

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

ANA JULIA FARINA BRUNELLI

**CLÁUSULA PENAL NOS CONTRATOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA
E POSSIBILIDADE DE INVERSÃO CONTRA INCORPORADOR EM MORA**

Porto Alegre
2018

ANA JULIA FARINA BRUNELLI

**CLÁUSULA PENAL NOS CONTRATOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA
E POSSIBILIDADE DE INVERSÃO CONTRA INCORPORADOR EM MORA**

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito Privado e
Processo Civil da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul como requisito parcial para obtenção
do grau de Bacharel.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Tula
Wesendonck

Porto Alegre
2018

ANA JULIA FARINA BRUNELLI

**CLÁUSULA PENAL NOS CONTRATOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA
E POSSIBILIDADE DE INVERSÃO CONTRA INCORPORADOR EM MORA**

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito Privado e
Processo Civil da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul como requisito parcial para obtenção
do grau de Bacharel.

Aprovado em 07 de dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dr^ª. Tula Wesendonck (Orientadora)

Prof^ª. Dr^ª. Lisiane Feiten Wingert Ody

Prof^ª. Dr^ª. Simone Tassinari Cardoso Fleischmann

*À minha família, por sempre me apoiar incondicionalmente em meus objetivos.
Ao Francis, pelo carinho e pela força ao longo destes anos.
Aos meus amigos, pelo suporte em todos os momentos.
À minha orientadora, pela preocupação e dedicação para o melhor direcionamento desta monografia.*

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo a compreensão dos elementos centrais ao debate instaurado pela jurisprudência brasileira sobre a possibilidade de reconhecimento, pelo Poder Judiciário, de inversão da cláusula penal moratória em face da incorporadora, quando estipulada no contrato de incorporação imobiliária somente contra o adquirente de fração ideal no empreendimento. O estudo aborda a cláusula penal sob o ponto de vista conceitual, funcional e da natureza jurídica de suas modalidades, bem como a sua inserção nos contratos de incorporação imobiliária. A pesquisa compara os direitos e deveres das partes envolvidas no negócio jurídico da incorporação imobiliária. O texto analisa, também, interpretações judiciais diversas a respeito aplicabilidade do instituto nas relações privadas, quando omissa nos contratos para uma das partes. São expostos quatro grupos de argumentos utilizados em decisões judiciais, favoráveis e contrários à inversão da cláusula moratória em face do incorporador, os quais são analisados à luz dos ensinamentos doutrinários.

Palavras-chave: Cláusula Penal Moratória. Incorporação Imobiliária. Inversão.

ABSTRACT

This work aims to understand the core elements of the debate instated by the Brazilian Jurisprudence about the possibility for the Judicial Branch to recognize the inversion of the penalty clause against the developer when stipulated in the real estates development agreement (“*Contrato de Incorporação Imobiliária*”) only to the acquirer of the ideal fractions of the building. The study deals with penalty clause from the standpoint of its concepts, functions and types, as it deals with its insertion in the real estates development agreement (“*Contrato de Incorporação Imobiliária*”). The research compares the rights and the duties of the contracting parties involved in the real estate business. The text analyzes as well different legal interpretations related to the possibility of bilateral applicability of the institute when it is omitted for one of the parties. Four groups of arguments used in judgments are exposed, in favor or against the penalty clause’s inversion to the detriment of the developer, which are analyzed according to the legal literature understandings.

Keywords: Penalty Clause. Real State Development. Inversion.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I CLÁUSULA PENAL: ASPECTOS GERAIS	9
1.1 CARACTERIZAÇÃO E DISTINÇÕES NECESSÁRIAS	9
1.1.1 Conceito	9
1.1.2 Natureza Jurídica e Funções.....	12
1.1.3 Distinções necessárias entre as espécies de cláusula penal.....	15
1.2 CLÁUSULA PENAL NOS CONTRATOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA..	19
1.2.1 Breve caracterização dos contratos de incorporação imobiliária	19
1.2.2 Previsão de cláusula penal no contexto dos contratos imobiliários.....	25
CAPÍTULO II INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA NOS CONTRATOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA	29
2.1 TEMA REPETITIVO Nº 971 DO STJ E DEBATE INSTAURADO NA JURISPRUDÊNCIA.....	29
2.2 POSICIONAMENTOS DA JURISPRUDÊNCIA	33
2.2.1 Razões favoráveis à inversão da cláusula penal.....	34
2.2.1.1 Equivalência material, boa-fé objetiva e função social dos contratos	34
2.2.1.2 Cláusula abusiva em contrato de adesão.....	39
2.2.2 Razões contrárias à inversão da cláusula penal.....	43
2.2.2.1 Autonomia da vontade e força vinculante dos contratos	43
2.2.2.2 Inaplicabilidade da mesma cláusula penal para obrigações diferentes	48
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

Com a grande concorrência existente no mercado imobiliário e as instabilidades econômicas experimentadas no Brasil nas últimas décadas, tem sido crescente a massificação das relações comerciais no âmbito das incorporações imobiliárias, em que são estimulados, cada vez mais, os negócios de compra e venda de imóveis na planta, dadas as ofertas com condições atrativas de preço e promessas de prazos reduzidos para a conclusão das obras.

Contudo, não raramente as incorporadoras se deparam com problemas de falta de mão de obra, atraso na expedição de habite-se, embargos à execução das obras por órgãos administrativos, intempéries ou até mesmo a falta de recursos financeiros para dar continuidade às construções, deixando de cumprir com os prazos estipulados nos contratos celebrados com os adquirentes das unidades autônomas compromissadas, que se veem compelidos a buscar, através do Poder Judiciário, o ressarcimento pelos prejuízos sofridos com a mora inesperada para recebimento dos imóveis.

Neste ínterim, em diversas demandas de indenização por danos materiais, ajuizadas em face das incorporadoras, visando suprir as perdas experimentadas no período em que passaram na expectativa de recebimento até a efetiva imissão na posse dos imóveis, adquirentes passaram a requerer a incidência de encargos dispostos em cláusulas com previsão expressa nos contratos somente para a hipótese de mora dos promitentes compradores, sob o entendimento de que, uma vez ausentes no instrumento penalidades para a parte adversa, seria justificada a aplicação indistinta daquelas para ambos os polos contratantes.

Tendo em vista que a possibilidade de inversão da cláusula penal nos contratos de incorporação imobiliária é, até o momento, objeto de amplo debate jurisprudencial, cuja solução poderá gerar efeitos de importante relevância econômico-social e modificar substancialmente a forma como são estabelecidas as relações contratuais entre adquirentes e incorporadores atualmente, a proposta do presente trabalho é compreender a complexidade da temática a partir da análise dos argumentos utilizados em julgamentos dos mais variados órgãos e instâncias judiciais, tanto favoráveis, como contrários à medida.

Para se atingir tal compreensão, no primeiro capítulo deste trabalho proceder-se-á à análise da cláusula penal, do ponto de vista conceitual, funcional e da natureza jurídica deste instituto, bem como se exporá as principais distinções entre as modalidades

existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, se fará uma breve exposição a respeito do negócio jurídico da incorporação imobiliária e a contextualização da cláusula penal usualmente disposta nos contratos de promessa de compra e venda que o compõem.

No segundo capítulo, serão expostas algumas decisões proferidas por juízos diversos ao julgarem procedentes, ou improcedentes, as pretensões de inversão da cláusula penal em face das incorporadoras, entre elas os acórdãos recorridos através dos Recursos Especiais nº 1.614.721/DF e nº 1.631.485/DF, cujo julgamento foi afetado ao rito dos recursos repetitivos do Superior Tribunal de Justiça, sob o Tema 971, com vistas à uniformização da jurisprudência sobre o assunto.

Por fim, se analisará os argumentos mais relevantes encontrados nos julgados expostos para decidir sobre a questão central deste trabalho, buscando-se compreender, à luz da doutrina e de opiniões de especialistas no assunto, o cabimento das soluções propostas em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

Salienta-se que, em razão da escassa produção doutrinária específica sobre o problema central deste trabalho, serão utilizados na sua construção entendimentos retirados de audiência pública de doutrinadores reconhecidos perante o Superior Tribunal de Justiça.

CAPÍTULO I CLÁUSULA PENAL: ASPECTOS GERAIS

1.1 CARACTERIZAÇÃO E DISTINÇÕES NECESSÁRIAS

1.1.1 Conceito

A legislação brasileira não traz o conceito do instituto da cláusula penal, tendo o Código Civil se limitado a descrevê-lo em seu Art. 408,¹ o que atribuiu à doutrina o encargo de desenvolver sua definição. Como leciona Judith Martins-Costa, o legislador assim preferiu para que a noção de multa contratual, como também é chamada, fosse gradativamente construída, na medida em que se revelassem suas funções desempenhadas nas relações negociais.²

Em vista disso, a concepção que com maior frequência adota a doutrina é de que a cláusula penal é uma convenção acessória, estipulada nos negócios jurídicos para que uma ou ambas as partes da relação se obriguem à satisfação de uma sanção pecuniária, ou obrigação alternativa de dar, fazer ou não fazer que possa ser valorada economicamente, em caso de inexecução da obrigação originária.³

Em seu Tratado de Direito Privado, Pontes de Miranda classifica a pena negocial como promessa condicional de prestação, haja vista se tratar de prestação a que alguém se compromete submeter no caso de não cumprir uma obrigação, ou não o fazer satisfatoriamente, dispensando o credor da prestação de comprovar seus prejuízos em decorrência do inadimplemento. Desta forma, a cláusula penal incide ainda que nenhum dano tenha, de fato, ocorrido.⁴

Sendo assim, entende-se que a pena convencional visa reforçar o pacto obrigacional por meio da fixação de prestação, via de regra pecuniária, alternativa à basilar contratual, que passa a ser devida a partir da mora ou do inadimplemento desta última.⁵ Diz-se alternativa porque representa a faculdade do credor de poder exigir uma

¹ CC. Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

² MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil: Do Inadimplemento das Obrigações**. Volume V, Tomo II. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 409.

³ CASSETARI, Cristiano. **Multa Contratual: Teoria e Prática da Cláusula Penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 52.

⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Coleção Tratado de Direito Privado: Parte Especial**, Tomo XXVI. Atualizado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 147.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. 2: Teoria Geral das Obrigações. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 415.

das prestações pactuadas, não se podendo confundir cláusula penal com obrigação de natureza alternativa, pois no caso da primeira, se a obrigação principal vier a perecer por razão não imputável ao devedor, a multa contratual também desaparecerá.⁶

Como pacto acessório, dada sua dependência da obrigação principal para que não somente exista, mas também tenha eficácia, a multa contratual unicamente passa a ser exigível a partir da inexecução, completa ou não, ou da mora no adimplemento de determinada obrigação.⁷ Tão inegável é seu caráter acessório que dispõe o Art. 409 do Código Civil que a cláusula penal, seja estipulada conjuntamente com a obrigação, seja em ato posterior, refere-se à inexecução de uma obrigação prevista no negócio jurídico celebrado.⁸ Portanto, inexistindo a obrigação, não poderá existir qualquer multa contratual que a reforce. Nas palavras de Nelson Rosenvald, ainda que o CC2002 não tenha repetido o texto do Art. 922 do Código Civil de 1916,⁹ a cláusula penal, invariavelmente, segue a sorte da obrigação principal.¹⁰

Além do mais, por não poder ser ajustada em momento anterior ao pacto convencionado entre as partes, ou seja, tão-só podendo ser estipulada concomitantemente à obrigação principal ou em momento posterior, em instrumento aditivo, a pena convencional deve observar a forma do negócio jurídico ao qual está condicionada.¹¹ E, aprofundando este entendimento, parte da doutrina entende, ainda, que é imprescindível a pactuação da cláusula penal na forma expressa, visto que, admitindo-se seu caráter punitivo, não é razoável aplicá-la quando disposta somente implícita ou tacitamente entre as partes.¹²

A cláusula penal, para além de ser retratada como mero pacto acessório, também pode ser qualificada como obrigação facultativa exigível pelo credor. Embora no ato inicial de manifestação de vontades das partes seja objetivada uma prestação específica, ao restar configurado o incumprimento desta, caso previamente ajustado, revela-se um

⁶ FERRIANI, Carlos Alberto. Da Cláusula Penal. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 55, p. 133 – 165, jan./mar. 2012.

⁷ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal: A Pena Privada nas Relações Negociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 35.

⁸ CC. Art. 409. 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.

⁹ CC/1916. Art. 922. A nulidade da obrigação imporá a da cláusula penal.

¹⁰ ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 37.

¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Coleção Tratado de Direito Privado: Parte Especial**, Tomo XXVI. Atualizado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 150.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. 2: Teoria Geral das Obrigações. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 145.

meio alternativo ao devedor para que se liberte da dívida, este representado pelo adimplemento da multa contratual.¹³

Todavia, o atributo facultativo da pena convencional é exclusivo de sua manifestação na modalidade compensatória, visto que, neste caso, o ordenamento jurídico não admite que o credor exija, simultaneamente, o cumprimento da obrigação principal e a pena, diferentemente da espécie moratória, a qual pressupõe o adimplemento cumulativo da prestação essencial do negócio e da sanção econômica aplicável na hipótese de sua execução tardia ou defeituosa.¹⁴

Um ponto importante a ser esclarecido quando se trata da cláusula penal é que, dependendo da forma como se dá o descumprimento do devedor, seja em razão do retardamento da satisfação da obrigação, seja pelo inadimplemento desta, tem basicamente duas finalidades, não únicas, mas distintas entre si: no primeiro caso, a multa contratual se presta a constranger aquele que incorre em mora, com uma prestação pecuniária adicional acrescida à prestação principal; no segundo, supre a obrigação descumprida através de fixação prévia de perdas e danos em favor do prejudicado da relação obrigacional.¹⁵

No Código Civil pátrio, a cláusula penal é disciplinada nos Arts. 408 a 416. Saliente-se que nem toda multa existente no ordenamento jurídico se pode chamar cláusula penal, mas apenas as marcadas pelo caráter convencional.¹⁶

Pode ser estipulada em grande parte dos negócios jurídicos, incluídos os unilaterais, o que demonstra que não é, necessariamente, exclusividade das relações contratuais. No entanto, para que seja válida, deve sempre ser observada a natureza jurídica da obrigação que a pena convencional visa garantir, haja vista sua previsão ser vedada em determinadas hipóteses, como nos casos em que se demonstrar excessiva, ou quando visar restringir direitos fundamentais¹⁷ e/ou ofender lei de ordem pública,¹⁸

¹³ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal: A Pena Privada nas Relações Negociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 43.

¹⁴ Ibidem. p. 46.

¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. vol. 2: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 367.

¹⁶ CASSETARI, Cristiano. **Multa Contratual: Teoria e Prática da Cláusula Penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 51.

¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil: Do Inadimplemento das Obrigações**. Volume V, Tomo II. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 414.

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol 2: Teoria Geral das Obrigações. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 144.

devendo estar em harmonia com os preceitos da função social dos contratos, do equilíbrio entre as prestações das partes e da boa-fé objetiva.¹⁹

1.1.2 Natureza Jurídica e Funções

O processo de identificação da natureza jurídica da cláusula penal engloba, invariavelmente, o complexo de funções que exerce nas relações negociais, sendo quase indissociável do seu conceito e das finalidades as quais se propõe cumprir. Este é o entendimento adotado por Rubens Limongi França, que apresenta uma tríplice feição desta “entidade dinâmica da vida sócio-jurídica, como o autor refere, que engloba, simultaneamente, as funções de reforço, pré-avaliação de danos e, em casos excepcionais, pena, sobre os atos jurídicos aos quais atinge.”²⁰

Grande parte da doutrina contemporânea se filia a esta classificação, reconhecendo, contudo, somente dupla funcionalidade da pena convencional, qualificando-a como meio coercitivo do devedor para cumprir a prestação obrigacional e como pré-fixação de perdas e danos, colocando a função punitiva como secundária a estas.²¹

Analisando-se cada uma das funções referidas, inicialmente, destaque-se a função ressarcitória da cláusula penal, que nada mais é do que uma estimativa de dano convencional entre as partes com o objetivo de antever a consequência aplicável a eventual inexecução da obrigação. É solução alternativa ao pleito ao judicial de perdas e danos, que dispensa o credor de comprovar a lesão patrimonial sofrida, devido ao fato de que a quantificação do prejuízo é acordada antecipadamente pelas partes, como critério objetivo para determinar a exigibilidade de indenização pelo descumprimento do negócio.²²

Trata-se, portanto, do que muitos chamam pré-avaliação do dano, cujo pagamento é compulsório e não pressupõe prejuízo para que seja exigível.²³ Preleciona Cristiano Chaves Farias que esta função

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. 2: Teoria Geral das Obrigações. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 141.

²⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e Prática da Cláusula Penal**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 157.

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. vol. 2: Teoria Geral das Obrigações. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 416.

²² MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil: Do Inadimplemento das Obrigações**. Volume V, Tomo II. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 416.

²³ FRANÇA, Rubens Limongi. Op. cit., p. 157.

[...] tem, por conseguinte, a vantagem de evitar a penosa - e muita vez de grande dificuldade prática - tarefa de liquidar o dano causado pelo descumprimento obrigacional, motivo pelo qual se dispensa, inclusive, a comprovação de qualquer prejuízo.²⁴

Tem-se, também, a função de garantia da execução do débito, dada ao credor a faculdade de exigir o implemento da obrigação ou, quando consolidado o inadimplemento, a prestação pecuniária que lhe corresponda.²⁵

Trata-se do que Judith Martins-Costa nomeia coação indireta do devedor²⁶ e Rubens Limongi França chama reforço da obrigação principal,²⁷ exercida preventivamente pelo credor com o fim de garantir o cumprimento de prestações provindas de negócios de risco. Isto porque, mesmo que se entenda ter a pena o escopo de pré-fixação de perdas e danos ou de sanção coercitiva, será sempre interesse primordial do credor na celebração de um negócio jurídico a possibilidade de reforço do cumprimento da prestação que lhe é devida.²⁸

A função penal, por sua vez, é exigível daquele que transgride à ordem contratual, bem como à ordem jurídica.²⁹ Contudo, emerge somente nas circunstâncias em que o credor pode exigir do devedor, cumulativamente, a prestação principal e a satisfação da pena convencional. Serve como forma de punição da parte que retarda o cumprimento do negócio convencional e rompe a confiança existente entre os integrantes da relação obrigacional.³⁰

Aqui repousa importante distinção entre os efeitos da cláusula penal compensatória e da cláusula penal moratória, que serão tratadas a seguir, visto que somente esta última viabiliza a exigência simultânea da satisfação da pena cominada e da obrigação principal da relação negocial, nos termos do Art. 411 do Código Civil,³¹ razão pela qual a punitividade da pena convencional somente se revela no caso de execução em mora da obrigação.

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves. Miradas sobre a Cláusula Penal no Direito Contemporâneo. **Revista dos Tribunais**, v. 797, p. 43 – 59, mar. 2002.

²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol 2: Teoria Geral das Obrigações. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 141.

²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil: Do Inadimplemento das Obrigações**. Volume V, Tomo II. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 417.

²⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e Prática da Cláusula Penal**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 157.

²⁸ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal: A Pena Privada nas Relações Negociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 49.

²⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. Op. cit., p. 157.

³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 419.

³¹ CC. 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.

Há vertente doutrinária com o entendimento de que a cláusula penal deve ter, necessariamente, caráter coercitivo, propondo a distinção entre a cláusula penal propriamente dita, que tem intuito compulsório de obrigar uma parte ao cumprimento de seu dever contratual, e a cláusula penal meramente indenizatória, que tem por escopo a fixação antecipada dos danos. Tal concepção é importada do direito comparado, visto que esta distinção é adotada nos direitos anglo-americano (*penalty clause vs liquidated damages clause*), alemão (*Vertragsstrafe vs Schadensersatzpauschalierung*), francês (*clause pénale vs clause de dommages-intérêts*) e italiano (*clausola penale vs liquidazione convenzionale del danno*).³²

Como se vê, não são uníssonas as opiniões doutrinárias sobre o desempenho funcional da cláusula penal nas relações privadas, algumas entendendo pela primazia da multa como liquidação de perdas e danos, outras ressaltando seu caráter estimulador do cumprimento da obrigação. A tendência atualmente se dá, cada vez mais, no sentido conciliatório, que sustenta a multiplicidade de funções discerníveis em uma única pena negocial.³³

Entretanto, há ainda quem defenda que a atribuição de múltiplas funções à cláusula penal pode dificultar a determinação das normas aplicáveis ao instituto, uma vez que cada funcionalidade atrai regras diferentes para cada fenômeno jurídico.³⁴

Seguindo a lição de Carlos Alberto Ferriani, há pouca importância constatar se existe prevalência de uma função sobre a outra, ou se são desempenhadas simultaneamente, pois a preocupação imediata da cláusula penal deve ser, de fato, resguardar o atendimento e o equilíbrio dos interesses particulares do negócio jurídico, sendo esta sua finalidade essencial.³⁵

³² MONTEIRO, Antônio Pinto. Responsabilidade Contratual: Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor. **Revista do EMERJ**, v. 7, n. 26, 2004. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_165.pdf. Acesso em: 16 nov. 2018.

³³ KONDER, Carlos Nelson. Arras e Cláusula Penal nos Contratos Imobiliários. **Revista dos Tribunais**, v. 5, p. 83-104, mar./abr. 2014.

³⁴ KONDER, Carlos Nelson. PAULA, Marcos de Souza. A Função da Cláusula Penal Moratória nos Contratos de Compra e Venda de Imóvel na Planta: perigos de uma generalização. **Revista Forense**, v. 422, p. 9-72, 2016.

³⁵ FERRIANI, Carlos Alberto. Da Cláusula Penal. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 55, p. 133-165, jan./mar. 2012.

1.1.3 Distinções necessárias entre as espécies de cláusula penal

O Código Civil, em seus Arts. 410³⁶ e 411, faz alusão a duas espécies de multa contratual, sendo uma estipulada tendo em vista o descumprimento total da obrigação e outra com a finalidade de punir o devedor em mora, que prevê a inexecução relativa do pacto.

Existe, ainda, a possibilidade de se estipular multa contratual para as circunstâncias de execução imperfeita ou insatisfatória da prestação, que não têm previsão legal, mas são reconhecidas pela doutrina, e, por vezes, podem se confundir com a modalidade moratória por dizerem respeito ao tempo e ao modo de realização da obrigação.³⁷

Dada esta exposição inicial, encontram-se as primeiras modalidades no Art. 409 do Código Civil³⁸, pela leitura do qual infere-se que a cláusula penal que se refere à inexecução completa da obrigação é compensatória, e a que se remete à mora no cumprimento é, por óbvio, moratória. Todavia, o dispositivo também faz menção à cláusula estipulada pelo descumprimento de cláusula especial. Boa parte da doutrina entende que, nesta última hipótese, a pena não pode ser relacionada a uma ou a outra modalidade de imediato, cabendo analisar cada negócio jurídico concreto para verificar se trata-se de multa contratual substitutiva ou cumulativa da obrigação consubstanciada na cláusula infringida.³⁹

Isto porque, levando-se em conta o princípio da confiança, apesar de não ocorrer descumprimento total do negócio, caso este contenha cláusula com tamanha relevância que sua inobservância venha a acarretar a frustração das expectativas legítimas do credor, a conduta do devedor somente será remediável através de compensação completa da obrigação.⁴⁰

Veja-se que a incidência da cláusula penal compensatória pressupõe que o devedor deixe de efetuar uma prestação em sua totalidade. Sendo assim, nesta hipótese,

³⁶ CC. 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.

³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol 2: Teoria Geral das Obrigações. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 146.

³⁸ CC. Art. 409. 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.

³⁹ CASSETARI, Cristiano. **Multa Contratual: Teoria e Prática da Cláusula Penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 67.

⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil: Do Inadimplemento das Obrigações**. Volume V, Tomo II. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 435.

somente se configura o suporte fático da previsão caso o credor não tenha recebido a prestação, nem mesmo com atraso ou defeito de execução.⁴¹

Desta forma, não ocorrendo o adimplemento da obrigação que a cláusula penal resguarda, é oportunizado ao credor escolher entre a execução desta, caso não tenha perecido seu objeto, ou o cumprimento da prestação acessória.⁴² Não é dado à parte prejudicada pelo inadimplemento exigir ambas as prestações, principal e acessória, haja vista ser objetivo desta última suprir o inadimplemento da primeira.⁴³ Do contrário, se estaria admitindo enriquecimento sem causa por um sujeito da relação, e causando excessiva onerosidade a outro.⁴⁴

Nada impede, contudo, que, optando pela perseguição do seu interesse primário judicialmente e restando esta tentativa frustrada, o credor possa formular pedido sucessivo para obter a tutela da pretensão subsidiária, na forma do Art. 326 do Código de Processo Civil.^{45,46}

A vedação à cumulatividade da obrigação principal com indenização suplementar, pela previsão de cláusula penal compensatória, é excetuada quando expressamente convencionada entre as partes esta possibilidade, o que se pode retirar da leitura do parágrafo único do Art. 416 do Código Civil.⁴⁷ Configurada esta hipótese, a pena convencional estabelece o valor compensatório mínimo, ficando a cargo do credor comprovar o prejuízo que for excedente.⁴⁸

Importa salientar, também, que, quando se refere ao inadimplemento completo da obrigação, para se atribuir natureza compensatória à cláusula penal, não significa que deve ser constatada infração dos deveres constantes na totalidade das cláusulas de um contrato. Assim como algumas disposições contratuais podem referir-se a obrigações secundárias ou anexas ao negócio jurídico, cujo descumprimento pouco impacta o

⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil: Do Inadimplemento das Obrigações**. Volume V, Tomo II. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 427.

⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol 2: Teoria Geral das Obrigações. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 147.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 442.

⁴⁵ Art. 326. É lícito formular mais de um pedido em ordem subsidiária, a fim de que o juiz conheça do posterior, quando não acolher o anterior.

⁴⁶ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal: A Pena Privada nas Relações Negociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 56.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 148.

interesse legítimo do credor, existem determinadas prestações cuja violação, unicamente, é suficiente à inviabilização do negócio jurídico.⁴⁹

No tocante à cláusula penal moratória, prevista no Art. 411 do Código Civil, destina-se a punir o devedor em mora. Neste sentido, nas hipóteses em que o devedor deixa de realizar no prazo estabelecido a prestação, sendo possível executá-la posteriormente, a penalidade surte seus efeitos, autorizado ao credor requerer cominadamente a obrigação principal e o pacto acessório,⁵⁰ porque a mora acarreta dano que não deixa de existir mesmo que cumprida a prestação original posteriormente.⁵¹

Ressalte-se que a mora não se entende exclusivamente pelo retardamento no adimplemento, mas também o cumprimento em desacordo com a forma e o lugar convencionados pelas partes para realização no negócio jurídico.⁵²

São diversas as hipóteses em que alude a pena convencional à falta oportuna na execução da obrigação, tanto relativa ao tempo de realização, quanto à forma e ao local, podendo-se exigir-la na forma de pagamento de soma fixa ou percentual sobre o valor da prestação inadimplida, determinar sanção de forma continuada ou sucessiva, a exemplo da multa por dia de descumprimento, e estipular a resolução do negócio condicionada ao lapso de prazo determinado para a satisfação do débito.⁵³

Como se vê, a principal distinção entre as modalidades apresentadas é que ambas atraem regimes jurídicos diversos: a exigência da cláusula penal moratória se conjuga com a da obrigação principal, pois o descumprimento relativo desta não extingue o interesse principal do credor; já a cláusula penal compensatória substitui o interesse útil do credor, visto que a possibilidade de se promover a prestação original deixa de existir com o inadimplemento. Ou seja, a primeira é prevista para o abalo do vínculo obrigacional, enquanto a segunda é estipulada para a ocorrência de perecimento da própria obrigação.⁵⁴

Por conseguinte, a opção do credor pela cláusula penal compensatória da inexecução da prestação, imediatamente desautoriza-o da possibilidade de postular

⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil: Do Inadimplemento das Obrigações**. Volume V, Tomo II. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 430.

⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol 2: Teoria Geral das Obrigações. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 146.

⁵¹ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal: A Pena Privada nas Relações Negociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 58.

⁵² FERRIANI, Carlos Alberto. Da Cláusula Penal. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 55, p. 133-165, jan./mar. 2012.

⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 148.

⁵⁴ OLIVA, Milena Donato. A cláusula penal compensatória estipulada em benefício do consumidor e o direito básico à reparação integral. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 105, p. 273-294, mai./jun. 2016.

indenização pelas perdas e danos, por força do princípio *electa una via non datur regressus ad alteram*, a não ser que venha a comprovar excesso de prejuízo, quando este superar o valor da pena fixada no negócio, ou que seja convencionada entre as partes a possibilidade da aplicação da multa sem prejuízo de eventual ressarcimento dos danos.⁵⁵

Porém, identificar-se, em cada caso, de qual das espécies se está tratando pode ser tarefa complexa. O intérprete, durante o processo hermenêutico de qualificação do instituto, deve levar em consideração a terminologia adotada pelas partes para se referirem à pena e observar o valor da multa quando comparada ao montante da obrigação que visa resguardar, que, via de regra, na cláusula penal compensatória será aproximado do *quantum* estimado para a prestação original e, na multa moratória, será restrito a montante não superior a 10% do valor da obrigação, ou não superior a 2% para relação de consumo.⁵⁶

Apesar da eventual dificuldade da distinção das modalidades, não deve restar dúvida quanto à finalidade da cláusula penal, ou seja, concluir se pretende substituir ou complementar a obrigação principal, visto que tal distinção implicará na vedação, ou não, à cumulatividade da multa com a execução específica da prestação. No mais, para cada circunstância será mais evidente determinada função, dado que, segundo a doutrina e a jurisprudência, à pena substitutiva é atribuído o caráter mais indenizatório, e sobre a pena cumulativa prevalece a função punitiva.⁵⁷

Cabe abrir, aqui, parêntese para ressaltar que a dúvida quanto à previsão de uma ou outra espécie de pena convencional e, conseqüentemente, sobre a possibilidade de cumular a prestação acessória pactuada com indenização, não afeta a incidência de retribuição por danos morais, visto que assegurada constitucionalmente, não cabendo ao legislador, e muito menos aos privados, no exercício de sua autonomia negocial, dispor sobre tal limitação. No mesmo sentido, ficam excluídos da regra da não cumulatividade a atualização monetária, os juros e os honorários advocatícios, uma vez que a cláusula penal compensatória diz respeito somente ao provimento dos eventuais danos ocasionados pelo inadimplemento.⁵⁸

Por fim, conclui-se esta caracterização da cláusula penal e breve abordagem das

⁵⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. Da Cláusula Penal no Direito do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 49, p. 77-104, jan./mar. 2004.

⁵⁶ KONDER, Carlos Nelson. Arras e Cláusula Penal nos Contratos Imobiliários. **Revista dos Tribunais**, v. 5, p. 83-104, mar./abr. 2014.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ KONDER, Carlos Nelson. Arras e Cláusula Penal nos Contratos Imobiliários. **Revista dos Tribunais**, v. 5, p. 83-104, mar./abr. 2014.

modalidades reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, atentando para a importância da atividade do intérprete na aferição, quando restar duvidosa, da finalidade das partes no plano concreto, uma vez que é a chave para que seja aplicada a penalidade negocialmente pactuada em conformidade com os preceitos da função social nos negócios jurídicos, o equilíbrio entre as partes da relação obrigacional e a boa-fé objetiva. Muito mais do que identificar a espécie de multa convencionada entre os particulares, e qualificar o regime jurídico adequado às consequências práticas que pretende resguardar, como bem ensina Nelson Rosenvald, “é com base nos resultados interpretativos que se produzirão os efeitos do negócio jurídico”.⁵⁹

1.2 CLÁUSULA PENAL NOS CONTRATOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

1.2.1 Breve caracterização dos contratos de incorporação imobiliária

A incorporação imobiliária é negócio jurídico, tipificado na Lei nº 4.591/64, com as alterações dadas pelas Leis nº 4.864/65 e 10.931/2004, que tem por finalidade a construção de edificações compostas por unidades autônomas, voltadas à comercialização através de promessa ou venda de frações ideais de terrenos, sob regime condominial, a múltiplos promitentes ou compradores, na forma de projeto aprovado por autoridade administrativa competente e memorial descritivo devidamente arquivado no Registro de Imóveis.⁶⁰

O contrato de promessa ou venda na incorporação imobiliária é bilateral (sinalagmático), porque gera obrigações para ambos contratantes; oneroso, ante a existência de vantagens e benefícios para as partes; consensual, pois sua formação não fica adstrita a qualquer solenidade ou requisito formal, ainda que se celebre por escrito de modo a se fixarem as obrigações e direitos das partes, e se efetue o registro de documentos necessários à incorporação e se averbe os atos alienatórios das unidades autônomas para amparar os interessados; de execução sucessiva, porque a prestação do incorporador se dá por uma série de atos periódicos e contínuos que se desenvolvem até a conclusão da obra e a individualização das unidades aos adquirentes; e, muitas vezes,

⁵⁹ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal: A Pena Privada nas Relações Negociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 113.

⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 661.

de adesão, por não permitir ao adquirente modificar substancialmente os termos do acordo.⁶¹

O negócio jurídico da incorporação imobiliária é complexo e constitui-se de diversos atos que se conjugam com o fim de cumprir a função social e econômica da incorporação, que transcende o direito individual de cada adquirente de unidade autônoma, tendo como objeto o interesse coletivo de todos compradores e a totalidade da edificação. Enquanto o incorporador se obriga à realização, por si ou por terceiro empreiteiro, da construção das unidades imobiliárias em edificação coletiva e transmitir a posse e a propriedade destas aos seus adquirentes, estes últimos se obrigam a pagar o preço delas.⁶²

Cumprido salientar que nesta modalidade de negócio jurídico, devem ser registrados, no Registro de Imóveis competente, tanto os atos referentes à organização da incorporação e à transmissão de propriedade imobiliária, como os correspondentes à constituição de direitos reais sobre o imóvel incorporado.⁶³

A propriedade do incorporador incidente sobre o terreno passa por um fenômeno de mutação, ao passo que sofre um processo de fragmentação em frações ideais, correspondentes às áreas das unidades autônomas e às áreas da edificação que têm vocação para uso comum, as quais ele se obriga a transmitir a cada adquirente individualmente ao final da construção do empreendimento.

Tais efeitos se operam em etapas sucessivas até a conclusão da edificação e a transferência definitiva das unidades aos seus respectivos adquirentes, com a constituição de condomínio sobre as áreas de uso comum e a averbação da obra no Registro de Imóveis. Assim, a propriedade do incorporador sobre o terreno vai dando espaço a uma nova propriedade imobiliária, que é dividida por um conjunto de pessoas - as adquirentes - vinculadas ao condomínio edilício formado na incorporação.⁶⁴

Cabe, aqui, referir que, ainda que não esteja arrolado explicitamente entre os atos que configuram relações de consumo, o contrato de incorporação imobiliária a eles se equipara porque o Código de Defesa do Consumidor, em seu Art. 3º, § 1º⁶⁵, define bem

⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Incorporação Imobiliária. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 4, p. 9-18, jul./dez. 1979.

⁶² CHALHUB, Melhim Namem. O Contrato de Incorporação Imobiliária sob a Perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 50, p. 92-135, jan./jun. 2001.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ CDC. Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação,

imóvel como produto, e a comercialização de produtos é uma das atividades que caracteriza a figura do fornecedor, conforme também prevê o referido dispositivo. Assim, nas hipóteses em que o adquirente é destinatário final do imóvel, e não apenas investidor, o qual adquire imóvel para a manutenção da sua atividade econômica ou para lucrar com sua locação, se reconhece a relação de consumo com o incorporador, incidindo sobre o negócio jurídico, neste caso, também as regras protetivas da lei consumerista. Ressalte-se que mesmo que o incorporador não exerça, diretamente, a atividade de construção, é dele a atribuição de coordená-la, razão pela qual responde solidariamente com o construtor pela obra.⁶⁶

Os deveres das partes podem ser extraídos do exame das sanções estabelecidas a cada uma pela Lei nº 4.591/64, da seguinte maneira: o adquirente deve cumprir os deveres que a lei e o contrato lhe impuserem, sendo sua obrigação principal o pagamento das prestações do preço, na forma e nos prazos avençados, podendo o instrumento contratual conter previsão de multa, juros moratórios e correção monetária em caso de não cumprimento.

Pela legislação em pauta, a sanção mais grave que pode sofrer o adquirente inadimplente é a resolução do contrato. Entretanto, a Lei nº 4.591/64, no Art. 63,⁶⁷ permite ao incorporador estipular disposição contratual que autorize a Comissão de Representantes do negócio jurídico a intimar o devedor no prazo de 10 dias para liquidar seu débito, sob pena de ter sua fração ideal de terreno e unidade autônoma levadas a leilão público, através do qual o arrematante fica sub-rogado nos direitos da parte inadimplente, dando-se por rescindido o contrato em sua integralidade com o promitente comprador. Isso se dá pelo reconhecimento do legislador que o procedimento judicial de resolução contratual, por conta da demora, prejudica o fluxo de caixa da incorporação imobiliária e a execução do projeto condominial, que não podem ser interrompidos ou defasados do ritmo da construção.⁶⁸

construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

⁶⁶ CHALHUB, Melhim Namem. O Contrato de Incorporação Imobiliária sob a Perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 50, p. 92-135, jan./jun. 2001.

⁶⁷ Lei nº 4.591/61. Art. 63. É lícito estipular no contrato, sem prejuízo de outras sanções, que a falta de pagamento, por parte do adquirente ou contratante, de 3 prestações do preço da construção, quer estabelecidas inicialmente, quer alteradas ou criadas posteriormente, quando fôr o caso, depois de prévia notificação com o prazo de 10 dias para purgação da mora, implique na rescisão do contrato, conforme nêle se fixar, ou que, na falta de pagamento, pelo débito respondem os direitos à respectiva fração ideal de terreno e à parte construída adicionada, na forma abaixo estabelecida, se outra forma não fixar o contrato.

⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Incorporação Imobiliária. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 4, p. 9-18, jul./dez. 1979.

Saliente-se que, no caso de ocorrência do leilão supramencionado, fica assegurada ao consumidor inadimplente a restituição das parcelas pagas, deduzidas do saldo remanescente da alienação do imóvel, forte no Art. 53 do Código de Defesa do Consumidor,⁶⁹ que veda a cláusula contratual que impõe a perda total do montante adimplido pelo promissário comprador.

Quanto às responsabilidades do incorporador, são maiores em comparação às do adquirente, razão pela qual também são mais graves as consequências pelo inadimplemento das suas obrigações, como se verá a seguir.⁷⁰

São obrigações legais do incorporador, dispostas na Lei n^o 4.591/64, consoante leciona Maria Helena Diniz:⁷¹

- a) inscrever a incorporação no Registro de Imóveis (Art. 32)⁷²;
- b) fixar o prazo de carência previsto, nos termos preliminares de ajuste da incorporação (Art. 34, *caput*);⁷³
- c) decorrido o prazo de carência, confirmar as vendas das frações ideais em até 60 dias. Não havendo previsão de carência, conta-se o prazo a partir da data de qualquer ajuste preliminar (Art. 35, § 1^o);⁷⁴
- d) concluir o contrato de incorporação indicando no instrumento o número do registro de incorporação, o nome dos responsáveis pelo custeio da obra, a existência de ônus real ou fiscal, ou de ocupação do imóvel, o modo de pagamento do preço da construção e o custo da fração ideal do terreno (Arts.

⁶⁹ CDC. Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

⁷⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit.

⁷¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 666 - 668.

⁷² Lei n^o 4.591/64. Art. 32. O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos:

⁷³ Lei n^o 4.591/64. Art. 34. O incorporador poderá fixar, para efetivação da incorporação, prazo de carência, dentro do qual lhe é lícito desistir do empreendimento.

⁷⁴ Lei n^o 4.591/64. Art. 35. O incorporador terá o prazo máximo de 45 dias, a contar do termo final do prazo de carência, se houver, para promover a celebração do competente contrato relativo à fração ideal de terreno, e, bem assim, do contrato de construção e da Convenção do condomínio, de acordo com discriminação constante da alínea "i", do art. 32. (Vide Lei n^o 4.864/65 que altera o prazo máximo concedido ao incorporador para 60 (sessenta) dias) § 1^o No caso de não haver prazo de carência, o prazo acima se contará da data de qualquer documento de ajuste preliminar.

35, § 6º,⁷⁵ 37,⁷⁶ 38,⁷⁷ 39,⁷⁸ 40⁷⁹ e 41⁸⁰);

- e) dar regular andamento à obra e, havendo prazo de entrega das unidades e preço certos, cumprir os deveres previstos no Art. 43, incisos I a IV;⁸¹
- f) providenciar a averbação da construção e a elaboração do instrumento de condomínio, quando da conclusão da obra (Art. 44 e parágrafos),⁸²
- g) zelar pelo patrimônio de afetação, promovendo todos os atos necessários à boa administração e preservação do mesmo (Art. 31-D, incisos I a VIII,

⁷⁵ Lei nº 4.591/64. Art. 35. (...) § 6º Ressalvado o disposto no artigo 43, do contrato de construção deverá constar expressamente a menção dos responsáveis pelo pagamento da construção de cada uma das unidades. O incorporador responde, em igualdade de condições, com os demais contratantes, pelo pagamento da construção das unidades que não tenham tido a responsabilidade pela sua construção assumida por terceiros e até que o tenham.

⁷⁶ Lei nº 4.591/64. Art. 37. Se o imóvel estiver gravado de ônus real ou fiscal ou se contra os alienantes houver ação que possa comprometê-lo, o fato será obrigatoriamente mencionado em todos os documentos de ajuste, com a indicação de sua natureza e das condições de liberação.

⁷⁷ Lei nº 4.591/64. Art. 38. Também constará, obrigatoriamente, dos documentos de ajuste, se fôr o caso, o fato de encontrar-se ocupado o imóvel, esclarecendo-se a que título se deve esta ocupação e quais as condições de desocupação.

⁷⁸ Lei nº 4.591/64. Art. 39. Nas incorporações em que a aquisição do terreno se der com pagamento total ou parcial em unidades a serem construídas, deverão ser discriminadas em todos os documentos de ajuste: I - a parcela que, se houver, será paga em dinheiro; II - a quota-parte da área das unidades a serem entregues em pagamento do terreno que corresponderá a cada uma das unidades, a qual deverá ser expressa em metros quadrados.

⁷⁹ Lei nº 4.591/64. Art. 40. No caso de rescisão de contrato de alienação do terreno ou de fração ideal, ficarão rescindidas as cessões ou promessas de cessão de direitos correspondentes à aquisição do terreno.

⁸⁰ Lei nº 4.591/64. Art. 41. Quando as unidades imobiliárias forem contratadas pelo incorporador por preço global compreendendo quota de terreno e construção, inclusive com parte de pagamento após a entrega da unidade, discriminar-se-ão, no contrato, o preço da quota de terreno e o da construção.

⁸¹ Lei nº 4.591/64. Art. 43. Quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, mesmo quando pessoa física, ser-lhe-ão impostas as seguintes normas: I - informar obrigatoriamente aos adquirentes, por escrito, no mínimo de seis em seis meses, o estado da obra; II - responder civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários, dos prejuízos que a estes advierem do fato de não se concluir a edificação ou de se retardar injustificadamente a conclusão das obras, cabendo-lhe ação regressiva contra o construtor, se fôr o caso e se a este couber a culpa; III - em caso de falência do incorporador, pessoa física ou jurídica, e não ser possível à maioria prosseguir na construção das edificações, os subscritores ou candidatos à aquisição de unidades serão credores privilegiados pelas quantias que houverem pago ao incorporador, respondendo subsidiariamente os bens pessoais deste; IV - é vedado ao incorporador alterar o projeto, especialmente no que se refere à unidade do adquirente e às partes comuns, modificar as especificações, ou desviar-se do plano da construção, salvo autorização unânime dos interessados ou exigência legal; V - não poderá modificar as condições de pagamento nem reajustar o preço das unidades, ainda no caso de elevação dos preços dos materiais e da mão-de-obra, salvo se tiver sido expressamente ajustada a faculdade de reajustamento, procedendo-se, então, nas condições estipuladas;

⁸² Lei nº 4.591/64. Art. 44. Após a concessão do "habite-se" pela autoridade administrativa, o incorporador deverá requerer, (VETADO) a averbação da construção das edificações, para efeito de individualização e discriminação das unidades, respondendo perante os adquirentes pelas perdas e danos que resultem da demora no cumprimento dessa obrigação. § 1º Se o incorporador não requerer a averbação (VETADO) o construtor requerê-la-á (VETADO) sob pena de ficar solidariamente responsável com o incorporador perante aos adquirentes. § 2º Na omissão do incorporador e do construtor, a averbação poderá ser requerida por qualquer dos adquirentes de unidade.

acrescido pela Lei nº 10.931/2004);⁸³

- h) responder pelos prejuízos que causar ao patrimônio de afetação (Art. 31-A, § 2º, acrescido pela Lei nº 10.931/2004).⁸⁴

Já as obrigações contratuais do incorporador consistem em:

- a) transferir, como vendedor ou procurador do dono do terreno, a fração ideal alienada;
- b) firmar escritura definitiva de venda das frações ideais do terreno, transmitindo o domínio, se já o havia prometido para venda ou permuta, com a condição de que o adquirente cumpra o integral pagamento do preço da construção. Uma vez recusado pelo incorporador o cumprimento deste dever, pode o comprador recorrer à adjudicação compulsória, caso a promessa de compra e venda esteja devidamente inscrita no registro imobiliário, em razão do direito real existente sobre o imóvel adquirido;
- c) promover a construção do edifício dividido em unidades autônomas, seja o incorporador o próprio construtor, seja a obra realizada sob regime de empreitada ou administração com engenheiro/empresa de engenharia, estabelecendo o plano da obra e, eventualmente, as condições da construção;
- d) entregar aos adquirentes, devidamente averbadas, as unidades que compraram. A transferência de propriedade do imóvel ocorre com a averbação do contrato de alienação à margem do registro da incorporação.

⁸³ Lei nº 4.591/64. Art. 31-D. Incumbe ao incorporador: (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004) I - promover todos os atos necessários à boa administração e à preservação do patrimônio de afetação, inclusive mediante adoção de medidas judiciais; (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004) II - manter apartados os bens e direitos objeto de cada incorporação; (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004) III - diligenciar a captação dos recursos necessários à incorporação e aplicá-los na forma prevista nesta Lei, cuidando de preservar os recursos necessários à conclusão da obra; (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004) IV - entregar à Comissão de Representantes, no mínimo a cada três meses, demonstrativo do estado da obra e de sua correspondência com o prazo pactuado ou com os recursos financeiros que integrem o patrimônio de afetação recebidos no período, firmados por profissionais habilitados, ressalvadas eventuais modificações sugeridas pelo incorporador e aprovadas pela Comissão de Representantes; (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004) V - manter e movimentar os recursos financeiros do patrimônio de afetação em conta de depósito aberta especificamente para tal fim; (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004) VI - entregar à Comissão de Representantes balancetes coincidentes com o trimestre civil, relativos a cada patrimônio de afetação; (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004) VII - assegurar à pessoa nomeada nos termos do art. 31-C o livre acesso à obra, bem como aos livros, contratos, movimentação da conta de depósito exclusiva referida no inciso V deste artigo e quaisquer outros documentos relativos ao patrimônio de afetação; e (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004) VIII - manter escrituração contábil completa, ainda que esteja desobrigado pela legislação tributária. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004).

⁸⁴ Lei nº 4.591/64. Art. 31-A. A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004).

Não tendo efetuado o incorporador tal registro, pode o adquirente rescindir o contrato, pela impossibilidade de transmissão da propriedade ou de constituição de direito real.

Sem prejuízo da condenação ao pagamento de indenizações por danos morais e materiais causados, pode o incorporador responder penalmente por crime contra a economia popular, nas hipóteses previstas no Art. 65 da Lei nº 4.591/64⁸⁵ e por contravenções penais relativas à economia popular, puníveis na forma do Art. 10 da Lei nº 1.521/51.^{86,87}

O contrato de incorporação imobiliária se extingue nas hipóteses de inadimplemento de obrigação essencial à realização do negócio jurídico por um dos contraentes, de atraso no pagamento das prestações do preço, de ocorrência de fatos de força maior ou caso fortuito, por distrato ou por execução do contrato.⁸⁸

1.2.2 Previsão de cláusula penal no contexto dos contratos imobiliários

Como se sabe, mesmo que, no ato de celebração do contrato, as partes esperem, uma da outra, que conjuguem os melhores esforços para a satisfação das prestações às quais se comprometeram cumprir, a possibilidade de inadimplemento por uma delas não é ignorada quando da elaboração do negócio, muito menos desconhecida do direito. Nesse sentido, o descumprimento contratual é regulado pelo direito privado, de tal forma que o ordenamento jurídico dispõe de instrumentos que implicam em sanções de natureza patrimonial ao devedor, tais como a indenização por perdas e danos, os juros, a atualização monetária e os honorários advocatícios, disciplinada pelo Art. 389 do Código Civil,⁸⁹ bem como a possibilidade da parte prejudicada pelo inadimplemento resolver o contrato ou a retenção da prestação até a execução da obrigação.⁹⁰

⁸⁵ Lei nº 4.591/64. Art. 65. É crime contra a economia popular promover incorporação, fazendo, em proposta, contratos, prospectos ou comunicação ao público ou aos interessados, afirmação falsa sobre a construção do condomínio, alienação das frações ideais do terreno ou sobre a construção das edificações.

