimida, evidenciando o caráter multitudinário da controvérsia, e que ascendem diariamente a esta Corte Superior, revela-se imperiosa a afetação do presente recurso especial como representativo da controvérsia, conjuntamente com o REsp 1.498.484/DF, nos termos do artigo 1.036, § 5º, do CPC/2015, para que sejam ambos julgados pela a Segunda Seção, pela sistemática dos recursos repetitivos, observadas as seguintes providências:

a) delimitação da seguinte tese controvertida: - Definir acerca da possibilidade ou não de cumulação da indenização por lucros cessantes com a cláusula penal, nos casos de inadimplemento do vendedor em virtude do atraso na entrega de imóvel em construção objeto de contrato ou promessa de compra e venda [...].

A questão submetida a julgamento foi assim delimitada:

Definir acerca da possibilidade ou não de cumulação da indenização por lucros cessantes com a cláusula penal, nos casos de inadimplemento do vendedor em virtude do atraso na entrega de imóvel em construção objeto de contrato ou promessa de compra e venda.

Indubitável o acerto do Tribunal ao decidir pela afetação da questão para julgamento pela sistemática dos recursos repetitivos.

Inexistem dúvidas quanto à relevância do tema, haja vista a multiplicidade de causas com idêntico objeto.

Além disso, restou cabalmente demonstrado, inclusive neste trabalho, a existência de forte divergência jurisprudencial a gerar cenário de imensa insegurança jurídica.

Isto posto, cabe tratar detalhadamente da decisão tomada pelo STJ no julgamento do recurso.

4.2 O JULGAMENTO DO RECURSO REPETITIVO E A TESE FIRMADA NO STJ

O Ministro Luis Felipe Salomão destacou em seu relatório que a demanda envolvia pretensão de indenização a título de danos morais e materiais em decorrência de atraso na entrega de imóvel adquirido na planta. O contrato celebrado entre as partes estabelecia multa de 0,5% (meio por cento) sobre o valor do contrato para cada mês de atraso até a averbação da conclusão da obra no Cartório competente.

No caso, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina afastou a possibilidade de cumulação entre a cláusula penal e indenização por perdas e danos decorrentes do mesmo fato, o que motivou a interposição do recurso especial no qual se alegava a violação de dispositivo de Lei Federal e a existência da divergência jurisprudencial, isto é, que a interpretação dada pelo

Tribunal de origem aos dispositivos legais aplicáveis divergia daquela firmada em outros Tribunais – inclusive no STJ.

O Ministério Público Federal, atuando na qualidade de fiscal da lei (*custos legis*) apresentou parecer opinando pela necessidade de reforma do acórdão recorrido, uma vez que “a cláusula penal tem caráter moratório, decorrente da não entrega do imóvel no prazo acordado, ao passo que as perdas e danos por lucros cessantes resultam de aspecto compensatório, o que evidencia a nítida natureza distinta das reparações”.

Houve a realização de audiência pública na qual foram ouvidos profissionais da área jurídica e econômica e representantes de entidades associativas. As principais questões suscitadas foram pontuadas no relatório, cabendo destacar os nomes dos professores Otavio Luiz Rodrigues Junior, Flavio Tartuce, José Fernando Simão, Sylvio Capanema, Gustavo Franco e Walter José Faiad.

Após tecer considerações acerca da atividade de incorporação imobiliária e de fazer menção aos dispositivos legais do Código Civil em torno dos quais girava a questão, o Ministro Relator ponderou:

Nesse passo, é consabido que a cláusula penal constitui pacto secundário acessório - uma condição - por meio do qual as partes determinam previamente uma multa (geralmente em pecúnia), consubstanciando indenização para o caso de inadimplemento absoluto ou de cláusula especial, hipótese em que se denomina cláusula penal compensatória. Ou ainda, como no presente caso, a cláusula penal pode ser estabelecida para prefixação de indenização por inadimplemento relativo (quando se mostrar útil o adimplemento, ainda que tardio, isto é, defeituoso), recebendo, assim, a denominação de cláusula penal moratória.

