

A inversão da cláusula penal como mecanismo interventivo nos contratos de incorporação imobiliária: considerações acerca do tema 971 do Superior Tribunal de Justiça

Vynicius Pereira GUIMARÃES*

SUMÁRIO: 1. Introdução: a ordem contratual contemporânea; – 2. O caso: da mora da incorporadora ao Recurso Especial nº 1.614.721/DF; – 3. Contrato de adesão e relação de consumo: abusividade da cláusula penal e (im)possibilidade de sua inversão; – 4. A cláusula penal sob perspectiva funcional: critérios para qualificação no caso concreto e (in)viabilidade do mecanismo interventivo; – 5. Conclusão; – 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução: a ordem contratual contemporânea

Se, sob o paradigma liberal-oitocentista, a função precípua do direito dos contratos tinha que ver apenas com a manutenção pura e simples dos pactos celebrados e a garantia de sua execução – *pacta sunt servanda* –; posteriormente, o direito contratual passou a desempenhar relevante papel na mitigação dos efeitos de eventuais vulnerabilidades identificadas *in concreto*.¹

Quando do advento das codificações europeias, em nome da proteção da vontade individual – verdadeiro dogma do liberalismo – forjou-se o regime contratual clássico, em que se inspirou o Código Civil brasileiro de 1916. Nesse contexto, a dogmática contratual pautava-se em três sólidos pilares: i) o princípio da autonomia da vontade; ii) o princípio da obrigatoriedade e intangibilidade dos pactos e iii) o princípio da relatividade.²

Muitas linhas já se desenvolveram a respeito da mitigação dos dois últimos princípios, destacadamente, no que toca ao segundo, sobre os mecanismos de revisão contratual e, quanto ao terceiro, sobre a tutela externa do crédito. À autonomia da vontade, contudo,

* Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. *E-mail*: vynicius.pguimaraes@gmail.com.

¹ “O Direito Civil, assim como os outros ramos do Direito Privado, assistiu à profunda intervenção por parte do Estado, na tentativa de evitar que a exasperação da teoria individualista – ao invés de gerar o que se imaginara no século anterior, ou seja, a riqueza das nações e das pessoas – continuasse a acirrar as desigualdades, com a formação de novos miseráveis, tornando inviável o próprio regime de mercado, essencial ao capitalismo” (TEPEDINO, Gustavo. *O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa*. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). Belo Horizonte: Forum, 2016, p. 20).

² Sobre a relatividade das obrigações que provêm do contrato, cf. lição de San Tiago Dantas: “ao credor, que é titular, opõe-se claramente um só indivíduo – o devedor – cuja obrigação é a mais caracteristicamente pessoal que se possa imaginar” (DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*: Parte Geral. Editora Rio: Rio de Janeiro, 1979, p. 162).

não se dirigiu estudo específico que buscasse parâmetros para compreender sua colocação na ordem contratual contemporânea e os efeitos da mitigação do princípio tal como concebido pelo direito contratual clássico.

A autonomia da vontade revelava-se alicerce do modelo liberal, proveniente da compreensão do individualismo quase como uma religião.³ No respeito à vontade individual – desde que emanada livremente – pautava-se o direito dos contratos, que fazia *lei entre as partes*.

Progressivamente, a autonomia da vontade cedeu lugar à noção de autonomia privada, alterada qualitativamente em diversos de seus aspectos.⁴ No que diz respeito a este trabalho, destaca-se que o ordenamento jurídico, no direito contemporâneo, passa a tomar em conta as diferenças que inferiorizam a pessoa, considerando, portanto, suas vulnerabilidades, em movimento que ficou conhecido como a passagem do *sujeito* – abstrato e generalizado – à *pessoa* – considerada em suas vicissitudes e, principalmente, fragilidades sejam patrimoniais sejam existenciais.⁵

Assim, a autonomia privada, isto é, “o poder reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas

³ A expressão foi utilizada por TEPEDINO, Gustavo. “Essa espécie de papel constitucional do Código Civil e a crença do individualismo como verdadeira religião marcam as codificações do século XIX e, portanto, o nosso Código Civil de 1916, fruto de uma época que Stefan Zweig, em síntese feliz, designaria como ‘o mundo da segurança’” (Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil, *Revista de Direito do Estado*, a. 1, n. 2, abr.-jun./2006, p. 39).

⁴ Para uma compreensão geral a respeito do tema, v. TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de Direito Civil*, T. III. Renovar: Rio de Janeiro, 2009, pp. 14-15: “No que se refere ao aspecto subjetivo, observa-se a passagem do sujeito abstrato à pessoa concretamente considerada. O ordenamento jurídico, que desde a Revolução Francesa, graças ao princípio da igualdade formal, pôde assegurar a todos tratamento indistinto perante a lei, passa a preocupar-se, no direito contemporâneo, com as diferenças que inferiorizam a pessoa, tornando-a vulnerável. Para o hipossuficiente, com efeito, a igualdade formal mostra-se cruel, sendo-lhe motivo de submissão ao domínio da parte preponderante. Daí voltar-se a ordem jurídica para a investigação das singularidades da pessoa humana. O alvo de atenção do legislador não é mais o sujeito de direito mas os consumidores, a mulher, as crianças e adolescentes e assim por diante. O homem em seu próprio contexto irá avocar e determinar a normativa mais condizente com suas necessidades existenciais. Na mesma esteira, a diferença entre pessoas jurídicas e pessoas físicas ganha singular importância, impondo-se lógica interpretativa e técnica legislativa diferenciadas. Por outro lado, a mudança no aspecto objetivo da autonomia privada revela-se no sentido de que novos interesses existenciais se sobrepõem aos interesses patrimoniais que caracterizavam os bens jurídicos no passado. As categorias do direito privado devem ser reconstruídas, a partir do surgimento de situações jurídicas inteiramente novas, advindas com a revolução tecnológica dos últimos cinquenta anos. Basta pensar na engenharia genética, na procriação *in vitro*, na extraordinária massa de informações pessoais colhidas mediante o exame de DNA e na circulação de dados propiciados pelas redes de informática. Cabe à doutrina do direito civil estabelecer parâmetros para tutelar a pessoa humana diante dos novos bens jurídicos que se tornam objeto de situações existenciais suscitadas pelo avanço da cibernética e da tecnologia. Por fim, a forma dos atos jurídicos, que se voltava no passado exclusivamente para a segurança patrimonial, no sentido de proteger as transferências patrimoniais *inter vivos* e *causa mortis*, especialmente no que tange aos bens imóveis, passa a exercer papel limitador da autonomia privada em favor de interesses socialmente relevantes e das pessoas em situações de vulnerabilidade. Os formulários-padrão, por exemplo, destinam-se a proteger o consumidor, o mutuário, o aderente no contrato de adesão e assim sucessivamente”.