⁸⁶ Lei nº 1.521/51. Art. 10. Terá forma sumária, nos termos do capítulo V, título II, livro II, do Código de Processo Penal, o processo das contravenções e dos crimes contra a economia popular, não submetidos ao julgamento pelo Júri.

⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 668-670.

⁸⁸ *Ibidem*. p. 670.

⁸⁹ CC. 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.

⁹⁰ KONDER, Carlos Nelson. Arras e Cláusula Penal nos Contratos Imobiliários. **Revista dos Tribunais**, v. 5, p. 83-104, mar./abr. 2014.

Contudo, para evitar o enfrentamento das questões atinentes ao inadimplemento contratual perante o Poder Judiciário, dada a demora e o custo do processo judicial, além da incerteza de provimento da tutela pretendida e o grau de discricionariedade dos órgãos julgadores, os contratantes exercem a autonomia negocial dispondo sobre os efeitos de eventual descumprimento já na celebração do contrato. A cláusula penal é produto desta autonomia e representa a antecipação dos danos decorrentes de possível inexecução de prestações por uma ou ambas as partes, de maneira que os contratantes possam executar o contrato sem necessidade de fazê-lo através da via judicial.⁹¹

Nos contratos de incorporação imobiliária são diversas as situações passíveis de previsão de cláusula penal, a exemplo do construtor que não conclui a obra no prazo, a incorporadora que não consegue obter o habite-se perante o órgão administrativo competente, o promitente-comprador que não honra o pagamento das parcelas do preço do imóvel, entre outras, ou seja, cenários negativos previsíveis e antecipados pelo contratante cauteloso para evitar ou reduzir os prejuízos decorrentes de eventual concretização da inexecução contratual pela parte adversa.⁹²

Especificamente no que toca ao interesse do incorporador, considerando que o capital para realização da incorporação imobiliária é, basicamente, restrito à venda das unidades autônomas, a atividade realizada por ele é considerada de alto risco econômico, de tal forma que a Lei de Incorporação Imobiliária permite ao incorporador fixar prazo de carência de até cento e oitenta dias, nos termos do Art. 34, *caput*, da referida lei,⁹³ para desistência do projeto da incorporação, caso não suceda na comercialização dos imóveis, restituindo as quantias recebidas por eventuais compradores que tenham reservado unidades autônomas no empreendimento.⁹⁴

Desta forma, o êxito e o cumprimento do objetivo do empreendimento estão diretamente relacionados à captação de recursos obtidos com a alienação dos imóveis, razão pela qual fica constantemente vulnerável às crises econômicas do mercado imobiliário. É o que tem ocorrido nos últimos anos, em razão da crise que atinge o Brasil e prejudica tanto os consumidores, quanto os incorporadores nos negócios imobiliários. Para os incorporadores, os prejuízos decorrem, principalmente, da desistência da compra

⁹¹ KONDER, Carlos Nelson. Arras e Cláusula Penal nos Contratos Imobiliários. **Revista dos Tribunais**, v. 5, p. 83-104, mar./abr. 2014.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ Lei 4591/64. Art. 34. O incorporador poderá fixar, para efetivação da incorporação, prazo de carência, dentro do qual lhe é lícito desistir do empreendimento.

⁹⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 662.

de imóveis, motivada pelo aumento da taxa de desemprego, da restrição ao crédito e da inflação, que, entre outras razões, os obriga à devolução da quase totalidade dos valores pagos pelos adquirentes, tendo que suportar os custos da recolocação dos produtos no mercado para a manutenção a atividade incorporativa.⁹⁵

Dito isso, se pode concluir que, tendo em vista a necessidade de arrecadar capital para a execução da obra da incorporação imobiliária, um dos meios do incorporador utiliza para se resguardar de eventual atraso dos adquirentes no pagamento das unidades autônomas é através da imposição de cláusula penal no contrato de compromisso ou de compra e venda, com vistas a garantir o recebimento do preço e constranger o devedor ao seu adimplemento pontual.

Não se trata, nesse caso, da cláusula penal compensatória, que só deve ser prevista como meio de substituir a obrigação inadimplida, disposta em montante próximo, não superior, ao da prestação principal, em atenção ao Art. 412 do Código Civil,⁹⁶ mas da cláusula penal moratória que reserva um papel indenizatório na relação com o adquirente, restrita ao valor máximo de 2% (dois por cento) sobre o valor da prestação, nos casos em que a relação é disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor, nos termos do Art. 52, § 1º.^{97,98}

Desta forma, quando elaborada no contrato de promessa ou compra e venda para o caso de atraso no pagamento de uma ou mais parcelas do preço do imóvel, se está tratando da cláusula penal moratória, que é prevista em montante pequeno em comparação ao valor da obrigação principal, com a função de constranger o adquirente ao pagamento de prestação atrasada, sem que deixe de existir o interesse do incorporador pelo adimplemento.⁹⁹

O problema relacionado à pena convencional estipulada pelo incorporador, entretanto, é que, em grande contingente de demandas judiciais indenizatórias propostas

⁹⁵ SIMÕES, Felipe Siqueira de Queiroz; CUNHA, Luiza Fontoura. Distrato de Compra e Venda de Bem Imóvel: Análise Prática do Negócio e da Jurisprudência Atual. **Revista do Direito Imobiliário**, v. 80, p. 389-408, jan./jun. 2016.

⁹⁶ CC. Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

⁹⁷ CDC. Art. 52 (...) § 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.

⁹⁸ KONDER, Carlos Nelson ; PAULA, Marcos de Souza. A Função da Cláusula Penal Moratória nos Contratos de Compra e Venda de Imóvel na Planta: perigos de uma generalização. **Revista Forense**, v. 422, p. 56-72. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/308601949_A_funcao_da_clausula_penal_moratoria_nos_contratos_de_compra_e_venda_de_imovel_na_planta_perigos_de_uma_generalizacao. Acesso em : 24 nov. 2018.

⁹⁹ Ibidem.

por adquirentes de frações ideais das incorporações imobiliárias, tem-se verificado que, na elaboração de contratos de promessa e de compra e venda, somente têm sido incluídas cláusulas penais para punir o comportamento moroso dos promitentes compradores, sem a contrapartida em face da mora dos incorporadores na finalização das construções e entrega das unidades autônomas, fato que tem gerado discussão acerca da possibilidade de aplicação bilateral destas penas convencionais quando omissas para uma das partes nestes contratos.

Isso posto, no segundo capítulo deste trabalho, com enfoque neste debate instaurado na esfera jurisprudencial, se analisará a viabilidade de aplicação inversa da cláusula penal moratória em prol do adquirente.

CAPÍTULO II INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA NOS CONTRATOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

2.1 TEMA REPETITIVO Nº 971 DO STJ E DEBATE INSTAURADO NA JURISPRUDÊNCIA

Na data de 03 de maio de 2017, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, com fulcro no § 5º do Art. 1.036 do Código de Processo Civil,¹⁰⁰ decidiu pela afetação dos recursos especiais nº 1.614.721/DF¹⁰¹ e nº 1.631.485/DF¹⁰² ao Tema nº 971,¹⁰³ submetendo-os ao crivo dos recursos repetitivos como medida para uniformizar a jurisprudência do tribunal superior acerca da possibilidade, ou não, de se inverter, em face das construtoras, a aplicação de cláusula penal estipulada para punir mora do adquirente.

Resumidamente, a controvérsia estabelecida no Recurso Especial nº 1.631.485/DF, afetado pelo Tema nº 971, trata da ação declaratória de rescisão contratual cumulada com perdas e danos ajuizada por Eder Nogueira da Mota em face de Brookfield MB Empreendimentos Imobiliários S/A, em que o autor sustenta que havia celebrado com a ré promessa de compra e venda de apartamento em empreendimento de propriedade desta última, ajustando a entrega do imóvel para 30/09/2013, com prazo de tolerância de 180 (cento e oitenta) dias. Contudo, segundo o requerente, as obras foram concluídas com 10 (dez) meses de atraso, razão pela qual postula, entre outros pedidos, a inversão da multa contratual prevista exclusivamente contra o adquirente.

No julgamento da demanda, os juízos, tanto de primeiro grau, como de grau recursal, concluíram pela impossibilidade da aplicação inversa da cláusula penal em face

¹⁰⁰ CPC. Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça. § 5º O relator em tribunal superior também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem.

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ProAfR no REsp 1631485 DF 2016/02669130-0**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJe: 03/05/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1595449&num_registro=201602669130&data=20170503&formato=PDF. Acesso em: 24 mai. 2018.

¹⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ProAfR no REsp 1614721 DF 2016/0187952-6**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJe: 03/05/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1595451&num_registro=201601879526&data=20170503&formato=PDF. Acesso em: 24 mai. 2018.

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Temas repetitivos**. [S.l.], [s.d.]. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=10&i=971. Acesso em: 16 nov. 2018.

da construtora, adotando o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios o entendimento de que:

Nos casos de rescisão contratual, em que há mora incontestada da vendedora e o adquirente não quer mais continuar a adimplir o contrato, não são devidos lucros cessantes, multa moratória ou inversão de cláusula penal compensatória, em razão da distinção e finalidade de cada um desses institutos, sob pena de enriquecimento sem causa do promitente comprador.

O autor, em face do referido acórdão, interpôs recurso especial, sustentando que a pena convencional estipulada nos contratos bilaterais, onerosos e comutativos deve incidir sobre ambos os contratantes, ainda que redigida em face de apenas uma das partes.

Igualmente, o Recurso Especial nº 1.614.721/DF, também afetado pelo Tema nº 971, foi interposto em irresignação à decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que afastou a condenação da incorporadora MRV Prime Top Taguatinga II Incorporações Imobiliárias Ltda. ao pagamento de multa moratória prevista no contrato de promessa de compra e venda celebrado com a recorrente Aline Ramalho Sereno de Medeiros, sob o fundamento de que “não é possível a inversão da cláusula penal estipulada exclusivamente para o consumidor porque não cabe ao julgador inovar no contrato”.¹⁰⁴

O Relator da proposta de afetação dos recursos especiais supramencionados, Ministro Luis Felipe Salomão, por sua vez, colacionou diversas jurisprudências do STJ em sentido contrário às decisões do TJDF, evidenciando a tendência do tribunal superior ao entendimento pela possibilidade da aplicação reversa da cláusula penal unilateralmente pactuada. Em julgado anterior, ele já havia manifestado este posicionamento, interpretando como abusiva a prática de se estipular multa contratual exclusivamente em face do consumidor, isentando o fornecedor de tal obrigação.¹⁰⁵

Todavia, no âmbito dos Tribunais de Justiça, não é raro encontrar julgamentos com entendimento diverso do acima exposto, como parece estar consolidado no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, cuja Primeira Turma Cível, em acórdão de

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ProAfr no REsp 1614721 DF 2016/0187952-6**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJe: 03/05/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1595451&num_registro=201601879526&data=20170503&formato=PDF. Acesso em: 24 mai. 2018.

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 955134 - SC DF 2007/0114070-5**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJe: 29/08/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1170199&num_registro=200701140705&data=20120829&formato=PDF. Acesso em: 24 mai. 2018.

relatoria da Desembargadora Simone Lucindo, julgou aplicável a inversão da pena convencional apenas em circunstâncias específicas de omissão da cláusula.

Ao julgar a apelação cível nº 20130710033792, a Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios restringiu a reversão da multa contratual em face do fornecedor, decidindo que tal medida seria aplicável somente aos casos em que pactuada na modalidade compensatória, ou seja, quando prevista para punir inadimplemento total do consumidor, pois tal situação importa na extinção do negócio jurídico e gera ao credor direito ao ressarcimento pelo prejuízo da inexecução da obrigação. No recurso, o adquirente do imóvel havia postulado inversão de multa contratual moratória para punir inadimplemento praticado pela construtora, o que o colegiado considerou inviável, visto que cláusula penal moratória não pode ser revertida para fazer vezes de multa compensatória.¹⁰⁶

No Tribunal de Justiça de São Paulo, a impossibilidade de inversão da cláusula penal é matéria de súmula,¹⁰⁷ que assim dispõe:

Súmula 159: É incabível a condenação da vendedora ao pagamento de multa ajustada apenas para a hipótese de mora do comprador, afastando-se a aplicação da penalidade por equidade, ainda que descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra. Incidência do disposto no artigo 411, do Código Civil.

A corte paulista não admite aplicação analógica ou extensiva da cláusula penal quando ajustada apenas para um dos sujeitos contratuais, sob a justificativa de que a multa, para ser aplicada, depende de previsão legal ou contratual, não cabendo ao julgador modificar negócio jurídico de iniciativa privada. Neste sentido, a título de exemplo, foram os acórdãos nº 1017461-43.2014.8.26.0562, 1000862-29.2014.8.26.0562 e 0186287-82.2011.8.26.0100.¹⁰⁸

A discussão sobre a viabilidade de inversão da cláusula penal em favor do consumidor também restou bem ilustrada no Incidente de Uniformização de

¹⁰⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação Cível 106403020130710033792**. Apelante: Creta Investimentos Imobiliários Ltda. e outros. Apelado: os mesmos. Relatora: Des^a. Simone Lucindo. Brasília, 05 dez. 2010. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 16 nov. 2018.

¹⁰⁷ SÃO PAULO. Tribunaç de Justiça do Estado de São Paulo. **Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aplicadas ao Direito Privado**. São Paulo, [s.d.]. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2018.

¹⁰⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 01862878220118260100**. Apelante: Camargo Corrêa Desenvolvimento Imobiliário S/A. Apelado: Pedro Hebesh Oliveira e Luziana Ribeiro Oliveira. Relatora: Des^a. Viviani Nicolau. São Paulo, 24 fev. 2015. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8220743&cdForo=0>. Acesso em: 16 nov. 2018.

Jurisprudência instaurado pelas Turmas Recursais Cíveis do Rio Grande do Sul, em que, sem unanimidade, se pacificou entendimento pela impossibilidade.¹⁰⁹

A seguir, pontuam-se os argumentos retirados da decisão da Turma de Uniformização. Inicialmente, em seu voto o juiz de direito relator do acórdão, Luiz Felipe Severo Desessards, salientou que, quando se trata de relação jurídica de consumo, justifica-se o reconhecimento da inversão da cláusula penal. Sustentou que, levando em consideração os princípios da equidade e da boa-fé objetiva, tal medida visa tolher a vantagem elevada e desproporcional que o fornecedor percebe frente ao consumidor, que, normalmente, pouco ou nada pode negociar em relação às cláusulas contratuais, com base no Art. 51, inciso XII, do Código de Defesa do Consumidor.¹¹⁰ Este entendimento foi seguido pela juíza Glaucia Dipp Dreher, que afirmou ser necessária a inversão da cláusula penal contra a construtora em mora para restabelecer o equilíbrio violado pela proteção unilateral verificada no contrato, e pelos juízes Roberto Carvalho Fraga, Roberto Arriada Lorea e Fabiana Zilles.

Com posicionamento divergente, a juíza Vivian Cristina Angonese Spengler exarou que, com fulcro nos Arts. 408 e 410, a cláusula penal exige pactuação expressa entre as partes, não sendo exigível apenas se elas assim o quiserem. Desta forma, ao inverter a multa contratual, o poder judiciário estaria criando nova cláusula contratual, violando os princípios da autonomia da vontade e da força vinculante dos contratos. Além disso, contestou a fundamentação do Relator, inferindo que a legislação brasileira somente autoriza o juiz a interferir no contrato firmado entre as partes para declarar total ou parcialmente nula a cláusula prevista em prejuízo excessivo ao consumidor, mas não a aplica-la discricionariamente, gerando nova obrigação acessória no acordo.

A divergência foi seguida pela juíza Lusmary Fatima Turelly da Silva, que acrescentou que ao reverter-se cláusula penal em face do fornecedor se estaria

¹⁰⁹ RIO GRANDE DO SUL. Turmas Recursais Cíveis Reunida. **Incidente de Uniformização de Jurisprudência 71005354717**. Suscitante: Moises Belo. Suscitado: Turmas Recursais Cíveis RS. Relator: Luiz Felipe Severo Desessards. Redator: Vivian Cristina Angonese Spengler. Porto Alegre, 08 set. 2015. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipop%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71005354717%26num_processo%3D71005354717%26codEmenta%3D6466606+++++inmeta:rr%3DLuiz%2520Felipe%2520Severo%2520Desessards&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71005354717&comarca=Comarca%20de%20Canoas&dtJulg=08/09/2015&relator=Luz%20Felipe%20Severo%20Desessards&aba=juris. Acesso em: 16 nov. 2018.