Dessarte, o estabelecimento da prefixação da multa no próprio contrato atende aos interesses de ambas as partes, incluindo o do devedor em mora, na medida em que inequivocamente propicia segurança jurídica às partes ao dispensar a prova do dano, muitas vezes onerosa e difícil, podendo levar até mesmo a litígios que devem ser dirimidos por juiz ou árbitro.

Foi justamente isto o que se disse no primeiro capítulo do presente trabalho.

A cláusula penal atende aos interesses do credor (parte inocente) porque comprovação da existência do dano e de sua extensão, por vezes, é tarefa complexa. Lado outro, considerando especificamente a atividade de incorporação imobiliária, a utilização da cláusula penal garante maior segurança e previsibilidade quanto a eventuais consequências do inadimplemento.

Em seguida, o Ministro também chama a atenção para a necessidade de que seja examinada a natureza do instituto jurídico, muito mais que a nomenclatura utilizada pelas partes.

Observa-se, por oportuno, que a natureza da cláusula penal não exige, para o seu estabelecimento, o emprego das expressões tradicionais (cláusula penal, pena

convencional ou multa). Ela existe e produz seus efeitos, desde que os interessados se sirvam desses e de outros termos equivalentes. Por outro lado, pode acontecer que não se trate de cláusula penal, embora os interessados assim o tenham expressado.

Com base nisso, reconhece que a natureza da cláusula penal prevista para o caso de atraso na entrega de imóvel adquirido na planta é *moratória*, sendo que sua finalidade é a de prefixação das perdas e danos decorrentes do inadimplemento relativo (mora ou atraso):

De fato, como é notório e bem exposto em audiência pública pelo jurista Sylvio Capanema de Souza, habitualmente, nos contratos de promessa de compra e venda, há cláusula estabelecendo multa que varia de 0,5% a 1% do valor total do imóvel a cada mês de atraso, pois representa o aluguel que o imóvel alugado, normalmente, produziria ao locador. [...]

Embora por dever lealdade não se desconheça haver alguns precedentes, um inclusive de minha relatoria - a grande maioria em sede de agravo interno, sem maior debate ou reflexão -, apontando a natureza de pena da cláusula moratória, na verdade, a sua natureza é eminentemente reparatória, ostentando, reflexamente, função dissuasória. [...]

A doutrina amplamente majoritária anota a natureza eminentemente indenizatória da cláusula penal moratória quando fixada de maneira adequada.

Observações semelhantes foram feitas pela Ministra Isabel Galloti em seu voto. Após concluir pela natureza moratória da cláusula penal, afirma o seguinte:

Dessa forma, a circunstância de a cláusula penal ser moratória implica seja ela cumulativa com a pretensão à prestação principal, o que não impede, todavia, tenha por escopo não apenas punir, mas também ressarcir o prejuízo sofrido pelo credor com a mora. Isso não se confunde com a função da cláusula compensatória, de compensar a inexecução absoluta e definitiva do contrato, sendo, portanto, inacumulável com a obrigação originalmente pactuada e com perdas e danos.

Parece indene de dúvidas que a prefixação, no contrato, de indenização por mês de atraso na entrega do imóvel não apenas pune a mora, mas também tem por escopo ressarcir o prejuízo causado ao credor durante o retardamento.

[...] a indenização mensal durante o período do atraso na entrega do imóvel compensa o prejuízo do credor pela privação do uso ou fruição do imóvel.

E arremata:

Nas cláusulas penais comumente estabelecidas nos contratos de incorporação imobiliária - com indenizações que variam entre 0,5% a 1% sobre o preço contratual do imóvel por mês de atraso - já encontram-se pré-fixadas eventuais perdas e danos advindos do descumprimento no prazo previsto para entrega do imóvel. Nesses casos, os lucros cessantes são pre-estimados na cláusula penal pactuada precisamente para o descumprimento do prazo de entrega. A cumulação, portanto, da cláusula penal com os lucros cessantes decorrentes meramente desse atraso na entrega implica, ao meu sentir, data maxima vênia, bis in idem.