⁵ Sobre o tema das vulnerabilidades patrimoniais e existenciais, v. KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 99/2015, Maio - Junho/2015, pp. 101-123.

como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos”,⁶ deixa de ser compreendida como um valor em si, merecendo tutela se e na medida em que promover os valores da legalidade constitucional.⁷

A autonomia privada manifesta-se, portanto, no princípio da liberdade de contratar, que possui como corolários: i) a liberdade de contratar *stricto sensu*; ii) a liberdade de escolher o contratante e iii) a liberdade de determinar o conteúdo e a forma de que se revestirá o negócio.⁸

O menoscabo de algum desses aspectos gera, no que toca ao direito dos contratos, *vulnerabilidades*, de que se vale o intérprete para justificar eventuais intervenções nos pactos privados. Perceba-se que a vulnerabilidade *contratual*⁹ diz mais respeito à posição que ocupa o contratante em uma negociação *in concreto* do que com suas peculiaridades subjetivas. É dizer, tem mais a ver a vulnerabilidade com a lógica na qual se estabelece e desenvolve a relação do que com o fato de o contratante ser rico, pobre, feio, bonito, etc.

Contemporaneamente, no avançar do século XXI, impõe-se ao intérprete problemática que diz respeito, qualitativamente, ao cabimento – ou não – de intervenções heterônomas¹⁰ nas pactuações privadas e, quantitativamente, em que medida tais intervenções se justificariam.

Vislumbram-se, na civilística contemporânea, inúmeras modalidades interventivas nos acordos privados, das quais se podem destacar a revisão e a resolução contratual, a interpretação mais favorável ao aderente, a redução das cláusulas penais e, mais recentemente, a inversão da cláusula penal estabelecida por um contratante em desfavor do outro.

Nesse contexto, a decisão proferida pela 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça do Recurso Especial nº 1.614.721/DF, afetado para julgamento sob o rito dos recursos

⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed., 2002, p. 17.

⁷ V., por todos, PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed., 2002.

⁸ “Hão de se delinear os aspectos nos quais se manifesta a autonomia privada. Tradicionalmente, afirma-se que ela se traduz, antes de tudo, na liberdade de negociar, de escolher o contratante, de determinar o conteúdo do contrato ou do ato, de escolher, por vezes, a forma do ato” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed., 2002, p. 17).

⁹ O presente trabalho não abordará as vulnerabilidades chamadas existenciais. Sobre o tema, cf. KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 99/2015, Maio – Junho/2015, pp. 101-123: “(...) a vulnerabilidade existencial seria a situação jurídica subjetiva em que o titular se encontra sob maior suscetibilidade de ser lesionado na sua esfera extrapatrimonial, impondo a aplicação de normas jurídicas de tutela diferenciada para a satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana”.

¹⁰ Classificam-se como heterônomas as intervenções impostas sejam pelo Poder Judiciário sejam por órgão arbitral.

repetitivos, permite uma interessante análise dos parâmetros de que pode se valer o Poder Judiciário para intervir nas relações privadas. Trata-se o caso do que se convencionou chamar de *inversão de cláusula penal*. Isto é, em um contrato celebrado entre A e B, a cláusula penal que é prevista para eventual inadimplemento de A é aplicada a B.

A questão, diante de sua relevância, foi julgada em recurso repetitivo, e deu origem ao tema 971 do Superior Tribunal de Justiça, que afirma: “no contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial”.

Não se ignora a questão de ordem trazida pelo Ministro Relator, no sentido de que o entendimento propugnado pelo STJ valerá apenas para os casos anteriores à vigência da Lei. 13.786/18. O comentário não deixa de se revelar oportuno em razão da relevância do mecanismo interventivo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, ao qual poderá ser conferido vocação expansiva, por exemplo, para outros casos que não o de relações oriundas de incorporações imobiliárias.

2. O caso: da mora da incorporadora ao Recurso Especial nº 1.614.721/DF

Ao dia 5.11.2011, A.R.S.M celebrou com incorporadora imobiliária contrato de promessa de compra e venda de um imóvel situado em Taguatinga, comercializado ainda na planta. Pactuaram as contratantes que a entrega do imóvel deveria ocorrer até o mês de dezembro de 2013, admitindo-se prazo de tolerância de 180 dias.

Apesar de a adquirente ter adimplido o contrato, pagando pontualmente as mensalidades, a incorporadora deixou de cumprir sua prestação principal: a de entregar o imóvel. Diante da mora da incorporadora, a adquirente ajuizou ação indenizatória de perdas e danos, buscando reparação dos danos causados pelo atraso na conclusão das obras e, conseqüentemente, da entrega do imóvel.