¹¹⁰ CDC. Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor.

convalidando aquilo que é nulo de pleno direito, e pela juíza Gislene Anne Vieira de Azambuja, a qual ressaltou que, apesar de o comprador ficar sujeito ao pagamento da multa contratual em caso de inadimplemento, o vendedor que eventualmente atrasar a entrega de obra poderá ser responsabilizado pelos lucros cessantes presumidos e por danos morais, não cabendo ao magistrado legislar para onerar o fornecedor com cláusula que não tenha concordado em cumprir. No mesmo sentido, aderiu o Juiz Régis Montenegro Barbosa, afirmando que o princípio *pacta sunt servanda* somente pode vir a ser rompido em situações excepcionais e de extrema gravidade, por motivos alheios ao negócio jurídico celebrado, requisitos consagrados na cláusula *rebus sic stantibus*.

Por fim, a juíza Ana Cláudia Cachapuz Silva Raabe salientou que as obrigações das partes, quais sejam o pagamento do bem pelo adquirente e a construção do imóvel pela vendedora, têm naturezas jurídicas diferentes, o que, por si só, impediria a aplicação inversa da pena convencional. Os juízes Roberto Behrendorf Gomes da Silva, José Ricardo de Bem Sanhudo e Cleber Augusto Tonial acompanharam a divergência, firmando o paradigma jurisprudencial das turmas recursais gaúchas no sentido da impossibilidade da reversão da cláusula penal em favor do consumidor.

Buscando aprofundar o conhecimento sobre a polêmica instaurada nos diversos órgãos e graus de jurisdição, o Superior Tribunal de Justiça convocou, na data de 27 de agosto de 2018, sob organização e coordenação do Ministro Luis Felipe Salomão, relator dos processos afetados ao Tema nº 971, audiência pública para ouvir *experts* e representantes de entidades com conhecimento da matéria para que contribuíssem com a fixação da tese a ser adotada no julgamento dos recursos especiais nº 1.614.721/DF e nº 1.631.485/DF, entre os quais foram expoentes os professores Flávio Tartuce e José Fernando Simão, cujas contribuições se exporá a seguir, concomitantemente à análise doutrinária dos pontos antagônicos apresentados pela jurisprudência para sustentar, ou rejeitar, a viabilidade de inversão da cláusula penal prevista para punir o promitente comprador inadimplente em face do incorporador que atrasa a entrega do imóvel.¹¹¹

2.2 POSICIONAMENTOS DA JURISPRUDÊNCIA

Como visto no subcapítulo anterior, a temática da reversão da cláusula penal

¹¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Audiência Pública** – Penalidades por atraso na entrega de imóvel. [S.l]. [s.d.]. Gravação. Duração: 1h33min. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=o0MRf2LlvNY>. Acesso em: 16 nov. 2018.

prevista para o adquirente contra a construtora nos contratos imobiliários tem sido amplamente debatida no âmbito da jurisprudência brasileira, dividindo opiniões acerca dos limites da interferência do poder judiciário nas relações privadas, da observância dos princípios da função social dos contratos, da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da autonomia privada, e levantando questionamentos acerca da eficácia da proteção oferecida pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor aos adquirentes de imóveis nas incorporações imobiliárias.

Em vista disso, faz-se a seguir uma análise dos argumentos principais, tanto contra, como a favor da inversão da pena convencional objeto do presente trabalho, levantados pelos magistrados e órgãos julgadores acima expostos, com vistas a compreender a complexidade do debate que levou à afetação ao rito dos temas repetitivos do julgamento dos recursos especiais nº 1.614.721/DF e nº 1.631.485/DF, por iniciativa da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão.

2.2.1 Razões favoráveis à inversão da cláusula penal

2.2.1.1 Equivalência material, boa-fé objetiva e função social dos contratos

A primeira linha de argumentação favorável à aplicação, pelo julgador, de reversão da cláusula penal dirigida ao adquirente, em desfavor da incorporadora em mora, nos contratos de incorporação imobiliária, representa o entendimento de que os princípios sociais que regem as relações privadas contemporâneas amparam o reconhecimento da bilateralidade da pena convencional pelo juiz, haja vista a previsão unilateral conferir desequilíbrio à relação negocial e ferir a reciprocidade esperada nos contratos.

A reciprocidade é exigência incluída nas relações contratuais para que contenham sacrifícios e vantagens a todos os envolvidos, devendo haver, inclusive, certa correspondência entre os sacrifícios exigidos e as vantagens propiciadas para cada um dos participantes. Se traduz na necessidade de o contrato guardar proporcionalidade entre o custo e o benefício obtidos e de que haja justa remuneração dos esforços empregados por cada uma das partes.

Serve como parâmetro para se identificar caso um contrato seja, na realidade, uma relação exploratória, tal como ocorre nos negócios jurídicos em que são

estabelecidas condições incompatíveis com as preferências de uma das partes, quando esta não tem, ou pouco tem, poder de barganha em relação à contraparte.¹¹²

Entendendo ser a cláusula penal unilateral uma disposição que rompe com o equilíbrio esperado em uma relação recíproca, Flávio Tartuce afirma que, sendo o tratamento deste problema uma omissão legislativa, a solução para saná-lo é a utilização dos princípios que balizam o direito contratual, com fulcro no Art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro,¹¹³ os quais, a seu ver, autorizam a incidência da pena convencional para ambas as partes como forma de resguardar o sinalagma contratual.¹¹⁴

O autor defende que a aplicabilidade de inversão da cláusula penal encontra amparo nos princípios contidos no Art. 8º, do Código de Processo Civil,¹¹⁵ no tocante à proporcionalidade e à razoabilidade; nos Arts. 113,¹¹⁶ 187¹¹⁷ e 422¹¹⁸ do Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, as disposições referentes à boa-fé objetiva nas relações jurídicas; e nos Arts. 421¹¹⁹ e 2.035¹²⁰ do Código Civil, que tutelam a função social dos contratos, trazendo a ideia de trocas justas e úteis para o âmbito dos negócios jurídicos, balizada também no Enunciado nº 22 da I Jornada de Direito Civil.¹²¹

Sabe-se que o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil surgiram em um contexto do Estado Moderno de distanciamento do liberalismo dos séculos XIX e XX para se dar espaço ao Estado Social, cujo ideário marcou o desenvolvimento das normas

¹¹² ZANITELLI, Leandro Martins. A Reciprocidade nos Contratos: Uma Análise Expressivista. **Revista de Direito Privado**, v. 42, p. 160-184, abr./jun. 2010.

¹¹³ LINDB. Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

¹¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Audiência Pública** – Penalidades por atraso na entrega de imóvel. [S.l.]. [s.d.]. Gravação. Duração: 1h33min. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=o0MRf2LlvNY>. Acesso em: 16 nov. 2018.

¹¹⁵ CPC. Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

¹¹⁶ CC. Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

¹¹⁷ CC. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹¹⁸ CC. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹¹⁹ CC. Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

¹²⁰ CC. Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

¹²¹ I Jornada de Direito Civil, enunciado nº 22: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas. BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Direito Civil**. [S.l.], 18 jan. 2016. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf/view>. Acesso em: 16 nov. 2018.

de ambos os códigos para a instituição das relações privadas. Foram três os princípios de maior relevância trazidos nas referidas codificações sob influência da nova diretriz de socialidade: a função social do contrato, a boa-fé objetiva e a equivalência material do contrato. Importa ressaltar, desde logo, que tais princípios sociais não têm por escopo eliminar os princípios liberais da autonomia privada, do *pacta sunt servanda* e da relatividade objetiva, mas restringir seu alcance e conteúdo. Do ponto de vista das finalidades da justiça social, são ferramentas hermenêuticas importantes no trato da crescente massificação contratual e das partes vulneráveis nas relações negociais.

A começar pela função social do contrato, se pauta na ideia de que os interesses individuais devem ser exercidos em conformidade com os interesses sociais e, existindo conflito entre eles, prevalecem os segundos. Tanto o Código de Defesa do Consumidor, como diploma regulamentador da função social do contrato nas relações consumeristas, como o Código Civil, em seu Art. 421, estabelecem limites positivos ao exercício da liberdade de contratar.¹²² E como fundamento da liberdade contratual, determina que os contratos tenham relevância e utilidade social, ou seja, seu conteúdo deve respeitar os valores não somente de interesse das partes, como os de interesse da sociedade como um todo. Desta forma, este princípio não se opõe de maneira antitética à autonomia privada, mas atua como elemento de sua estrutura, sem o qual o negócio jurídico vai de encontro com os ditames de previsibilidade, estabilidade e segurança jurídica assegurados pelo ordenamento jurídico e perde sua eficácia, ou a tem modificada de forma a convergir com os valores do Estado Social.¹²³

O Art. 421 do Código Civil estabelece o controle da liberdade de contratar nos limites da função social, condicionando o objeto dos contratos a fins reconhecidos como socialmente úteis e relevantes. Assim, logo que é declarada a vontade de contratar, o interesse individual das partes deve assumir também uma conotação social indispensável à eficácia do negócio jurídico, devendo receber controle estatal quando for incompatível com os fins sociais que deve perseguir. Contudo, a cláusula geral da função social do referido artigo não autoriza intervenção do Estado irrestrita nas relações privadas, ao passo que há necessidade de regulação legislativa para determinados graus de intervenção, como é o caso das normas dispostas no Código de Defesa do Consumidor,

¹²² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. **Revista do Direito do Consumidor**, v. 42, p. 187-195, abr./jun. 2002.

¹²³ BRANCO, Gerson Luiz Carlos Branco. **Função Social dos Contratos**: Interpretação à Luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 200-202.

bem como deve ser justificada e estar vinculada a um interesse social reconhecido pelo sistema jurídico.¹²⁴

O princípio da equivalência material preza pela preservação do equilíbrio entre os direitos e deveres estipulados nos contratos em todas as fases de sua execução, garantindo que não acarrete vantagem excessiva para uma parte e desvantagem excessiva para a outra, assim, estabelecendo que a obrigatoriedade de cumprimento do negócio jurídico pelas partes contratantes, resguardado pelo *pacta sunt servanda*, é limitada ao equilíbrio dos direitos e deveres acordados. Enquanto no Código de Defesa do Consumidor a matéria atinge diversas formas contratuais, o Código Civil a trouxe explicitamente para regular os contratos de adesão, dos quais se tratará adiante. Este princípio leva em conta a presunção legal absoluta de vulnerabilidade, a qual a lei atribui aos trabalhadores, aos inquilinos, aos consumidores e aos aderentes de contratos de adesão, e o real desequilíbrio existente entre as prestações da parte dominante e da parte vulnerável, garantindo que esta última não arque com excessiva onerosidade.¹²⁵

Em sua Teoria Económica do Contrato, Fernando Araújo aborda a lesão no contrato como resultante do desequilíbrio entre a capacidade negocial das partes, que possibilita ao julgador recusar a aplicação de uma estipulação contratual ou determinar sua anulação. Nesse sentido, entende que a autonomia privada não é imune à supervisão da justiça, dado que os contratos podem veicular fins ilícitos e imorais, mas que tal supervisão deve ser restringida e demarcada para evitar que seja ela própria fonte de desequilíbrios, destruindo as bases e motivações do negócio jurídico.¹²⁶

Ressalta-se, então, a importância de avaliar se a estipulação e execução do negócio se deu nos limites da boa-fé objetiva, que atua como parâmetro de comportamento das partes contratuais, com base na confiança que depositam umas nas outras ao assumirem os riscos do negócio jurídico, direcionando a decisão do intérprete-

¹²⁴ BRANCO, Gerson Luiz Carlos Branco. **Função Social dos Contratos**: Interpretação à Luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 253-268.

¹²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. **Revista do Direito do Consumidor**, v. 42, p. 187-195, abr./jun. 2002.

¹²⁶ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Lisboa: Almedina, 2007. p. 449-474.

julgador da regra a aplicar caso a caso. Tem previsão nos Arts. 422, do Código Civil,¹²⁷ e 4º, inciso III,¹²⁸ do Código de Defesa do Consumidor.¹²⁹

Conforme ensina Judith Martins-Costa, à boa-fé objetiva no direito contratual são atribuídas tradicionalmente três funções práticas: a de cânone hermenêutico integrativo do contrato, a de norma de criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação de direitos subjetivos.

A primeira função, referente à hermenêutica integrativa, permite ao julgador realizar interpretação flexibilizadora da vontade das partes e integração de lacunas criadas entre os direitos e deveres dispostos no instrumento contratual ou na legislação. O juiz, ao interpretar as normas contratuais, deve considerá-las como um conjunto significativo e dotado de um sentido total, que servirá como norte para que ele integre a relação, ou seja, preencha suas lacunas, aplicando entendimento que concretize o mandamento de respeito à recíproca confiança incumbente às partes.

A segunda função, qual seja a de criação de deveres jurídicos, trata da criação de deveres instrumentais ou laterais de cooperação e proteção dos recíprocos interesses do contrato. Tais deveres não são direcionados propriamente ao cumprimento da prestação e dos deveres principais do negócio, mas à satisfação do fim contratual. A autora exemplifica alguns deveres laterais derivados da boa-fé objetiva, como os deveres de cuidado, previdência e segurança, deveres de aviso e esclarecimento e deveres de informação, entre outros. Cabe, portanto, ao juiz, na aplicação do princípio da boa-fé, determinar a existência desses deveres, inerentes ao negócio, contudo, sua concretização só resta evidenciada quando compreendida a perspectiva da obrigação em sua totalidade e como processo, porque se presta a vincular as partes com o fim de resguardar o ajuste mediante o respeito às exigências estabelecidas na relação.

Quanto à terceira e última função, a boa-fé como limitadora de direitos subjetivos diz respeito ao ato de coibir comportamento contraditório que mine a relação

¹²⁷ CC. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹²⁸ CDC. Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

¹²⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. **Revista do Direito do Consumidor**, v. 42, p. 187-195, abr./jun. 2002.

de confiança recíproca necessária para o adequado desenvolvimento do negócio. Tal função está enraizada no aspecto da boa-fé que não admite condutas que contrariem o dever lateral de lealdade e correção nos contratos, impedindo que o contrato atinja sua função social.¹³⁰

Entendendo-se que o ordenamento jurídico não oferece solução para o problema, se pode concluir que, à luz dos princípios sociais aqui expostos, a interpretação ampliativa da inversão da cláusula penal pelo julgador para favorecer o adquirente de imóvel e punir comportamento moroso do incorporador, deve ser justificada pela satisfação de um interesse social reconhecido pelo ordenamento jurídico, bem como servir para compensar vantagem do vendedor ou excessiva onerosidade suportada pelo promitente comprador em decorrência da previsão unilateral da pena, através de atividade interpretativa que leve em consideração o sentido do contrato e das prestações nele consubstanciadas em sua integralidade, com vistas a garantir a manutenção da confiança recíproca estabelecida entre as partes.

Contudo, a ampliação da incidência de cláusula penal para ambas as partes através de interpretação judicial é medida que deve ser vista com cautela. Cabe, aqui, trazer o ensinamento de Rubens Limongi França, que se mostra contrário a essa interpretação ampliativa, uma vez que, por ver a função punitiva da cláusula penal como secundária às funções de pré-avaliação de perdas e danos e reforço da obrigação, considera que a multa não traz quaisquer prejuízos ou excessiva onerosidade a não ser no momento que a parte descumpra a prestação que a ela se vinculou, devendo, portanto, receber uma interpretação meramente declarativa e não contra quem a redigiu.¹³¹

2.2.1.2 Cláusula abusiva em contrato de adesão

Aliado à utilização dos princípios contratuais para se autorizar a inversão da cláusula penal prevista para o adquirente nos contratos imobiliários, especialmente no que toca à equivalência material, o segundo argumento utilizado é que o negócio jurídico em questão é, usualmente, firmado em modelo de adesão, e, por tal motivo, torna a relação jurídica entre as partes desigual, visto que aquela que adere ao negócio não tem a

¹³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional**. 1 ed., 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 427-472.