Tais conclusões, mais uma vez, parecem acertadas – e vão ao encontro do que já havia sido defendido anteriormente no presente trabalho.

É inequívoco, à luz do regime jurídico estabelecido pelo Código Civil de 2002, que tanto a cláusula penal moratória quanto a cláusula penal compensatória possuem idêntica finalidade: a prefixação das perdas e danos decorrentes do inadimplemento.

A Lei não estabeleceu qualquer diferenciação entre as espécies de cláusula penal (moratória e compensatória) no que diz respeito à impossibilidade de sua cumulação com indenização suplementar – conforme norma extraída do já citado parágrafo único do artigo 416.

A diferenciação essencial entre elas, portanto, reside no que se pode chamar *hipótese de incidência*; enquanto a cláusula penal moratória tem lugar quando configurado o inadimplemento absoluto (convertendo-se em alternativa a critério do credor), a cláusula penal moratória incide nas situações de *inadimplemento relativo* – ou mora – e pode ser exigida em conjunto com a obrigação principal.

Assim, reafirmando o que foi dito no Capítulo 4, é certo que a cláusula penal fixada para o caso de atraso na entrega de imóvel adquirido na planta, por tratar de caso de inadimplemento relativo (mora), havendo interesse do credor no cumprimento da obrigação pelo devedor (entrega do imóvel), deve sempre ser classificada como *moratória* – o que não modifica seu caráter de prefixação das perdas e danos decorrentes do inadimplemento.

E ante o acerto das conclusões extraídas do voto do Ministro Relator, não se pode concordar com as objeções levantadas pela Ministra Nancy Andrighi em seu voto vencido. Após destacar uma série de precedentes do próprio STJ pela possibilidade de cumulação (entre a cláusula penal e lucros cessantes em decorrência do atraso), a Ministra pondera:

Não é desconhecida a possibilidade de alteração do posicionamento do Tribunal por ocasião da análise da matéria na sistemática dos recursos repetitivos. Todavia, penso que essa modificação de entendimento, sobretudo sob as lentes dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, deve ser levada a efeito com especial cautela, a exigir um maior ônus argumentativo, sendo reservada para as hipóteses em que houver divergências marcantes de posicionamento entre os julgadores ou quando surgirem novas circunstâncias fáticas capazes de influenciar na tomada de decisão.

Ora, a existência de precedentes com interpretação equivocada do texto legal (é esta a nossa visão) não pode servir de escudo para que se perpetue o equívoco. Não há previsibilidade, muito menos segurança, quando uma decisão judicial é proferida ao arrepio do ordenamento jurídico unicamente para preservar um entendimento prevalecente até então.

Não se trata, portanto, de não haver razão para a mudança de entendimento, como sustentou a Ministra; o fato é que o entendimento anterior (pela possibilidade de cumulação) sempre foi incompatível com o regime jurídico estabelecido pelo Código Civil. O *imperativo*

de justiça a justificar a modificação é a necessidade de adequação do entendimento da Corte – que se tornaria vinculante, como demonstrado – ao que estabelece o texto legal aplicável.

O Código de Processo Civil é claro ao estabelecer a possibilidade de modificação até mesmo de entendimento consolidado em enunciado sumular ou tese firmada em recurso repetitivo julgado anteriormente – artigo 927, §2º. Os precedentes, ainda que vinculantes, não são imutáveis ou insuperáveis, como se fossem cláusulas pétreas.