Em sua petição inicial, requereu i) a declaração de nulidade da cláusula de tolerância quanto ao prazo de entrega do imóvel; ii) indenização por lucros cessantes; iii) inversão dos encargos moratórios (item 4.2 do contrato) para condenar a requerida ao pagamento de multa de 2%, a incidir sobre o valor do contrato atualizado; e iv) condenação da ré ao pagamento dos impostos e da taxa de condomínio até a entrega efetiva do imóvel.

O presente trabalho cinge-se apenas à análise do mérito do pedido (iii) relativo à inversão da cláusula penal moratória que, posto ser-lhe estabelecida contrariamente, dela se valeu a adquirente com vistas a fundamentar seu pleito ressarcitório em face da incorporadora.

A sentença julgou o referido pedido procedente, condenando a Ré ao pagamento à Autora os percentuais de multa e os juros de mora previstos na cláusula 4.2 do contrato a título de *encargos moratórios invertidos*.

A construtora-Ré interpôs recurso de Apelação argumentando que, uma vez inexistente a previsão de multa moratória a favor da adquirente, a inversão da cláusula caracterizaria verdadeira criação pelo Poder Judiciário do conteúdo contratual. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFDT – deu parcial provimento ao recurso¹¹ para afastar a condenação da construtora ao pagamento da multa moratória prevista na cláusula 4.2 do Contrato, por entender inviável a inversão da cláusula penal. Destaque-se do acórdão o trecho a seguir:

verifico que há razoabilidade no entendimento de que não é cabível a aplicação de sanção contratual sem previsão expressa porque não cabe ao julgador inovar no contrato, criando cláusula que não foi pactuada pelas partes.¹²

¹¹ O Acórdão do TJDFDT encontra-se a seguir ementado: “Apelação Cível - Promessa De Compra E Venda De Imóvel Em Construção - Atraso Na Entrega Do Imóvel - Inovação Recursal - Interesse De Agir - Lucros Cessantes - Inversão Da Multa Moratória - Impossibilidade - Despesas Com O Imóvel - Responsabilidade Da Construtora Até A Efetiva Entrega Das Chaves. 1. Caracteriza inovação recursal a apresentação, em sede de apelo, de matérias não trazidas na contestação, sendo vedado o seu conhecimento, sob pena de supressão de instância. 2. Demonstrada a necessidade e utilidade da ação de indenização, rejeita-se a preliminar de carência de ação por ausência de interesse de agir. 3. E abusiva a cláusula que prevê alteração da data de entrega do imóvel com base no contrato de financiamento porque coloca o consumidor em extrema desvantagem ao não saber ao certo a data do cumprimento da obrigação. 4. A não, entrega do imóvel no prazo previsto gera, por si só, prejuízo presumido ao adquirente, razão pela qual a ele é devida indenização por lucros cessantes. 5. Não é possível a inversão da cláusula penal estipulada exclusivamente para o consumidor porque não cabe ao julgador inovar no contrato. 6. As despesas do imóvel são de responsabilidade da construtora até a entrega das chaves ao comprador. 7. Conheceu-se parcialmente e, nesta parte, deu-se parcial provimento ao apelo da ré”.

¹² O Acórdão proferido pelo TJDFDT encontra-se a seguir ementado: “Apelação Cível - Promessa De Compra E Venda De Imóvel Em Construção - Atraso Na Entrega Do Imóvel - Inovação Recursal - Interesse De Agir - Lucros Cessantes - Inversão Da Multa Moratória - Impossibilidade - Despesas Com O Imóvel - Responsabilidade Da Construtora Até A Efetiva Entrega Das Chaves. 1. Caracteriza inovação recursal a apresentação, em sede de apelo, de matérias não trazidas na contestação, sendo vedado o seu conhecimento, sob pena de supressão de instância. 2. Demonstrada a necessidade e utilidade da ação de indenização, rejeita-se a preliminar de carência de ação por ausência de interesse de agir. 3. E abusiva a cláusula que prevê alteração da data de entrega do imóvel com base no contrato de financiamento porque coloca o consumidor em extrema desvantagem ao não saber ao certo a data do cumprimento da obrigação. 4. A não, entrega do imóvel no prazo previsto gera, por si só, prejuízo presumido ao adquirente, razão pela qual a ele é devida indenização por lucros cessantes. 5. Não é possível a inversão da cláusula penal estipulada exclusivamente para o consumidor porque não cabe ao julgador inovar no contrato. 6. As despesas do imóvel são de responsabilidade da construtora até a entrega das chaves ao comprador. 7. Conheceu-se parcialmente e, nesta parte, deu-se parcial provimento ao apelo da ré”.

Em sequência, a Autora interpôs o Recurso Especial nº 1.614.721/DF, alegando, em síntese voltada para os fins do presente estudo, a violação pelo acórdão dos dispositivos contidos nos artigos 408, 409 e 410 do Código Civil.