¹³¹ FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e Prática da Cláusula Penal**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 267-270.

possibilidade de modificar as cláusulas nele consubstanciadas, o que justificaria a reversão da multa em face da construtora ante a abusividade da previsão unilateral. Flávio Tartuce também se alinha a esta ideia, afirmando que por se tratarem de contratos bilaterais, onerosos e comutativos, a multa prevista para uma das partes deve ser aplicável também à outra.¹³²

A respeito de tal concepção, importa esclarecer, primeiramente, porque os contratos de promessa de compra e venda de incorporações imobiliárias são, em grande medida, fixados em moldes padronizados e de adesão. Pode-se dizer que o fenômeno responsável por esta opção de elaboração contratual é, essencialmente, a crescente massificação das relações comerciais no mercado imobiliário, em razão da qual os contratos de incorporação imobiliária acabam sendo estipulados em moldes padronizados, constituídos por cláusulas pré-estabelecidas por um dos polos do pacto, e de adesão, uma vez que a parte que elabora o instrumento não viabiliza à contraparte discutir substancialmente as disposições contratuais, com exceção das relativas às condições de pagamento do preço do imóvel. É, inclusive, intrínseco à finalidade das incorporações que ofereçam contratos com cláusulas uniformes, haja vista serem celebrados com uma pluralidade de adquirentes de unidades autônomas sem vínculo jurídico entre si,¹³³ cujo investimento é revertido nos recursos financeiros necessários à execução do empreendimento.¹³⁴

Especificamente em relação aos contratos de adesão, Fernando Araújo associa a adoção destes moldes contratuais a uma ignorância racional do aderente, normalmente consumidor, em favor de preços mais baixos, sugerindo que uma estipulação elaborada, deliberada e consciente de ambas as partes pressupõe elevação do custo do negócio, visto que a “standartização” responde a uma simplificação da negociação e estipulação de contratos massificados.

O autor afirma que este tipo de contrato, massificado e de adesão, coloca, normalmente, em confronto um aderente que tem pouco contato com um setor de atividade e um proponente que é profissional deste setor, o que resulta, necessariamente,

¹³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Audiência Pública** – Penalidades por atraso na entrega de imóvel. [S.l]. [s.d.]. Gravação. Duração: 1h33min. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=o0MRf2LlvNY>. Acesso em: 16 nov. 2018.

¹³³ GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis. **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos**. v. 6, p. 1339-1353, jun. 2011.

¹³⁴ CHALHUB, Melhim. A promessa de compra e venda no contexto da incorporação imobiliária e os efeitos do desfazimento do contrato. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 7, p. 147-183, abr./jun. 2016.

em uma assimetria informativa. Contudo, sustenta que o modelo de adesão pode trazer benefícios de eficiência à parte aderente, que já que racionalmente abre mão dos custos de obtenção de informação, de processamento racional desta informação, de negociação, de busca e adaptação de parceiros contratuais heterogêneos e de familiarização com o próprio enquadramento jurídico. Além do mais, os contratos massificados oferecem garantia ao aderente de que as condições que se aplicam a ele são as mesmas aplicadas aos demais. Para o proponente, por sua vez, a vantagem se dá pela compensação de perdas e ganhos decorrentes do risco de não conhecer a heterogeneidade de características dos aderentes.¹³⁵

Desta forma, forçoso reconhecer que o modelo de contrato de adesão e padronizado, por si, torna a previsão de cláusula penal em face do adquirente abusiva, haja vista tal medida ser essencial da atividade incorporativa, ressalvada a hipótese, contudo, de quando este tipo de instrumento contiver somente estipulações reduzindo as obrigações de quem o formulou e aumentando as prestações devidas por aquele que a ele aderiu, criando situação de desequilíbrio no contrato como um todo, destruindo, assim, a ideia de equivalência entre prestação e contraprestação que deve pautar as relações privadas, à luz dos princípios da justiça contratual e da boa-fé, daí a necessidade de se analisar o contrato em sua totalidade.¹³⁶

Dito isso, é inegável que a opção pelo contrato de adesão, de fato, o torna mais propenso à imposição de cláusulas abusivas para a parte que a ele adere sem possibilidade de reformular suas disposições, quando aliado ao interesse da parte que formula o instrumento em reduzir suas obrigações e/ou agravar as da parte aderente, rompendo com a equidade entre a prestação e a contraprestação e violando a justiça contratual.¹³⁷

Cláudia Lima Marques define a cláusula abusiva como a unilateralidade excessiva que “impede a realização total do objetivo contratual, que frustra os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação”, bem como “a autorização de atuação futura contrária à boa-fé, arbitrária ou lesionária aos interesses do outro contratante, é a autorização de abuso no exercício da posição contratual preponderante”.¹³⁸

¹³⁵ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Lisboa: Almedina, 2007. p. 449-474.

¹³⁶ NORONHA, Fernando. Contratos de Consumo, Padronizados e de Adesão. **Revista do Direito do Consumidor**, v. 20, p. 88-111, out./dez. 1996.

¹³⁷ Ibidem.

¹³⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 157.

A autora atenta para a importância da atividade do intérprete de reconhecer a abusividade das cláusulas a partir de uma visão ampla e dinâmica total dos contratos, uma vez que este elemento pode constar tanto na cláusula considerada isoladamente, como somente se revelar quando observada a forma de sua contratação, que cuja unilateralidade excessiva contribui com o desequilíbrio do negócio.¹³⁹ Prevenindo a existência destas cláusulas nos contratos padronizados e/ou de adesão, para as relações consumeristas, tal como é grande parte dos contratos imobiliários quando o adquirente é destinatário final do bem,¹⁴⁰ o Código de Defesa do Consumidor, em seu Art. 51, inciso IV e § 1º,¹⁴¹ estabelece cláusula geral que proíbe a pactuação de disposições contratuais que contenham obrigações abusivas, colocando o consumidor em desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.¹⁴²

A cláusula abusiva está vinculada à figura do abuso de direito, consagrado no Art. 187 do Código Civil como ato ilícito. Quando do ato ilícito decorrem danos, é passível de indenização; quando não, o ordenamento jurídico conduz a sua invalidade. Assim, tanto na codificação material civil, como na legislação consumerista, a proteção do contratante em face do comportamento abusivo é sua anulabilidade ou nulidade, senão vejamos:

No Código Civil, a disciplina dos defeitos do negócio jurídico conduz à anulabilidade do contrato quando presente nele erro, dano, coação, fraude contra credores, lesão ou estado de perigo, desde que requerido pelo titular do interesse disponível. A nulidade de uma obrigação, por sua vez, decorre da ausência de elementos essenciais do negócio jurídico, sendo eles agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita e não defesa em lei, ou quando o comportamento viola preceitos da ordem jurídica.

No Código de Defesa do Consumidor, como já mencionado, a regra é a

¹³⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 158.

¹⁴⁰ *Ibidem*. p. 461.

¹⁴¹ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

¹⁴² MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 158.

invalidade da cláusula abusiva, nos termos do Art. 51, inciso IV.¹⁴³

Inclusive ao consumidor, tendo seus direitos *status* de garantia fundamental e de interesse público, a Constituição Federal legitima entes como o Ministério Público, Procon, Idec, entidades não-governamentais ou órgãos de administração pública direta ou indireta à propositura de ações civis públicas para o controle de cláusulas potencialmente lesivas a um grupo ou classe nos contratos de adesão,¹⁴⁴ cuja nulidade, seguindo-se esta lógica, aproveitaria toda a coletividade de adquirentes de imóveis na qualidade de consumidores.

Dito isso, em se considerando abusiva a cláusula penal disposta somente para o adquirente nos contratos imobiliários, seja ele consumidor ou investidor, levados em consideração todos os elementos aqui expostos para assim caracteriza-la, ou considerando-a abuso de direito de quem a redigiu, o ordenamento jurídico já oferece a solução de nulidade da estipulação, razão pela qual, deste ponto de vista, não parece ser cabível a inversão em face do incorporador, pois ao adotar tal justificativa o intérprete estaria convalidando cláusula nula de pleno direito, como bem reconhecido pela juíza Lusmary Fatima Turelly da Silva na fundamentação de seu voto no Incidente de Uniformização de Jurisprudência das Turmas Recursais do Rio Grande do Sul antes exposto.

2.2.2 Razões contrárias à inversão da cláusula penal

2.2.2.1 Autonomia da vontade e força vinculante dos contratos

A vertente jurisprudencial que entende pela impossibilidade de inversão da cláusula penal nos contratos imobiliários ampara sua tese na proteção da autonomia da vontade¹⁴⁵ e da força vinculante dos contratos, segundo a qual o vínculo entre as partes somente pode ser relativizado pelo Estado em situações específicas, caso contrário está intervindo arbitrariamente nas relações privadas.

¹⁴³ MIRAGEM, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: Entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 72, out./dez. 2009. p. 228 e ss.

¹⁴⁴ NASCIBENI, Asdrubal Franco. Controle Judicial dos Contratos de Adesão. **Revista do Direito do Consumidor**, v. 42, p. 86-129, abr./jun. 2002.

¹⁴⁵ Aqui se utiliza a denominação autonomia da vontade porque assim foi referida na jurisprudência em análise. Importa, contudo, salientar que o argumento utilizado parece abranger, sobretudo, a intenção de proteção à autonomia privada, como poder dado aos privados de criar normas jurídicas, dentro dos limites legais.

A autonomia da vontade é princípio tradicional do direito contratual, o qual se alicerça na ampla liberdade das pessoas para contratar, se assim quiserem, da forma que quiserem e sobre o que quiserem.¹⁴⁶ Foi incluído na legislação brasileira no primado do pensamento liberal e individualista vigente no Código Civil de 1916, em que as relações contratuais representavam o ápice da liberdade dos indivíduos. Contudo, com a nova diretriz de socialidade trazida pelo direito moderno, essa liberdade passou a ser interpretada de maneira mais ponderada, mais voltada à moral e ao interesse público.¹⁴⁷

Enquanto no século XIX a disciplina do contrato tinha enfoque na manifestação da vontade e nos vícios de consentimento na formação do contrato, atualmente a lei se concentra na prevenção e remoção de disposições que coloquem uma das partes em posição de desvantagem em relação a outra. A isso muito se deve à função social dos contratos incluída no Código Civil de 2002, que, em seu Art. 421, enuncia que a liberdade de contratar deve ser exercida nos limites da sua função social, bem como ao Código de Defesa do Consumidor, que procura dar aos indivíduos em situação de inferioridade econômica uma posição de superioridade jurídica, assim atribuindo equilíbrio às relações de consumo.¹⁴⁸

Quanto à força vinculante os contratos, como consequência do exercício da autonomia da vontade, parte do pressuposto de que ninguém é obrigado a contratar, mas uma vez feito, em se tratando de negócio jurídico válido e eficaz, não podem as partes se esquivar de cumprir o contrato, nem o juiz preocupar-se com a severidade de suas cláusulas, haja vista terem sido ajustadas e aceitas por seus anuentes. Assim, se fundamenta nas ideias de segurança e de intangibilidade do negócio, asseguradas pela máxima *pacta sunt servanda*, cuja escusa, numa concepção clássica, somente se dá por caso fortuito ou força maior, conforme dispõem o Art. 393 e seu parágrafo único do Código Civil.¹⁴⁹ Desta forma, seguindo-se estritamente a ideia da obrigatoriedade dos contratos, a interferência do Estado nos contratos deve ser exclusivamente para fornecer à parte lesada por eventual inadimplemento os instrumentos para forçar a parte

¹⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. vol. 3: Contratos e Atos Unilaterais. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 20.

¹⁴⁷ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. Teoria da Imprevisão e o Novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, v. 830, p. 11-26, dez. 2004.

¹⁴⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 409-411.

¹⁴⁹ CC. 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.

inadimplente ao cumprimento, ou a indenizar os prejuízos causados.¹⁵⁰

É, portanto, o princípio que determina que o acordo de vontades faz lei entre as partes. Entretanto, ao mesmo tempo em que cabe ao ordenamento jurídico dar às partes os instrumentos para fazer o contrato ser cumprido ou garantir à parte prejudicada ressarcimento pelas perdas e danos que sofrer com o seu descumprimento, na medida do possível, a intenção das partes deve ser mantida. Nesse sentido, se estabelece a regra geral da intangibilidade do contrato, pela qual ninguém pode alterar unilateralmente o contrato, nem o juiz intervir substancialmente em seu conteúdo. Tal noção parte do pressuposto de que as partes decidem livre e espontaneamente submeter suas vontades às restrições instituídas no contrato.¹⁵¹

Com a transição do Estado Liberal para o Estado Social trazida pelo direito moderno, essa orientação de força vinculante dos negócios jurídicos se modificou, no sentido de permitir a intervenção judicial do conteúdo dos contratos também para corrigir desequilíbrios nas prestações. Houve, portanto, uma amenização da obrigatoriedade para situações em que as partes do negócio se encontram em patamares diversos e, em decorrência disso, uma delas obtém proveito injustificado sobre a outra. A segurança nas relações jurídicas continua sendo imprescindível, no sentido de que devem ser perseguidas a manutenção e a continuidade dos contratos, entretanto, deve observar tanto os limites impostos pela ordem pública, como os princípios jurídicos sociais. Como bem pontuado por Carlos Roberto Gonçalves

[...] falar-se em *pacta sunt servanda*, com a conformação e o perfil que lhe foram dados pelo liberalismo dos séculos XVIII e XIX; é, no mínimo, desconhecer tudo o que ocorreu no mundo, do ponto de vista social, político, econômico e jurídico nos últimos duzentos anos.¹⁵²

Nesse contexto surgiu o princípio da revisão dos contratos, permitindo às partes recorrerem ao Poder Judiciário com o fim de alterar o contrato, quando constatados fatores externos que provoquem situações diversas das esperadas ao tempo da celebração, onerando excessivamente um dos polos integrantes da relação.

A premissa *rebus sic stantibus*, recepcionada no ordenamento brasileiro através da Teoria da Imprevisão, trata-se de uma cláusula implícita presumida nos contratos

¹⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. vol. 3: Contratos e Atos Unilaterais. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 28.

¹⁵¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 411.

¹⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit. p. 28 - 29.

comutativos, de trato sucessivo e execução diferida, a qual determina que a obrigatoriedade do cumprimento do negócio é condicionada à inalterabilidade da situação fática, ou seja, alterados os fatos devido a acontecimentos extraordinários ou imprevisíveis no ato de celebração do contrato, tornando o cumprimento excessivamente oneroso para uma das partes, é possibilitado a ela requerer isenção parcial ou total das prestações a que se obrigou.¹⁵³

A onerosidade excessiva é situação regulada pelo ordenamento jurídico brasileiro e tratada no Código Civil através dos Arts. 478 a 480,¹⁵⁴ dos quais se retira a lição que é a obrigação de uma das partes excessivamente onerosa quando tão expressiva ao ponto que autoriza a resolução do contrato ou sua alteração equitativa, porque torna a execução da prestação extremamente vantajosa para uma parte, ao passo que causa relevante prejuízo à outra.

No Código de Defesa do Consumidor, a possibilidade de revisão contratual em decorrência de excessiva onerosidade recebe tratamento no inciso V do Art. 6º.¹⁵⁵ Tanto esta disposição legislativa, como a disciplinada no Código Civil ressaltam a preferência do legislador pela manutenção dos contratos através de um ajuste equitativo das prestações, devendo a resolução ser solução residual, quando fracassada a revisão.¹⁵⁶

São, então, requisitos essenciais para revisão contratual que o pacto a ser revisado seja de execução continuada ou diferida, uma vez que somente as avenças que se protraem no tempo ficam sujeitas a eventos circunstanciais imprevistos; também, deve ocorrer fato novo, não previsto ou imprevisível, que altere a situação fática da época da contratação, de forma que enseje a alteração do acordo entre as partes, sem o qual não teria acontecido nas circunstâncias originalmente ajustadas; por fim, em decorrência da alteração fática superveniente, deve-se configurar desequilíbrio tamanho que destaque,

¹⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. vol. 3: Contratos e Atos Unilaterais. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 30-31.