A este respeito, cabe invocar novamente as lições dos professores Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

Overruling é a técnica através da qual um precedente perde sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente. O próprio tribunal, que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o *overruling*. Essa substituição pode ser:

- (i) expressa (*express overruling*), quando um tribunal resolve, expressamente, adotar uma nova orientação, abandonando a anterior; ou
- (ii) tácita ou implícita (*implied overruling*), quando uma orientação é adotada em confronto com posição anterior, embora sem expressa substituição desta última. O *implied overruling* não é, porém, admitido no ordenamento brasileiro [...].

A possibilidade de mudança do entendimento é inerente ao sistema de precedentes judiciais. O dever de estabilidade da jurisprudência não impede a alteração do entendimento; ele impede alteração injustificada desse entendimento. A modificação do entendimento pode revelar-se um imperativo de justiça. Este é o ponto.

O ordenamento brasileiro prevê técnicas de superação de precedentes judiciais e dos enunciados sumulares a partir deles produzidos, embora não utilize a denominação que lhes é atribuída pelo direito anglo-saxônico⁷⁴.

Assim, se mesmo entendimentos firmados em recursos repetitivos ou até consolidados na Súmula podem ser modificados, com muito maior razão se admite a superação de posicionamento extraído de precedentes sem força vinculante.

Superadas estas questões, cabe destacar a relevante ressalva feita pelo Ministro Relator em seu voto:

No entanto, diferente seria a hipótese em que uma cláusula penal moratória, por ser condição a disciplinar a mora da incorporadora, objetivamente se mostrasse insuficiente, em vista do tempo em que veio a perdurar o descumprimento contratual, atraindo a incidência do princípio da reparação integral, insculpido no art. 944 do CC. [...]

De resto, a função social e econômica do contrato resguardam o equilíbrio econômico da avença, sendo imperioso mencionar o disposto no parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil de 2002, segundo o qual nenhuma convenção prevalecerá se vier - ainda que por circunstância superveniente verificada no decorrer da execução contratual (mora prolongada) - a contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por esse Códex.

Aliás, essa circunstância superveniente (mora prolongada que tornasse claramente insatisfatória a cláusula penal moratória avençada para prefixar o quantum, a fim de satisfazer o direito da parte aderente à reparação do dano negocial) atrairia também o disposto no art. 424 do CC, que estabelece que, nos contratos de adesão, são nulas as

⁷⁴ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER Junior, Fredie; Oliveira, Rafael Alexandria. Op. cit., p. 494-495.

cláusulas que impliquem em renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio (no caso, pactuação acessória para indenização de perdas e danos).

Sem dúvida, a utilização de cláusula penal em montante manifestamente insuficiente para a reparação dos prejuízos decorrentes do inadimplemento relativo configura manifesto abuso de direito vai de encontro aos princípios da eticidade, da boa-fé objetiva e da função social do contrato. E, no caso de relações jurídicas regidas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990), a cláusula pode ser considerada nula de pleno direito, com base no art. 51, IV da Lei Consumerista.

Por fim, a tese firmada no julgamento do recurso repetitivo de tema 970 foi a seguinte:

A cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação, e, em regra, estabelecida em valor equivalente ao locativo, afasta-se sua cumulação com lucros cessantes.

Com base em tudo quanto exposto no presente trabalho, imperioso concluir pelo acerto do Superior Tribunal de Justiça na análise da questão.

CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou examinar a questão referente à possibilidade ou não de cumulação entre a cláusula penal e indenização suplementar quando configurado o atraso na entrega de imóvel adquirido na planta, questão que foi objeto de centenas de milhares de demandas judiciais nos últimos anos. A partir disso, buscou-se percorrer um caminho lógico e coeso a fim de demonstrar o acerto do Superior Tribunal de Justiça ao firmar tese, em sede de recurso repetitivo, pela impossibilidade de tal cumulação.