Diante da relevância econômica, social e jurídica do tema, o STJ convocou audiência pública para ouvir pessoas e entidades com representatividade técnica e *expertise* na matéria em análise. No Acórdão, a Corte destacou duas manifestações. A primeira, do Professor José Fernando Simão, que, sendo a cláusula penal compensatória um instrumento pelo qual as partes prefixam as perdas e danos, abrindo mão da prova do prejuízo, sua inversão em desfavor da construtora equivaleria a ignorar a natureza jurídica das prestações. Isto é, como não são iguais as prestações devidas por cada uma das partes, valer-se da mesma prefixação de perdas e danos geraria iniquidade contratual. Assim, defendeu o Professor a nulidade da cláusula abusiva no lugar da inversão pretendida pelo recorrente.¹³

A segunda manifestação destacada pelo STJ foi a do Professor Sylvio Capanema, também no sentido da impossibilidade da inversão da cláusula penal. O renomado jurista apontou duas razões para tal: i) a distinta natureza jurídica das prestações emanadas dos contratos em questão; do lado do adquirente, uma obrigação pecuniária e, de parte da incorporadora, uma obrigação de fazer; ii) a compreensão do negócio jurídico como a autorregulamentação dos interesses privados impediria o Poder Judiciário de criar uma pena não prevista no contrato para uma das partes.¹⁴

Em seu voto condutor, o Ministro Luis Felipe Salomão afirmou que a prefixação dos danos gerados pelo inadimplemento relativo no próprio contrato – operada por meio da cláusula penal moratória – “atende aos interesses de ambas as partes, incluindo o devedor em mora, na medida que inequivocamente propicia segurança jurídica às partes ao dispensar a prova do dano, muitas vezes onerosa e difícil, podendo levar até mesmo a litígios que devem ser dirimidos por juiz ou árbitro”.¹⁵

¹³ O acórdão destaca o seguinte trecho sustentado pelo Professor José Fernando Simão: “Se a construtora - e depois vou dar uma solução jurídica que me parece adequada - impuser - e segundo o Professor Flávio Tartuce, eventualmente, indevidamente - uma cláusula penal em desfavor do consumidor, o problema é que a previsão de descumprimento daquela cláusula penal é para a prestação do consumidor. Invertê-la em desfavor da construtora é ignorar a natureza jurídica das prestações. As prestações não são iguais. Inversão de cláusula penal é criar cláusula penal em desfavor de alguém desconsiderando a diferença de prestações: dar e fazer, dar e não fazer ou fazer e não fazer. Defendeu a nulidade da cláusula abusiva, por ineficácia ou invalidação, no lugar da inversão pretendida pelo recorrente”.

¹⁴ “(...) no mesmo rumo, Sylvio Capanema defendeu a impossibilidade de inversão da cláusula penal. A uma, pela diferença de natureza jurídica das prestações emanadas dos contratos em questão - de um lado, uma obrigação pecuniária e, do outro, por parte do incorporador, uma obrigação de fazer. A duas, porque o negócio jurídico é autorregulamentação dos interesses privados, não sendo possível ao Judiciário criar uma pena que não esteja prevista no contrato para uma das partes”.

¹⁵ STJ, REsp nº 1.614.721/DF, 2ª Seção, rel. min. Luis Felipe Salomão, julg. 22.5.2019, p. 32.

O Ministro relator inicia a fundamentação de seu voto apontando a função precípua da cláusula penal moratória como a prefixação da indenização pelo inadimplemento relativo.¹⁶ Dessa forma, tendo em vista que a reparação por perdas e danos compõe-se por danos emergentes e por lucros cessantes, o adquirente faz jus à indenização pelos alugueres que deixa de receber em razão da mora da incorporadora.¹⁷ Nesse sentido é a jurisprudência do STJ citada no acórdão.¹⁸

A função eminentemente reparatória – reconhecida pelo Ministro como preponderante em sede de cláusula penal – é acompanhada, reflexamente, por uma função dissuasória, que se diferencia, de acordo com o relator, da mera função punitiva “por buscar dissuadir condutas futuras, mediante reparação/compensação dos danos individuais”.¹⁹

Assim, conclui o Ministro que diante da previsão contratual de uma cláusula penal moratória que prefixa a indenização, não caberá cumulação posterior com lucros cessantes, pois, conforme jurisprudência do próprio STJ trazida no voto, “o valor estabelecido a título de multa contratual representa, em essência, a um só tempo, a medida de coerção ao adimplemento do devedor e a estimativa preliminar dos prejuízos sofridos com o inadimplemento ou com a mora”.²⁰

¹⁶ Sobre a função da cláusula penal moratória, *v. item 4, infra*.

¹⁷ Sobre o tema, cf. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁸ Embargos de divergência em recurso especial. Compra e venda de imóvel. Atraso na entrega. Lucros cessantes. Prejuízo presumido. 1. Nos termos da jurisprudência do STJ, o atraso na entrega do imóvel enseja pagamento de indenização por lucros cessantes durante o período de mora do promitente vendedor, sendo presumido o prejuízo do promitente comprador. 2. A citação é o marco inicial para a incidência dos juros de mora, no caso de responsabilidade contratual. Precedentes. 3. Embargos de divergência acolhidos. (REsp 1341138/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 09/05/2018, DJe 22/05/2018).

¹⁹ STJ, REsp nº 1.614.721/DF, 2ª Seção, rel. min. Luis Felipe Salomão, julg. 22.5.2019, p. 34.