¹⁵⁴ CC. Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação; Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato; Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

¹⁵⁵ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

¹⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 32.

como anteriormente referido, excessiva e insuportável onerosidade a uma das partes em benefício da outra.¹⁵⁷

Portanto, em que pese o instituto revisão contratual pudesse ser invocado para justificar a inversão da cláusula penal em prol do adquirente, a eventual onerosidade excessiva causada pela cláusula penal unilateral, quando imposta pelo incorporador ao adquirente de imóvel, não pode ser considerada causada por fato superveniente ou imprevisto que autorize a aplicação da premissa *rebus sic stantibus*, visto que o inadimplemento contratual do incorporador é situação previsível desde a celebração do contrato e sua possibilidade surge assim que o vendedor elabora as disposições contratuais à anuência do aderente.¹⁵⁸

Assim, preservando-se os pilares da segurança jurídica das relações contratuais, quais sejam o direito adquirido e o negócio jurídico perfeito, somente nas situações de imprevisibilidade no campo jurídico, de circunstâncias extraordinárias desconhecidas das partes ao tempo da celebração do negócio, é que se poderiam modificar as disposições do acordo em favor da parte prejudicada por estes eventos supervenientes, porque teria por objeto o restabelecimento das limitações de acordo com as expectativas originais das partes.¹⁵⁹

Não há, portanto, respaldo legal expresso que permita ao juiz intervir no contrato imobiliário aplicando a cláusula penal prevista para o adquirente inadimplente em face do incorporador em mora, sem que recorra exclusivamente a sua discricionariedade. Luiz Fernando Simão, inclusive, entende que utilizar a palavra inversão, nesse caso, gera um equívoco conceitual, porque ao adotar tal medida o julgador está, na verdade, criando obrigação contratual que não fora pactuada entre as partes.¹⁶⁰

Nesse sentido, leciona que, sendo o contrato a autorregulamentação da vontade e sendo o juiz terceiro imune aos efeitos do negócio, sua interferência a nível de contratar pelas partes por decisão judicial fere a lógica contratual, visto que se está diante de uma hipótese em que inexistente disposição contratual ou legal para a medida pretendida, e o Poder Judiciário está criando no negócio jurídico discricionariamente, usurpando a

¹⁵⁷ GARCIA, Sebastião Carlos. Revisão dos Contratos. **Revista dos Tribunais**, v. 856, p. 51-66, fev. 2007.

¹⁵⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 158 e 402.

¹⁵⁹ GARCIA, Sebastião Carlos. Revisão dos Contratos. **Revista dos Tribunais**, v. 856, p. 51-66, fev.2007.

¹⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Audiência Pública** – Penalidades por atraso na entrega de imóvel. [S.l]. [s.d.]. Gravação. Duração: 1h33min. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=o0MRf2LlvNY>. Acesso em: 16 nov. 2018.

liberdade contratual dos anuentes e fixando-a sem qualquer acordo de vontades.¹⁶¹ O autor entende que não há fundamento jurídico que autorize o juiz a reverter a multa em face do construtor ou incorporador e que a única forma de fazê-lo é por expressa previsão legal nesse sentido, visto que somente a lei pode criar deveres que decorram de determinado tipo contratual.¹⁶²

Ainda que o direito moderno não admita mais a concepção de que a esfera privada é impenetrável pelo Estado, visto que a legislação contemporânea é dotada de princípios com carga valorativa voltada ao bem da coletividade, e não unicamente do indivíduo, a saber, a boa-fé objetiva, a função social dos contratos, a equidade material e a própria relatividade dos contratos, os quais limitam o exercício da autonomia da vontade e da força vinculante dos contratos, sendo o tratamento da aplicação bilateral de multa prevista em contrato para somente uma das partes uma omissão legislativa, há inegável criação de direito contratual pelo julgador quando adota tal medida.

2.2.2.2 Inaplicabilidade da mesma cláusula penal para obrigações diferentes

O segundo argumento utilizado por aqueles que opinam pelo descabimento de inversão da cláusula penal nos contratos de incorporação imobiliária é que as obrigações das partes têm naturezas jurídicas diversas, o que impede uma incidência bilateral de uma mesma penalidade. José Fernando Simão, também adepto desta vertente, afirmou, em sua sustentação oral na audiência pública realizada no STJ, que não é aplicável a mesma pena convencional a obrigações diferentes, sob pena de ferir-se a base do negócio jurídico.¹⁶³

O negócio jurídico da incorporação imobiliária é, como já visto, celebrado em conjunto de contratos de promessa de compra e venda e de construção, os quais são articulados para atingirem suas principais finalidades, que são a venda da área do terreno

¹⁶¹ SIMÃO, José Fernando. Inversão da cláusula penal em favor do consumidor: uma análise jurídica sob a ótica da autonomia privada. Parte 3. **Carta Forense**, [S.l.], 02 mai. 2018. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/inversao-da-clausula-penal-em-favor-do-consumidor-uma-analise-da-categoria-juridica-sob-a-otica-da-autonomia-privada-parte-3/18188>. Acesso em: 31 out. 2018.

¹⁶² SIMÃO, José Fernando. Inversão da cláusula penal em favor do consumidor: uma análise jurídica sob a ótica da autonomia privada. Parte 3. **Carta Forense**, [S.l.], 02 mai. 2018. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/inversao-da-clausula-penal-em-favor-do-consumidor-uma-analise-da-categoria-juridica-sob-a-otica-da-autonomia-privada-parte-3/18188>. Acesso em: 31 out. 2018.

¹⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Audiência Pública** – Penalidades por atraso na entrega de imóvel. [S.l.]. [s.d.]. Gravação. Duração: 1h33min. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=o0MRf2LlvNY>. Acesso em: 16 nov. 2018.

incorporado em frações ideais, a construção da edificação coletiva composta por unidades autônomas e áreas de uso comum partilhadas pelo condomínio de adquirentes e a individualização destas no Registro de Imóveis.

Visando a atingir tais escopos, a Lei nº 4.591/1964 procurou respaldar os interesses dos adquirentes com garantias e segurança, como se deu com a instituição do patrimônio de afetação, reservado a resguardar os bens que envolvem a incorporação, e ao impor uma série de obrigações e providências ao incorporador. Desta forma, a referida lei desestimula a iniciativa de executar uma incorporação imobiliária por aqueles que não têm condições mínimas técnicas ou a infraestrutura necessária para assumir os riscos de um negócio jurídico de tamanha importância econômico-social.¹⁶⁴

A responsabilidade do incorporador é objetiva, tendo em vista sua obrigação ser de resultado. Independentemente de culpa, já na celebração do contrato fica compelido a indenizar os adquirentes dos prejuízos que sofrerem em razão da não conclusão da edificação ou do seu atraso injustificado. Desde logo, responde civilmente em razão da atividade exercida, haja vista oferecer riscos para direitos alheios.¹⁶⁵

As obrigações exigidas do adquirente, por sua vez, são mais genéricas, tratando-se dos compromissos de colaborar com o incorporador, de zelar pelo andamento da obra e de exercer fiscalização e controle da atividade incorporativa, mais voltadas à proteção do interesse próprio. Sendo assim, seu único dever rigorosamente exigido é o pagamento pontual das prestações do preço da unidade adquirida.¹⁶⁶

Não obstante anteriormente já se tenha abordado a generalidade de obrigações legais e contratuais das partes do contrato de incorporação imobiliária, aqui importa analisar a relação da cláusula penal com os deveres essenciais de cada uma, dependentes entre si e sem os quais o negócio jurídico não se perfectibiliza, que são o pagamento do preço do imóvel pelo adquirente e a promoção da construção do edifício e, conseqüentemente, a satisfação da entrega do imóvel pelo incorporador.

Se diz serem dependentes entre si tais obrigações porque, via de regra, para garantia do cumprimento integral do contrato, a outorga de escritura definitiva de venda da fração ideal ao adquirente fica condicionada à quitação integral do preço da

¹⁶⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 436-445.

¹⁶⁵ CHALHUB, Melhim Namen. Incorporação Imobiliária. Impossibilidade de Realização. Resolução de Promessa de Compra e Venda. Responsabilidade Objetiva do Incorporador. Critério da Indenização ao Promitente Comprador. Propositura de Ação de Resolução Antes da Exigibilidade da Prestação do Incorporador. **Revista dos Tribunais**, v. 844, p. 99-119, fev. 2006.

¹⁶⁶ RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit., p. 436-445.

construção, comumente coincidindo a última prestação com o prazo de conclusão da obra, sendo menos frequentes os casos em que ocorre a venda imediata e definitiva da fração ideal. Em qualquer dos casos, a propriedade do imóvel somente se transfere com a averbação do contrato à margem do registro da incorporação.¹⁶⁷

Quando a obrigação de pagar o preço da fração ideal se pactua na forma de prestações sucessivas, normalmente o adquirente paga um valor a título de entrada na modalidade de arra confirmatória e o restante em parcelas mensais, podendo ser acompanhadas de previsão de juros, multa moratória e correção monetária por eventual atraso.¹⁶⁸

A título de exemplo, colaciona-se, a seguir, fragmento do modelo de compromisso de compra e venda de unidade autônoma com previsão de cláusula penal para o adquirente que incorre em mora nos contratos imobiliários:¹⁶⁹

2.5 Da mora e do inadimplemento

2.5.1 A mora do(a)s outorgado(a)s no cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas neste contrato acarretar-lhe(s)-á(ão) a responsabilidade pelo pagamento das seguintes penalidades:

a) reajuste monetário, de acordo com os critérios de correção previstos neste contrato e calculado *pro rata die*, observado o critério a seguir:

a.1) quando o pagamento ocorrer além da data do vencimento da prestação, mas dentro do mês de seu vencimento, o valor da prestação, calculado na forma deste contrato, será atualizado monetariamente desde o dia de seu vencimento, até o dia de seu efetivo pagamento, mediante a incidência diária de 1/30 da variação percentual, entre os valores do índice eleito neste contrato;

a.2) quando o pagamento ocorrer no mês posterior ao do vencimento da prestação, o valor desta será atualizado monetariamente até o mês em que se der o pagamento, com base no critério de atualização monetária aqui previsto. A partir daí, e até o dia em que, nesse mês, for efetuado o pagamento, seus valores serão atualizados monetariamente pelo mesmo critério previsto na letra “a”, supra;

b) juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, ou fração, calculados dia a dia, que incidirão sobre o valor do principal, reajustado monetariamente, sem prejuízo da incidência dos juros compensatórios, incluídos no valor de cada parcela.

c) multa moratória de 2% (dois por cento) sobre o valor da parcela, incidente sobre o valor do principal, corrigido monetariamente;

d) honorários de advogado, na base de 10% (dez por cento) sobre o valor do débito, e despesas judiciais e extrajudiciais.

2.5.2 A mora do(a)s outorgado(a)s será ratificada, mediante notificação judicial ou extrajudicial, com prazo de quinze (15) dias para sua purgação.

2.5.3 Iniciada a interpelação e mesmo que não concretizada, o(a)s outorgado(a)s que pretender(em) purgar a mora deverá(ão) fazê-lo com o pagamento, além do principal reajustado e acrescido de multa e dos juros de

¹⁶⁷ GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis. **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos.** v. 6, p. 1339-1353, jun. 2011.

¹⁶⁸ Ibidem.

¹⁶⁹ FRANCO, Antonio Celso Pinheiro; FRANCO, Celina Raposo do Amaral Pinheiro. **Prática de Contratos e Instrumentos Particulares.** 3 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 257.

mora, das despesas judiciais e extrajudiciais, provocadas por seu atraso e mais honorários de advogado.

2.5.4 O simples pagamento do principal, sem reajuste, monetário e sem os demais acréscimos moratórios, não exonerará o(a)s outorgado(a)s da responsabilidade de liquidar tais obrigações, continuando em mora, para todos os efeitos legais e contratuais.

2.5.5 Nada obstante seu caráter de irrevogabilidade e irretratibilidade, o presente contrato será considerado resolvido de pleno direito, a critério da outorgante:

a) se o(a)s outorgado(a)s não pagar(em) qualquer parcela do preço de aquisição da unidade autônoma;

b) se o(a)s outorgado(a)s não cumprir(em) qualquer outra obrigação prevista nesse contrato.

2.5.6 A mora não purgada se transformará em inadimplemento absoluto, quando, então, a parte que não deu ensejo ao descumprimento poderá considerar resolvido este contrato, de pleno direito e em sua integralidade.

Agora, veja-se o caso concreto discutido no REsp nº 1.614.721 - DF, afetado ao Tema Repetitivo nº 971 do STJ. No recurso analisado, a parte autora, prejudicada pelo atraso na conclusão da obra e entrega do imóvel pelo incorporador, postulou a aplicação inversa da multa contratual prevista para mora no pagamento do preço, requerendo fosse o réu condenado ao pagamento do percentual previsto na cláusula penal e incidisse este sobre a totalidade das parcelas pagas pelo adquirente, a ser cobrada desde o final do prazo estipulado no contrato para entrega do bem até a data de efetiva entrega.¹⁷⁰

No modelo, vê-se que a multa moratória proposta para o adquirente incide sobre a parcela atrasada, ou seja, apenas sobre a parte não executada de obrigação pecuniária. Assim, a dúvida que se estabelece é como fazer incidir a mesma penalidade para o inadimplemento relativo de uma obrigação de fazer (promover a construção) e dar (outorgar a escritura do imóvel), sem onerar excessivamente o incorporador, uma vez que não há como dividi-la em prestações de cumprimento sucessivo, tal como é a obrigação da contraparte, razão pela qual seu equivalente pecuniário para fins de arbitramento de indenização acaba sendo a totalidade do preço da fração ideal prometida.

Diferentemente ocorre quando há desfazimento do negócio pelo inadimplemento do incorporador, quando, então, sua obrigação de fazer e dar se resolve em perdas e danos, convertendo-se em obrigação pecuniária, pois se substitui sua prestação em espécie pelo seu valor em moeda corrente.¹⁷¹

¹⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ProAfr no REsp 1614721 DF 2016/0187952-6**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJe: 03/05/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1595451&num_registro=201601879526&data=20170503&formato=PDF. Acesso em: 11 nov. 2018.

¹⁷¹ CHALHUB, Melhim Namen. Incorporação Imobiliária. Impossibilidade de Realização. Resolução de Promessa de Compra e Venda. Responsabilidade Objetiva do Incorporador. Critério da Indenização ao

Portanto, é inegável é que a incidência do mesmo percentual de multa previsto em cláusula penal moratória para o adquirente e para o incorporador gera consequências diferentes para cada um.

Considerando-se que um dos critérios para se identificar a espécie de cláusula penal é o valor da multa em relação ao montante da obrigação da qual é prestação acessória,¹⁷² corre-se o risco de transformar a cláusula penal moratória em prestação compensatória, caso a aplicação contra a incorporadora atinja valor próximo ao total das parcelas pagas pelo adquirente.

Isto porque, à luz do já estudado sobre cláusula penal, para o primeiro a multa moratória não perde seu caráter meramente indenizatório, permitindo ao credor exigi-la cumulativamente com a pretensão de recebimento da obrigação principal, porque incide uma única vez sobre valores determinados no contrato e seu valor jamais se aproxima do montante da obrigação principal. Porém, para o segundo, aplicando-se o percentual da penalidade sobre o valor total do imóvel e sobre todo o período de atraso, quanto maior for a mora para entrega do imóvel, maior será o valor devido a título de multa.

Lembrando-se que a execução da cláusula penal é restrita ao valor nela cominado, seja de caráter ressarcitório, seja de caráter compensatório, não sendo dado às partes demandar quantia superior ou proporcional aos danos sofridos, exceto quando prevista tal possibilidade e desde que comprovado que o prejuízo excede o mínimo de indenização estabelecido no contrato,¹⁷³ a inversão contra o incorporador, a cláusula, contudo, incidindo sobre o valor total do contrato e sobre os meses em atraso, parece contrariar estas disposições.

Veja-se que quando a pena convencional é estipulada para punir eventual comportamento moroso do adquirente, o incorporador aceita receber a indenização pactuada no negócio jurídico, independentemente da extensão do prejuízo que vier a sofrer. Tal lição se retira do Art. 416, parágrafo único, do Código Civil,¹⁷⁴ que evidencia a função de pré-fixação de perdas e danos da cláusula penal, estabelecendo que não pode o credor exigir indenização suplementar, além do valor cominado na cláusula, sem prévia

Promitente Comprador. Propositura de Ação de Resolução Antes da Exigibilidade da Prestação do Incorporador. **Revista dos Tribunais**, v. 844, p. 99-119, fev. 2006.

¹⁷² KONDER, Carlos Nelson. Arras e Cláusula Penal nos Contratos Imobiliários. **Revista dos Tribunais**, v. 5, p. 83-104, mar./abr. 2014.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ 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.

convenção nesse sentido.¹⁷⁵ Desta forma, o adquirente tem prévio conhecimento das consequências que lhe serão aplicáveis caso venha a descumprir sua obrigação.

Invertendo-se a cláusula penal em face do incorporador em juízo, não lhe é viabilizada a mesma segurança, pois o montante da pena sofrerá variação conforme o tempo em que permaneceu em mora com suas obrigações.