Para tanto, restou evidente que a cláusula penal, quando prevista no contrato, é efeito do inadimplemento contratual. A distinção entre as modalidades de inadimplemento – absoluto ou relativo – se mostra importante, sobretudo, para a análise das diferenças entre as espécies de cláusula penal estabelecidas no Código Civil – moratória, incidente quando caracterizado o inadimplemento relativo (também chamado de mora) e compensatória, que tem lugar na hipótese de inadimplemento absoluto. A análise do regime jurídico do instituto no Código Civil permite concluir que tanto a cláusula penal moratória quanto a compensatória possuem finalidade precípua de prefixação das perdas e danos decorrentes do inadimplemento, sendo pertinente destacar a norma prevista no parágrafo único de seu artigo 416, aplicável tanto à cláusula penal moratória quanto à compensatória, e que veda expressamente que a parte

prejudicada pelo inadimplemento pleiteie indenização suplementar à cláusula penal se assim não houver sido expressamente convencionado.

Restou demonstrada a existência de intensa controvérsia jurisprudencial acerca da possibilidade ou não de cumulação entre a cláusula penal e a indenização suplementar. Foram apresentados precedentes de diversos Tribunais de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça, sendo possível encontrar entendimentos dissonantes acerca do tema. Em muitos casos, a cláusula penal prevista para o caso de atraso é qualificada como sendo compensatória, o que parece ser um equívoco acerca da natureza do instituto. A cláusula penal incidente na hipótese de atraso (mora), sempre será moratória, o que não afasta sua finalidade de prefixação das perdas e danos decorrentes do inadimplemento, compensando a parte prejudicada.

Por fim, após demonstrada a pertinência da afetação da questão no STJ para julgamento na sistemática dos recursos repetitivos, e retomando algumas premissas fixadas ao longo do trabalho, concluiu-se pelo acerto da tese fixada neste julgamento, que significou verdadeira mudança de orientação até então prevalecente na Corte Superior. Foram enfrentados e destacados trechos dos votos proferidos por ocasião do julgamento, sendo de especial importância o voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão, que inclusive reconheceu que o posicionamento ali adotado significava mudança no entendimento tantas vezes repetido na Corte sem análise mais aprofundada acerca dos institutos.

É inequívoco que a cláusula penal fixada para a hipótese de atraso deve ser qualificada como moratória – o que não lhe retira a finalidade de prefixação das perdas e danos decorrentes do inadimplemento contratual.

É bem verdade, entretanto, que isto somente ocorre quando fixada em patamar razoável em relação ao valor locatício do imóvel adquirido; caso contrário restaria configurado o abuso de direito e violação da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Em se tratando de relação de consumo, inclusive, a cláusula penal manifestamente irrisória e incompatível com a reparação dos prejuízos pode ser considerada nula de pleno direito, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

Como é natural, o trabalho não esgotou todas as possibilidades investigativas acerca do tema. Ainda assim, acredita-se que as premissas firmadas ao longo de seu desenvolvimento, a partir de exemplos e da invocação de pertinentes lições doutrinárias e até mesmo jurisprudenciais, sejam suficientes para demonstrar as razões que justificam a conclusão pela correção da tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso repetitivo de tema 970.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BDINE Jr, Hamid Charaf, *et al.* In: **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. Coordenador Cezar Peluso. 4. ed., Barueri: Manole, 2010.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER Junior, Fredie; Oliveira, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed., Salvador: Jus Podvim, 2015, p. 441.

Branco, Luiz Carlos. **Cláusula penal: o valor da cominação e a redução equitativa da pena**. 2010. 157 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

CASSETARI, Cristiano. **Multa contratual**. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CHALUB, Melhim. A promessa de compra e venda no contexto da incorporação imobiliária e os efeitos do desfazimento do contrato. In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 7/2016, p. 147 – 18, abr – jun/2016.

CUNHA, Raphael Augusto. **O inadimplemento na nova teoria contratual: o inadimplemento antecipado do contrato**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
doi:10.11606/D.2.2015.tde-11122015-083624. Acesso em: 2019-02-15.

FERNANDES, Artur Pires. **O perfil atual do distrato na promessa de compra e venda imobiliária**. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília, 2016.

Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas. **Nota Técnica**. São Paulo: 2017. Disponível em <https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/2019/01/Nota-T%C3%A9cnica_Atraso_Vers%C3%A3o-Final.pdf>. Acesso em 18 de outubro de 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. II: obrigações. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**, v.2: teoria geral das obrigações. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

HOLANDA, Daniela Moreira. **Da violação positiva do contrato**. 2009. Artigo científico (Pós-Graduação em Direito Civil) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/DanielaMoreiradeHolanda.pdf>. Acesso em 15 de fevereiro de 2019

KELETI, Daniel de Leitão. **Cláusula Penal no Código Civil**. 2007. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

LIMA, Bianca Saint'Clair. **Ascensão e queda nos preços do mercado imobiliário: análise comparativa no período de 2010 a 2017 no caso brasileiro**. Monografia (Bacharelado em Engenharia Civil – Escola Politécnica) – Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017.

MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. **Contornos do inadimplemento absoluto, da mora e do adimplemento substancial: principais características e distinções**. 2008. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil - Vol. V - Tomo II**, 2ª edição. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5605-9/>

MONTEIRO, Antonio Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Lisboa: Almedina, 1999.

MONTEIRO, Antonio Pinto. Responsabilidade contratual: cláusula penal e comportamento abusivo do credor. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n.26, 2004, p. 166-179.

OZENDA, Fernanda de Pessoa Albuquerque. **A ascensão do mercado de crédito imobiliário no Brasil e o boom dos preços dos imóveis – uma comparação com a situação americana na crise de 2008**. Monografia (Departamento de Economia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, v.1: Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil**. 23. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, v.2: teoria geral das obrigações**, 29. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RABAY, Arthur. Da cláusula penal. **Revista Síntese: direito empresarial**. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 35, p. 64–80, nov./dez., 2013.

REIS JUNIOR, Antonio dos Reis. **A promessa de compra e venda de imóveis: os efeitos do inadimplemento em perspectiva civil-constitucional**. São Paulo: Almedina, 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano**. 1ª ed. em e-book baseada na 10. ed. impressa, rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Cláusula penal: natureza e função no direito romano. In: **O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual**. 1 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

SALLES, Pedro Amaral. **A função coercitiva da cláusula penal e uma crítica ao art. 412 do Código Civil de 2002**. São Paulo: Almedina, 2014.

SICA, Maria Isabel Carvalho. **Inadimplemento antecipado**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2014.tde-06032015-123748. Acesso em: 2018-12-08.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v.2.: direito das obrigações e responsabilidade civil. 9. ed., São Paulo: Método, 2014.

TRECE, Juliana Carvalho da Cunha. **Ainda em recessão, a construção recua para o nível de 10 anos atrás**. Disponível em <<https://blogdoibre.fgv.br/posts/ainda-em-recessao-construcao-recua-para-o-nivel-de-10-anos-atras>>. Acesso em 19 de outubro de 2019.

ZIMMERMANN, Reinhard. **The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition**. Londres: Oxford University Press, 1996.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS E JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 21 de outubro de 2019.

BRASIL. Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 21 de outubro de 2019.

BRASIL. Lei nº. 13.105 de 16 de março de 2015: **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 21 de outubro de 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Interno no Recurso Especial 1610303/SE. Recorrente: Diego Santos Doria. Recorrido: Norcon Sociedade Nordestina de Construções e Outros. Relator Desembargador Convocado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região Lazaro Guimarães. Quarta Turma. Julgado em 08/02/2018. DJe 16/02/2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Recurso Especial 1525348/DF. Recorrente: Valéria Chrystiane Rodrigues dos Santos e Outro. Recorrido: MRV Engenharia e Participações S.A. Relator Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma. Julgado em 14/02/2017. DJe 24/02/2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 1355554/RJ. Recorrente: GAFISA S/A. Recorridos: Tânia Barreto Simões Correia e Outro. Relator. Ministro Sidnei Beneti. Terceira Turma. Julgado em 06/12/2012. DJe 04/02/2013. RDDP vol. 121 p. 160. RSTJ vol. 230 p. 613.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 1665550/BA. Recorrente: Agra Empreendimentos Imobiliários S.A. e Outras. Recorrido: Emanuel Eduardo Paula de Medeiros. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Terceira Turma. Julgado em 09/05/2017. DJe 16/05/2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**: Institucional – Atribuições. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Atribuicoes>>. Acesso em 21 de outubro de 2019.