²⁰ “Recurso especial. Civil. Ação de rescisão contratual. Restituição de valores. Cumprimento de sentença. Acordo judicial. Pagamento em prestações. Atraso. Cláusula penal. Inadimplemento de pequena monta. Pagamento parcial. Redução obrigatória. Pacta sunt servanda. Art. 413 do CC/02. Avaliação equitativa. Critérios. Peculiaridades. 1. Cinge-se a controvérsia a determinar se: a) é um dever ou uma faculdade a redução da cláusula penal pelo juiz, na hipótese de pagamento parcial, conforme previsão do art. 413 do CC/02; b) é possível e com qual critério deve ocorrer a redução do valor da multa na hipótese concreta. 2. O valor estabelecido a título de multa contratual representa, em essência, a um só tempo, a medida de coerção ao adimplemento do devedor e a estimativa preliminar dos prejuízos sofridos com o inadimplemento ou com a mora. 3. No atual Código Civil, o abrandamento do valor da cláusula penal em caso de adimplemento parcial é norma cogente e de ordem pública, consistindo em dever do juiz e direito do devedor a aplicação dos princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico entre as prestações, os quais convivem harmonicamente com a autonomia da vontade e o princípio pacta sunt servanda. 4. A redução da cláusula penal é, no adimplemento parcial, realizada por avaliação equitativa do juiz, a qual relaciona-se à averiguação proporcional da utilidade ou vantagem que o pagamento, ainda que imperfeito, tenha oferecido ao credor, ao grau de culpa do devedor, a sua situação econômica e ao montante adimplido, além de outros parâmetros, que não implicam, todavia, necessariamente, uma correspondência exata e matemática entre o grau de inexecução e o de abrandamento da multa. 5. Considerando, assim, que não há necessidade de correspondência exata entre a redução e o quantitativo da mora, que a avença foi firmada entre pessoas jurídicas - não tendo, por esse motivo, ficado evidenciado qualquer desequilíbrio de forças entre as contratantes -, que houve pequeno atraso no pagamento de duas prestações e que o inadimplemento foi realizado de boa-fé pela recorrente, considera-se, diante das peculiaridades da hipótese concreta, equitativo e proporcional que o valor da multa penal seja reduzido para 0,5% do valor de cada parcela em atraso. 6. Recurso especial provido” (REsp 1641131/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/02/2017, DJe 23/02/2017).

Outrossim, fica demonstrado no voto que o valor locatício do imóvel não entregue – parâmetro dos lucros cessantes devidos – gira em torno de 0,5% a 1% ao mês do valor do bem.

Argumenta, ainda, que por imperativo de equidade, se houver omissão no contrato, cabe ao Judiciário inverter a cláusula contratual penal que prevê multa exclusivamente em benefício da promitente vendedora do imóvel. De acordo com o magistrado, os precedentes do STJ que caminham nesse sentido visam à manutenção do equilíbrio da base contratual para a adequada reparação do dano, tomando a cláusula penal estipulada em benefício de apenas uma das partes como parâmetro objetivo de aferição do dano.

Trata-se, nas palavras do Ministro, de instrumento para a conservação da equivalência entre as posições contratuais, que vai ao encontro das diretrizes de sociabilidade e eticidade alçadas pelo Código Civil de 2002 a postulados fundamentais. Por tratar o caso de relação consumerista – tendo em vista que a adquirente do imóvel pretende, quando em sua posse, nele residir –, o magistrado faz referência aos preceitos do Código de Defesa do consumidor, especialmente aos princípios elencados em seus artigos 4º e 6º, que dispõem:

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.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a *igualdade nas contratações*;

Nessa toada, o posicionamento do ministro relator toma por base a sistemática do CDC a respeito das razões para que uma cláusula seja considerada abusiva em uma relação de consumo, não se limitando às listadas no artigo 51 do referido diploma legal. Isso porque

o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIN 1990/DF, consolidou entendimento no sentido de que é possível a existência de novas cláusulas abusivas acrescentadas ao sistema consumerista pelo legislador infraconstitucional.

Assim, ressaltando que a Portaria n. 4 de de 13/3/1998, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ) previu como abusivas as cláusulas que estabeleçam sanções em caso de atraso ou descumprimento da obrigação somente em desfavor do consumidor, o Ministro relator finaliza o argumento de que a cláusula penal disposta apenas contrária ao adquirente revela-se abusiva, concluindo que

Destarte, prevendo o contrato a incidência de multa para o caso de inadimplemento por parte do consumidor, a mesma multa deverá ser considerada para o arbitramento da indenização devida pelo fornecedor, caso seja deste a mora ou o inadimplemento absoluto.²¹

Contudo, ressaltou o magistrado que “constitui equívoco frequente simplesmente inverter, sem observar a técnica própria, a multa moratória referente à obrigação do adquirente de dar (pagar), para então incidir em obrigação de fazer, resultando em indenização pelo inadimplemento contratual em montante exorbitante, desproporcional, a ensejar desequilíbrio contratual e enriquecimento sem causa, em indevido benefício do promitente comprador”.

O magistrado, de forma arrazoada, compreende que a mera inversão para determinar a incidência mensal do mesmo percentual sobre o valor total do imóvel pode gerar enriquecimento sem causa por parte do adquirente. Dessa maneira, deve-se observar o perfil funcional da cláusula penal moratória – a de prefixar as perdas e danos – sob pena de, subvertendo-se o programa contratual, provocar locupletamento indevido do adquirente.

Assim, para que seja aplicado o percentual previsto na penal moratória, faz-se necessário uma anterior conversão por arbitramento da obrigação de fazer em obrigação pecuniária, de modo a apurar o valor razoável para a indenização em razão da mora da incorporadora. Uma vez realizada a conversão, seria possível a utilização da cláusula penal, agora invertida, como *parâmetro objetivo* para a manutenção do equilíbrio do pactuado.

²¹ STJ, REsp nº 1.614.721/DF, 2ª Seção, rel. min. Luis Felipe Salomão, julg. 22.5.2019, p. 47.

Diante do exposto, propôs o Ministro a seguinte tese:

No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial.

E, julgando o caso concreto, deu provimento ao Recurso Especial para permitir a “inversão” (o uso de aspas revela-se imprescindível para a análise do julgado, conforme de verá adiante) da cláusula penal e excluir a indenização por lucros cessantes.