Além do mais, considerando-se que a extensão do dano sofrido pelo adquirente, para além do período que fica sem o imóvel, varia de acordo com alguns aspectos, como o objetivo traçado com a compra da fração ideal e o tempo de atraso na entrega do imóvel, ou seja, conforme os interesses envolvidos na compra e que são frustrados com a mora, o valor nominal disposto na cláusula pode representar tanto montante superior, onerando excessivamente o incorporador, quanto aquém dos danos por ele efetivamente sofridos, neste último caso, sendo insuficiente como parâmetro de indenização.

Isto porque também devem ser considerados alguns parâmetros a respeito da extensão dos danos, como a conduta de ambas as partes para mitiga-los, tendo em vista que devem adotar todas as medidas necessárias para evitar sua expansão.

Por isso é importante a verificação, caso a caso, se o comprador agiu de modo a compor os interesses do contrato e se o incorporador foi diligente na tentativa de cumprir sua obrigação, para então avaliar-se a gravidade do prejuízo e, por fim, decidir-se a indenização aplicável.¹⁷⁶

Chega-se a esta conclusão porque, seguindo-se a lógica do Art. 416 do Código Civil, pretendendo receber, em seu favor, o disposto na cláusula penal pactuada em benefício do incorporador, mesmo que os seus prejuízos superem o montante previsto na multa, não pode o adquirente exigir valor superior ao nela estabelecido,¹⁷⁷ o que se supõe inviabilizar a cumulação com outra modalidade de indenização.

Dito isso, em que pese não autorize a indenização sem comprovação do dano, que é uma das principais funções e vantagens da cláusula penal nos contratos em que se insere, oportuno salientar que a legislação pátria oferece, ao adquirente, proteção contra o inadimplemento de quaisquer obrigações pelo incorporador, tanto no Código Civil,

¹⁷⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 599-600.

¹⁷⁶ CHALHUB, Melhim Namen. Incorporação Imobiliária. Impossibilidade de Realização. Resolução de Promessa de Compra e Venda. Responsabilidade Objetiva do Incorporador. Critério da Indenização ao Promitente Comprador. Propositura de Ação de Resolução Antes da Exigibilidade da Prestação do Incorporador. **Revista dos Tribunais**, v. 844, p. 99-119, fev. 2006.

¹⁷⁷ GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis. **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos**. v. 6, p. 1339-1353, jun. 2011. p. 599-600.

como na Lei nº 4.591/1964 (Lei de Incorporações)¹⁷⁸ e, residualmente, no Código de Defesa do Consumidor, quando há relação de consumo,¹⁷⁹ não ficando ele desamparado face a eventuais prejuízos sofridos, mas sujeito à comprovação dos danos sofridos, que parece ser o mais correto dadas as diversas possibilidades nos casos concretos.

Além da resolução por inadimplemento, o Código Civil assegura à parte lesada exigir seu cumprimento, sem prejuízo de indenização por perdas e danos, nos termos do Art. 475.¹⁸⁰

Já a Lei nº 4.591/1964 reconhece ao adquirente a possibilidade de se ver indenizado por eventual inexecução do contrato pelo incorporador, sendo explícito o cabimento de indenização para o caso de retardamento injustificado da conclusão das obras, conforme disciplina o Art. 43 no inciso II:

Art. 43. Quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, mesmo quando pessoa física, ser-lhe-ão impostas as seguintes normas:

(...)

II - responder civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários, dos prejuízos que a êstes advierem do fato de não se concluir a edificação ou de se retardar injustificadamente a conclusão das obras, cabendo-lhe ação regressiva contra o construtor, se fôr o caso e se a êste couber a culpa;

Da mesma forma, a Lei nº 4.591/1964, além de sujeitar o incorporador a sanções de ordem penal previstas nos Arts. 65 e 66, permite aos adquirentes destituírem-no através de uma Comissão de Representantes da incorporação, com fulcro no inciso IV, também do Art. 43, que assim prevê:

VI - se o incorporador, sem justa causa devidamente comprovada, paralisar as obras por mais de 30 dias, ou retardar-lhes excessivamente o andamento, poderá o Juiz notificá-lo para que no prazo mínimo de 30 dias as reinicie ou torne a dar-lhes o andamento normal. Desatendida a notificação, poderá o incorporador ser destituído pela maioria absoluta dos votos dos adquirentes, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal que couber, sujeito à cobrança executiva das importâncias comprovadamente devidas, facultando-se aos interessados prosseguir na obra.

¹⁷⁸ GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis. **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos**. v. 6, p. 1339-1353, jun. 2011. p. 551-553.

¹⁷⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 461.

¹⁸⁰ CC. Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

No tocante à legislação consumerista, explicita em seu Art. 6º, inciso VI,¹⁸¹ protege e garante reparação ao consumidor de danos patrimoniais e morais sofridos em decorrência de atos do fornecedor.

Importa saber que a indenização por perdas e danos é sempre devida quando desatendidas quaisquer das funções atribuídas ao incorporador, como nos casos de retardamento injustificado da construção ou de paralização sem fundamento em caso fortuito ou força maior, hipóteses em que é prolongada a espera do adquirente pela moradia ou exploração econômica da unidade autônoma adquirida. É obrigação do incorporador, ainda que tenha contratado construtor para execução da obra, dar regular andamento à construção dentro do prazo estabelecido para a conclusão.¹⁸²

¹⁸¹ CDC. Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

¹⁸² RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 551 – 553.

CONCLUSÃO

Além de buscar a compreensão das particularidades do instituto da cláusula penal e o modo como é inserida nos contratos de incorporação imobiliária, este estudo, através da análise de demandas instauradas em diversos órgãos e instâncias judiciais, viabiliza esclarecer alguns pontos do debate acerca da possibilidade de aplicação, pelo juiz, de cláusula penal moratória contra o incorporador, quando firmada no contrato unicamente para punir mora do adquirente.

Para tanto é preciso perceber que a cláusula penal é convenção acessória que tem por principal finalidade oferecer a vantagem, para o credor que dela se beneficia, de não precisar se submeter à discricionariedade do Poder Judiciário para comprovar os danos sofridos em decorrência de eventual inadimplemento do devedor, sendo que sua execução prescinde da efetiva ocorrência de prejuízo.

A modalidade de cláusula penal identificada como central ao problema abordado neste trabalho é a moratória, quando elaborada nos contratos de incorporação imobiliária para punir o atraso no pagamento da fração ideal pelo adquirente.

A partir da análise da função punitiva da pena convencional moratória se conclui, num primeiro momento, que há um óbice à sua aplicabilidade contra quem não tenha sido estipulada, visto que a punitividade que lhe é característica impede que seja fixada apenas tácita ou implicitamente, sem consentimento expresso das partes.

Ademais, sendo a utilização de meios coercitivos para se resguardar da inadimplência dos adquirentes de imóveis uma prática usual, resultante da necessidade do incorporador de captar recursos à execução da obra da incorporação imobiliária, há dificuldade em se constatar, com clareza, se a estipulação unilateral de cláusula penal moratória em face daqueles é causa de tamanho desequilíbrio ao contrato a ponto de ensejar interferência do Estado no negócio jurídico para compensá-lo.

De qualquer modo, resta claro que a inversão de cláusula penal moratória em face do incorporador com fundamento nos princípios sociais dos contratos é, inegavelmente, uma interpretação ampliativa de disposição contratual pelo juiz, visto que sua aplicação pressupõe que seja o único instrumento para solucionar um problema jurídico em face da omissão do legislador.

A análise desta hipótese leva ao questionamento dos limites da interferência do Poder Judiciário na esfera econômica dos privados, o que poderá ser objeto de estudo aprofundado em outra oportunidade de pesquisa.

Todavia, é possível concluir que uma vez entendido que a previsão unilateral de cláusula penal é abusiva, não se pode afirmar que houve omissão do legislador, pois a legislação pátria estabelece que deve ser declarada nula, e não invertida contra quem a estipulou, solução que parece oferecer maior segurança jurídica a ambas as partes do contrato, bem como à coletividade de adquirentes de imóveis na planta que uma interpretação ampliada da cláusula pelo julgador.

Outrossim, tendo em vista a determinação legal de que a revisão contratual através do Poder Judiciário, com base na premissa *rebus sic stantibus*, deve atender aos requisitos de ocorrência de fato extraordinário e imprevisto que altere a situação fática contratual após a celebração do contrato, ao modificar o contrato de incorporação imobiliária para tornar a incidência da cláusula penal bilateral fica ainda mais evidente que o juiz está recorrendo à sua discricionariedade para criar direitos e deveres sem o exposto amparo legal.

Além disso, o exame das decisões judiciais explanadas neste trabalho conduz ao entendimento de que a aplicação da mesma cláusula penal moratória para a obrigação pecuniária do adquirente e para as obrigações de fazer (promover a construção) e de dar (outorgar a escritura do imóvel) do incorporador, gera efeitos diversos para cada parte, o que pode, eventualmente, desvirtuar a finalidade do instituto, que é suprir a inexecução relativa do negócio jurídico por um contratante com um mínimo indenizatório que dispensa comprovação de danos.

Como se vê, apesar de não ser possível a análise da totalidade de argumentos utilizados na jurisprudência para amparar, ou rejeitar, a tese de inversão da cláusula penal em face do incorporador, este estudo contribui, principalmente, para a conclusão de que a rejeição ou a aplicação da tese depende, essencialmente, do grau de liberdade dado ao julgador para interpretar e resolver a questão, e para a reflexão sobre os impactos que isto pode ter sobre a concepção de preservação da autonomia privada que se tem atualmente.

Por fim, conclui-se que a decisão que vier a ser tomada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Tema no 971 dos recursos repetitivos será fundamental para ilustrar todas as questões aqui analisadas, apesar de a matéria não estar esgotada nos pontos que se apresenta, e terá grande impacto na elaboração dos contratos de incorporações imobiliárias como é feita hoje, podendo refletir diretamente nos preços e nas condições de compra de imóveis na planta oferecidos no mercado imobiliário brasileiro.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Audiência Pública** – Penalidades por atraso na entrega de imóvel. [S.l.], [s.d.]. Gravação. Duração: 1h33min. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=o0MRf2LlvNY>. Acesso em: 16 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ProAfR no REsp 1614721 DF 2016/0187952-6**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJe: 03/05/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1595451&num_registro=201601879526&data=20170503&formato=PDF. Acesso em: 24 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ProAfR no REsp 1631485 DF 2016/02669130-0**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJe: 03/05/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1595449&num_registro=201602669130&data=20170503&formato=PDF. Acesso em: 24 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 955134 - SC DF 2007/0114070-5**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJe: 29/08/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1170199&num_registro=200701140705&data=20120829&formato=PDF. Acesso em: 24 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Temas repetitivos**. [S.l.], [s.d.]. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=10&i=971. Acesso em: 16 nov. 2018.

CASSETARI, Cristiano. **Multa Contratual: Teoria e Prática da Cláusula Penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CHALHUB, Melhim Namem. O Contrato de Incorporação Imobiliária sob a Perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 50, p. 92-135, jan./jun. 2001.

CHALHUB, Melhim Namen. Incorporação Imobiliária. Impossibilidade de Realização. Resolução de Promessa de Compra e Venda. Responsabilidade Objetiva do Incorporador. Critério da Indenização ao Promitente Comprador. Propositura de Ação de Resolução Antes da Exigibilidade da Prestação do Incorporador. **Revista dos Tribunais**, v. 844, p. 99-119, fev. 2006.

CHALHUB, Melhim. A promessa de compra e venda no contexto da incorporação imobiliária e os efeitos do desfazimento do contrato. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 7, p. 147-183, abr./jun. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação Cível 106403020130710033792**. Apelante: Creta Investimentos Imobiliários Ltda. e outros. Apelado: os mesmos. Relatora: Des^a. Simone Lucindo. Brasília, 05 dez. 2010.

Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 16 nov. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves. Miradas sobre a Cláusula Penal no Direito Contemporâneo. **Revista dos Tribunais**, v. 797, p. 43-59, mar. 2002.

FERRIANI, Carlos Alberto. Da Cláusula Penal. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 55, p. 133-165, jan./mar. 2012.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Da Cláusula Penal no Direito do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 49, p. 77-104, jan./mar. 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e Prática da Cláusula Penal**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FRANCO, Antonio Celso Pinheiro; FRANCO, Celina Raposo do Amaral Pinheiro. **Prática de Contratos e Instrumentos Particulares**. 3 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GARCIA, Sebastião Carlos. Revisão dos Contratos. **Revista dos Tribunais**, v. 856, p. 51-66, fev. 2007.

GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis. **Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos**. v. 6, p. 1339-1353, jun. 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. 2: Teoria Geral das Obrigações. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** vol. 3: Contratos e Atos Unilaterais. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KONDER, Carlos Nelson ; PAULA, Marcos de Souza. A Função da Cláusula Penal Moratória nos Contratos de Compra e Venda de Imóvel na Planta: perigos de uma generalização. **Revista Forense**, v. 422, p. 56-72.

KONDER, Carlos Nelson. Arras e Cláusula Penal nos Contratos Imobiliários. **Revista dos Tribunais**, v. 5, p. 83-104, mar./abr. 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. **Revista do Direito do Consumidor**, v. 42, p. 187-195, abr./jun. 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional**. 1 ed., 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil: Do Inadimplemento das Obrigações**. Volume V, Tomo II. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MIRAGEM, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: Entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 72, out./dez. 2009.

MONTEIRO, Antônio Pinto. Responsabilidade Contratual: Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor. **Revista do EMERJ**, v. 7, n. 26, 2004. Disponível em:
http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_165.pdf.
 Acesso em: 16 nov. 2018.

NASCIMBENI, Asdrubal Franco. Controle Judicial dos Contratos de Adesão. **Revista do Direito do Consumidor**, v. 42, p. 86-129, abr./jun. 2002.

NORONHA, Fernando. Contratos de Consumo, Padronizados e de Adesão. **Revista do Direito do Consumidor**, v. 20, p. 88-111, out./dez. 1996.

OLIVA, Milena Donato. A cláusula penal compensatória estipulada em benefício do consumidor e o direito básico à reparação integral. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 105, p. 273-294, mai./jun. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Incorporação Imobiliária. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 4, p. 9-18, jul./dez. 1979.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. 2: Teoria Geral das Obrigações. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PONTES DE MIRANDA. **Coleção Tratado de Direito Privado: Parte Especial, Tomo XXVI**. Atualizado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. Teoria da Imprevisão e o Novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, v. 830, p. 11-26, dez. 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Turmas Recursais Cíveis Reunida. **Incidente de Uniformização de Jurisprudência 71005354717**. Suscitante: Moises Belo. Suscitado: Turmas Recursais Cíveis RS. Relator: Luiz Felipe Severo Desessards. Redator: Vivian Cristina Angonese Spengler. Porto Alegre, 08 set. 2015. Disponível em:
http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71005354717%26num_processo%3D71005354717%26codEmenta%3D6466606+++++inmeta:rr%3DLuiz%2520Felipe%2520Severo%2520Desessards&proxysylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=71005354717&comarca=Comarca%20de%20Canoas&dtJulg=08/09/2015&relator=Luiz%20Felipe%20Severo%20Desessards&aba=juris. Acesso em: 16 nov. 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal: A Pena Privada nas Relações Negociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aplicadas ao Direito Privado**. São Paulo, [s.d.]. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 01862878220118260100**. Apelante: Camargo Corrêa Desenvolvimento Imobiliário S/A. Apelado: Pedro Hebesh Oliveira e Luziana Ribeiro Oliveira. Relatora: Des^a. Viviani Nicolau. São Paulo, 24 fev. 2015. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8220743&cdForo=0>. Acesso em: 16 nov. 2018.

SIMÃO, José Fernando. In versão da cláusula penal em favor do consumidor: uma análise jurídica sob a ótica da autonomia privada. Parte 3. **Carta Forense**, [S.l.], 02 mai. 2018. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/inversao-da-clausula-penal-em-favor-do-consumidor-uma-analise-da-categoria-juridica-sob-a-otica-da-autonomia-privada-parte-3/18188>. Acesso em: 31 out. 2018.

SIMÕES, Felipe Siqueira de Queiroz; CUNHA, Luiza Fontoura. Distrato de Compra e Venda de Bem Imóvel: Análise Prática do Negócio e da Jurisprudência Atual. **Revista do Direito Imobiliário**, v. 80, p. 389-408, jan./jun. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. vol. 2: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ZANITELLI, Leandro Martins. A Reciprocidade nos Contratos: Uma Análise Expressivista. **Revista de Direito Privado**, v. 42, p. 160-184, abr./jun. 2010.