Distrito Federal. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 20140410012684. Apelantes/Apelados: MB Engenharia SPE 077 S.A. e Gabriel Igor da Silva. 1 Relatora designada Desembargadora Maria de Lourdes Abreu. Terceira Turma Cível. Julgado em 29/06/2016. DJE 13/07/2016, pág.: 202/214.

Distrito Federal. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 20150710114980. Apelante: MRV Prime Top Taguatinga II Incorporações Imobiliárias LTDA. Apelados: Paulo Sergio Medeiros de Paula e Outro. Relator: Designado Desembargador Romulo de Araujo Mendes. Primeira Turma Cível. Julgado em 16/03/2016. DJE 22/04/2016, pág.: 142-156.

Distrito Federal. **Tribunal de Justiça**. Embargos Infringentes 20120110877428. Embargante: Paloma Segovia Tobias Michel. Embargado: Maison Incorporacao e Edificacao SPE Ltda. Relator Desembargador Silva Lemos. Primeira Câmara Cível. Julgado em 02/05/2016. DJe 23/05/2016, p. 121.

Distrito Federal. **Tribunal de Justiça**: Núcleo de Gerenciamento de Precedentes. Informações disponíveis em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/gerenciamento-de-precedentes/irdr/irdr-s-admitidos>>. IRDR 2. Acesso em 21 de outubro de 2019.

Estado de Minas Gerais. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 1.0000.16.086846-9/001. Apelante: Ouro Preto Incorporadora Ltda e Outra. Apelado: LEONARDO DA SILVA GARCIA e Outra. Relator Desembargador José Marcos Vieira. Décima Sexta Câmara Cível. Julgado em 03/05/2017. DJe 04/05/2017.

Estado de Minas Gerais. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 1.0145.14.040140-0/001. Apelantes/Apelados: Sidimarcos José de Oliveira Júnior e API SPE 26 Planejamento e Desenvolvimento de Empreendimentos Imobiliários LTDA. Relatora Desembargadora Cláudia Maia. Décima Quarta Câmara Cível. Julgado em 02/02/2017. DJe 10/02/2017.

Estado de Minas Gerais. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 1.0145.14.023985-9/001. Apelantes/Apelados: Roberta Helen da Silva e API SPE 26 Planejamento e Desenvolvimento de Empreendimentos Imobiliários LTDA. Relator Desembargador Alberto Henrique. Décima Terceira Câmara Cível. Julgado em 10/08/2017. DJe 18/08/2017.

Estado de Pernambuco. **Tribunal de Justiça**. Apelação 0011846-73.2014.8.17.0810. Apelante: Antonio Joaquim Alves. Apelado: Alphaville Urbanismo S.A. Relator Desembargador Frederico Ricardo de Almeida Neves. Primeira Câmara Cível. Julgado em 24/10/2017. DJe 03/11/2017.

Estado de São Paulo. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 1013957-46.2013.8.26.0309. Apelante: Galvao Bosques do Japi Desenvolvimento Imobiliario LTDA. Apelados: Luis MANOEL DA Luz Ramos e Outra. Relator Desembargador Eduardo Sá Pinto Sandeville. Sexta Câmara de Direito Privado. Julgado em 16/02/2017. DJe 20/02/2017.