Em seu voto vista, a Ministra Maria Isabel Gallotti, discordando de seu par, afirmou não ser possível, sob o argumento de se buscar o equilíbrio contratual, a inversão de obrigações de naturezas distintas, “concebidas em razão de dinâmica contratual própria, resultando na criação de uma nova obrigação não concebida pelos contratantes”.²²

Segundo a magistrada, a estipulação de multa ao adquirente exerce a função de garantir os interesses tanto da incorporadora quanto do coletivo de adquirentes, pois, na sistemática das incorporações imobiliárias, a insuficiência da poupança coletiva formada pelo pagamento das prestações pode ensejar a inviabilização do empreendimento. Assim, diante das especificidades da pactuação, a magistrada posiciona-se no sentido de não ser, em princípio, abusiva a estipulação, da multa para desestimular o não pagamento tempestivo das prestações pelo adquirente.

Em verdade, a Ministra compreende a “inversão da cláusula penal” como verdadeira criação de uma nova obrigação por meio da intervenção do Poder Judiciário, o que, em sua visão, não se pode admitir. Assim, ainda que se admitisse a abusividade na imposição da pena, a solução seria tão somente a declaração de sua nulidade, nos termos do artigo 51 do CDC.

A ministra aponta, por fim, que a eventual inversão da cláusula penal poderia gerar uma perversa consequência. Isso porque, tendo o dispositivo função remuneratória, o mecanismo da inversão não permitiria ao adquirente exercer pretensão de perdas e danos para além do percentual previsto na cláusula.

²² STJ, REsp nº 1.614.721/DF, 2ª Seção, rel. min. Luis Felipe Salomão, julg. 22.5.2019, p. 57.

Estabelecidos os contornos em que foi proferido o relevante acórdão, passa-se à análise das principais premissas estabelecidas pela Corte para a aplicação do tema 971 da jurisprudência do STJ, a dizer: a celebração de um contrato de incorporação *de adesão* e a existência, no pacto, de previsão de cláusula penal. Investiga-se, a partir desse momento, em que medida tais premissas autorizariam (ou não) a aplicação do mecanismo interventivo trazido pelo STJ.

3. Contrato de adesão e relação de consumo: abusividade da cláusula penal e (im)possibilidade de sua inversão

O contrato de adesão não diz respeito a um tipo contratual nem ao objeto do contrato propriamente dito. Trata-se, em verdade, de um método de contratação. Nesse sentido, afirma Caio Mário da Silva Pereira que o contrato de adesão forma-se “pela adesão de uma parte à declaração de vontade estereotipada da outra”.²³

É lugar comum em doutrina se dizer que o traço caracterizador do contrato de adesão reside no poder que detém um dos contratantes (proponente) de pré-estabelecer os dispositivos componentes do instrumento contratual, enquanto que ao outro (oblato) caberá tão somente aceitar os termos propostos – tornando-se, assim, *aderente* – ou rejeitá-los.

Diante de um contrato de adesão, caberá a uma das partes apenas aceitar, *em bloco*, as cláusulas estabelecidas pela outra, manifestando-se o consentimento como simples adesão ao conteúdo preestabelecido da relação jurídica. Justamente pela ausência de *contratualidade* plena, algumas vezes se levantaram desde o limiar do século XX contrariamente à caracterização do instituto como contrato propriamente dito.²⁴

A controvérsia desenvolveu-se na França, tendo muitos juristas se manifestado favoravelmente à designação do contrato de adesão como contrato. Georges Ripert, por exemplo, não confere ao instituto natureza própria. Para o jurista, tratar-se-ia de

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 63.

²⁴ SALEILLES, Raymond. De la déclaration de volonté. *Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil Allemand*. Paris: LGDJ, 1929, pp. 229 e ss. Nesse sentido, v. WERNER, José Guilherme Vasi. Adesão, abusividade e vulnerabilidade: uma vinculação necessária? In. *Direito Privado em perspectiva: teoria, dogmática e economia*. Fernando Legal (org.), Rio de Janeiro: Malheiros, 2011, pp. 189-190: “Inicialmente, as primeiras impressões sobre o fenômeno do contrato de adesão eram no sentido de negar a própria natureza de contrato, tendo em vista a ausência de manifestação de vontade do aderente em relação à estipulação do programa contratual. Um dos principais defensores dessa corrente anticontratalista foi o francês Raymond de Saleilles, para quem o fenômeno remetia a uma declaração unilateral de vontade, e, como tal, deveria ser tratada”.

contrato, a se distinguir apenas pelo modo pelo qual o consentimento se manifesta.²⁵ O presente trabalho não comporta maiores digressões a respeito do contorno histórico da disciplina dos contratos de adesão.²⁶

O Código de 1916 não tratou do instituto,²⁷ que só ganhou contornos legislativos no Código de Defesa do Consumidor e, posteriormente, no Código Civil de 2002. A definição legal do contrato de adesão nas relações de consumo é trazida pelo artigo 54 do CDC, que dispõe:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo.

Posto que a definição do instituto tenha sido introduzida no direito brasileiro pelo legislador consumerista, deve-se ressaltar que a disciplina dos contratos de adesão – e, conseqüentemente, a tutela do aderente – não se restringe às relações de consumo. Afinal, como se depreende da doutrina especializada, “o que é essencial no contrato de adesão é a ausência de debate prévio entre as partes, com a predeterminação unilateral do conteúdo contratual”,²⁸ o que pode ocorrer também em relações não-consumeristas.

O Código Civil de 2002, atento ao fenômeno da massificação das contratações, dispôs sobre os contratos de adesão em seus artigos 423 e 424.²⁹ As previsões legislativas do CDC e do Código Civil não se excluem, guardando cada uma delas, à luz da unidade do ordenamento, potencialidade específica à tutela do aderente (consumidor ou não) em cada caso concreto. Nessa esteira, reconheceu o Enunciado nº 171 da III Jornada de Direito Civil organizada pelo Conselho da Justiça Federal – CJF, que “o contrato de adesão, mencionado nos artigos 423 e 424 do novo Código Civil, não se confunde com o contrato de consumo”.