Estado de São Paulo. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 0004503-76.2013.8.26.0562. Apelante: Construtora Tenda S.A. e Outra. Apelada: Sandra Silva Araujo e Outra. Relator

Desembargador Galdino Toledo Júnior. Nona Câmara de Direito Privado. Julgado em 08/03/2016; DJe 09/03/2016, grifo nosso.

Estado de São Paulo. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 0020364-60.2013.8.26.0576. Apelante: Marcelo José Venâncio. Apelado: Cyte Magik Empreendimentos Imobiliários Ltda. Relator Desembargador Fábio Podestá. Quinta Câmara de Direito Privado. Julgado em 24/03/2015. DJe 31/03/2015.

Estado de São Paulo. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 1020183-16.2015.8.26.0562. Apelante: Alba Reis Passos Camara. Apelada: Construtora Tenda S.A. Relator Desembargador Claudio Godoy. Primeira Câmara de Direito Privado. Julgado em 03/05/2016. DJe 04/05/2016.

Estado de São Paulo. **Tribunal de Justiça**. Apelação nº. 1101982-12.2015.8.26.0100. Apelante: Celso Luiz Pereira de Souza. Apelados: Marcio Giordano Panico ME e Marcelo Giordano Panico. Relator Desembargador Hugo Crepaldi. São Paulo, 31 de julho de 2018. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11659435&cdForo=0>>. Acesso em 7 de março de 2019.

Estado de São Paulo. **Tribunal de Justiça**: Núcleo de Gerenciamento de Precedentes. Informações disponíveis em <<http://www.tjsp.jus.br/Nugesp/Irdrr/DetailTema?codigoNoticia=51082&pagina=1>>. “Tema 4 – IRDR – Compromisso – Imóvel – Atraso – Multa – Indenização – Taxa – Restituição”. Acesso em 21 de outubro de 2019.

Estado do Amazonas. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 0213236-30.2012.8.04.0001. Apelante: PDG – Poder de Garantir S.A. e Outra. Apelado: Roberto Rezende Campos. Relator Desembargador Paulo César Caminha e Lima. Primeira Câmara Cível. Julgado em 21/06/2015. DJe 06/07/2015.

Estado do Amazonas. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 0620162-88.2014.8.04.0001. Apelante: Gonder Incorporadora LTDA. e Outra. Apelado: Caroline Ribeiro Frota Moreira. Relator Desembargador Lafayette Carneiro Vieira Júnior. Primeira Câmara Cível. Julgado em 28/08/2016. DJe 13/09/2016.

Estado do Rio de Janeiro. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 0003873-75.2011.8.19.0209. Apelantes/Apelados: Leonardo Dias Pinto e PDG Realty S.A. Empreendimentos e Participações e Outros. Relatora Juíza de Direito Ana Célia Montemor Soares Rios Gonçalves. Vigésima Quarta Câmara Cível. Julgado em Julgamento: 31/01/2018. DJe 31/01/2018.

Estado do Rio de Janeiro. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 0014555-89.2011.8.19.0209. Apelantes/Apelados: Ecolife Recreio Empreendimentos Imobiliários S.A. e Jonas Ferreira Santana Outros. Relator Desembargador Francisco de Assis Peçanha Filho. Vigésima Quinta Câmara Cível. Julgado em 09/11/2016. DJe 11/11/2016.

Estado do Rio Grande do Sul. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 70076978139. Apelante: CAPA Incorporadora Imobiliária Porto Alegre I SPE LTDA. Apelado: Gustavo Pinheiro

Baptista. Relator Desembargador Pedro Celso Dal Pra. Décima Oitava Câmara Cível. Julgado em 30/08/2018. DJe 04/09/2018.

Estado do Sergipe. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 0029105-90.2016.8.25.0001. Apelantes/Apelados: Cleia Barbosa dos Santos e SPE Condomínio Vila Verde LTDA. e Outros. Relator Desembargador Alberto Romeu Gouveia Leite. Segunda Câmara Cível. Julgado em 22/08/2017. DJe 29/08/2017.