²⁵ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2000. pp. 104-105.

²⁶ Para um panorama geral do desenvolvimento histórico do instituto do contrato de adesão, cf. trabalho especializado de SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. *Renúncia a direito nos contratos de adesão em relações civis e empresariais: limites à autonomia negocial nos business to business contracts*. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – 2015, pp. 20 e ss.

²⁷ Diante da expansão das contratações massificadas, a ausência de normatização da disciplina atinente aos contratos de adesão foi notada por alguns autores brasileiros. Dentre eles, destaca-se GOMES, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

²⁸ SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. *Renúncia a direito nos contratos de adesão em relações civis e empresariais: limites à autonomia negocial nos business to business contracts*. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – 2015, p. 32.

²⁹ Código Civil. Art. 423 Quando houver no contrato de adesão cláusulas que gerem dúvida quanto à sua interpretação, será adotada a mais favorável ao aderente. (Redação dada pela Medida Provisória nº 881, de 2019) Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Consumidor, no Direito brasileiro, é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”,³⁰ cuja tutela encontra fundamento na Constituição da República (art. 5, XXXII). Não obstante o intenso debate doutrinário em busca de um conceito mais preciso de *consumidor*,³¹ fato é que nenhuma definição vincula a noção de consumidor à de aderente.

No caso em análise, contudo, percebe-se que a fixação do tema 971 do STJ desconsiderou a qualificação do adquirente como consumidor, tratando apenas da proteção do adquirente-aderente, muito embora a relação que deu origem ao acórdão poder ser caracterizada como de consumo. Tomando-se como base a literalidade do tema 971 do STJ, questiona-se se e em que medida a tutela conferida ao *aderente* pelo ordenamento jurídico autorizaria a chamada *inversão* da cláusula penal.

Afinal, as razões de ser da tutela do aderente não se confundem com os fundamentos da tutela do consumidor. Nada obsta, a princípio, que um aderente não seja consumidor e que determinado consumidor não seja aderente.³² Na mesma linha, ao se analisar “o outro lado da moeda”, nada obsta que o predisponente não seja um fornecedor de serviços ou produtos.

Significa dizer, portanto, que a tutela do aderente não se vincula à tutela do consumidor, devendo ser observada também quando relações civis ou até mesmo empresariais sejam celebradas pelo método adesivo. A proteção do aderente justifica-se, ao revés, em um desequilíbrio – não já econômico ou informacional, mas – contratual puro. Em outras palavras, tutela-se o aderente em razão de sua limitada (ou excluída) possibilidade de influenciar no conteúdo da avença à qual se submete.

A desigualdade de poder negocial sempre foi apontada como principal fundamento para a tutela do aderente, uma vez que, por esse método de contratação, a autonomia da parte aderente é reduzida, no mais das vezes, à escolha entre aceitar (aderir ao) o conteúdo contratual *in totum* ou recusar-lhe adesão. Assim, a proteção legislativa do aderente se justificaria na tentativa de impedir abusos por parte daquele que predispõe o conteúdo

³⁰ A definição encontra-se no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990).

³¹ V., por todos. BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

³² Analogicamente, o mesmo raciocínio vale para os contratos de trabalho. A tutela jurídica que o ordenamento confere ao empregado independe de o contrato de trabalho ter sido celebrado por adesão ou não.

do contrato.³³

Assim, reside na assimetria de *poder negocial* o fundamento legítimo da tutela do aderente. Para Teresa Negreiros, tal assimetria justifica, a partir do princípio do equilíbrio contratual, a criação de mecanismos de tutela do aderente, a resguardar o equilíbrio entre as posições econômicas dos contratantes em relação ao conteúdo e aos efeitos do contrato.³⁴

No que toca aos mecanismos de intervenção heterônoma nos pactos privados, deve-se averiguar se há *in concreto* vulnerabilidade contratual que justifique o meio interventivo proposto. No caso ora comentado, o STJ tomou a premissa de se tratar de um contrato de adesão como autorizadora para a chamada inversão da cláusula penal.

Observa-se, contudo, que não há no direito brasileiro a correlação entre a sistemática dos contratos adesivos e o referido engenho interventivo. Em outras palavras, o fato de os contratantes celebrarem contrato de adesão não justifica a inversão da cláusula penal, pois a vulnerabilidade identificada *in concreto* – a de ser aderente – não a permite.

Ainda que se estivesse analisando uma relação de consumo propriamente dita, tampouco autoriza o CDC a referida inversão. Na sistemática proposta pela Lei, tomando-se em conta seu artigo 51, o provimento judicial a ser tomado seria o da declaração da nulidade da cláusula. Se caracteriza-se como abusiva, anula-se o dispositivo contratual. Invertê-lo em benefício de quem quer que seja parece, dentro da sistemática prevista pelo legislador a respeito dos contratos de adesão (ou mesmo de consumo), inadequado.

4. A cláusula penal sob perspectiva funcional: critérios para qualificação no caso concreto e (in)viabilidade do mecanismo interventivo

Demonstrada a relação que a primeira premissa – o fato de o contrato ter sido celebrado por meio de técnica adesiva – detém com o mecanismo interventivo proposto pelo STJ,

³³ Há quem vincule a tutela do aderente à proteção do contratante que detivesse menor poderio econômico. Tal entendimento não se justifica, uma vez que o âmbito de proteção do aderente é sensivelmente maior. Nesse sentido, veja-se SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. *Renúncia a direito nos contratos de adesão em relações civis e empresariais*: limites à autonomia negocial nos business to business contracts. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – citando GENOVESE, Anteo. *Le condizioni generali di contratto*. Padova: CEDAM, 1954. p. 141-143: “(...) segundo Anteo Genovese, a opinião antes exposta, apesar do mérito de trazer luz para determinados aspectos da realidade econômica, tem a falha de não ter presente todo o âmbito de aplicação da disciplina das condições gerais do contrato. Para o autor, a equação predisponente como sujeito economicamente mais forte constitui critério jurídico impreciso, tendo em vista a incerteza e a variabilidade dos fatores econômicos que concorrem para formar aquela situação de prevalência. Nesse sentido, é possível que operador do mercado econômico, como grande comerciante ou industrial, encontre-se na posição de aderente, em contrato entre duas sociedades empresárias”.

³⁴ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 158-159.

passa-se à análise da segunda premissa: a existência, no contrato, de cláusula penal. O Tribunal, contudo, não especificou, em seu tema 971, a que espécie de multa penal se refere (se moratória ou compensatória), a demandar investigação doutrinária que permita não apenas qualificar a cláusula penal *in concreto* como também avaliar a viabilidade de invertê-la a benefício do adquirente.

Define-se a cláusula penal como um acordo acessório em que se estipulam multas contra o contratante que inadimpe suas obrigações relativa ou absolutamente.³⁵ O perfil estrutural da cláusula penal não suscitou muitos debates em doutrina, residindo as maiores divergências a respeito da *função* que exerce a multa convencional no direito das obrigações.³⁶

A origem romanística do instituto levou a doutrina tradicional ao reconhecimento de que a cláusula exerceria, ao lado da função ressarcitória, papel eminentemente punitivo, traduzindo-se em pena pelo inadimplemento. Contemporaneamente, o Professor Pinto Monteiro defende a existência de duas funções de que se podem revestir as cláusulas penais: i) função de pré-liquidação de perdas e danos e ii) função coercitiva. A função coercitiva – explica o jurista – não se confunde com uma hipotética função punitiva, tendo em vista que a cláusula penal não busca impor um castigo ao devedor, mas sim compeli-lo ao adimplemento.³⁷

Ainda de acordo com o Professor da Universidade de Coimbra, as funções deverão ser desempenhadas alternativamente. Ou seja, ou bem servirá a cláusula como uma liquidação antecipada do dano ou bem atuará com o escopo de compeli-lo ao cumprimento. Assim, critica-se o entendimento de que a cláusula penal compreenderia, a um só tempo, ambas as funções.³⁸

No que toca à qualificação da cláusula penal como compensatória ou moratória, a doutrina especializada afirma que “a delimitação da espécie de cláusula penal ajustada

³⁵ Segundo a tradicional doutrina de Clóvis Bevilacqua, configura a cláusula penal “um pacto acessório, em que se estipulam penas ou multas, contra aquele que deixar de cumprir o ato ou fato a que se obrigou, ou apenas a retardar”. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. IV, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1958, p. 52.

³⁶ BOBBIO, Norberto, *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. Barueri-SP: Manole, 2007, p. 53.

³⁷ MONTEIRO, Antonio Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 647. Em sentido contrário, a extrair função punitiva do instituto, v. VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 10. ed., Coimbra: Almedina, 2000, v. II, p. 140: “a cláusula penal extravasa, quando assim seja, do prosaico pensamento da reparação ou retribuição que anima o instituto da responsabilidade civil, para se aproximar da zona cominatória, repressiva ou punitiva, onde pontifica o direito criminal”.

³⁸ “Trata-se de conceitos opostos, impossíveis de combinar e de fazer convergir num *tertius genus*, que seria a indenização sancionatória” (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 650).

pelas partes requer a avaliação da medida em que o inadimplemento a que se vincula a multa afeta o atingimento do programa obrigacional conforme delineado pelas partes”.³⁹

É dizer: se a cláusula estiver atrelada a inadimplemento que gere a extinção do vínculo obrigacional em razão da frustração do interesse do credor – inadimplemento absoluto –, estar-se-á diante de cláusula penal compensatória. De outro giro, se a cláusula penal se vincular a inadimplemento relativo (mora), que mantém hígido o vínculo obrigacional, deverá ser qualificada como moratória.⁴⁰

Nesse ponto, indaga-se em que medida as funções exercidas pela cláusula penal a vinculam a uma ou a outra espécie do instituto. A doutrina majoritária aparta, a partir da análise funcional, as duas categorias de cláusula penal previstas pelo legislador. A cláusula penal que exerce função de *pré-fixação das perdas e danos* classificar-se-ia como *compensatória*. De outro turno, a que exerce função *coercitiva*, caracterizar-se-ia como *moratória*.

Nesse sentido, a lição de Gustavo Tepedino a respeito da cláusula penal compensatória: “ao contrário da cláusula penal moratória, destinada a reforçar a possibilidade do cumprimento da obrigação, sua finalidade [da cláusula compensatória] é a de facilitar o credor com a pré-liquidação das perdas e danos (...) há que se apartar a natureza jurídica da cláusula penal moratória ou *stricto sensu*, com função coercitiva, predisposta justamente para levar o devedor a satisfazer a obrigação, da cláusula penal compensatória, cuja finalidade é simplesmente indenizar pelo dano já sofrido”.⁴¹

Assim, a doutrina parece convergir na compreensão a respeito da cláusula penal compensatória no sentido de que não se trata de instrumento coercitivo. Como destaca Orlando Gomes, caracteriza-se como uma “convenção sobre perdas e danos”.⁴² Dessa

³⁹ ABÍLIO, Vivianne da Silveira. *Cláusulas penais: critérios de distinção na perspectiva civil-constitucional*, dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2014, p. 157.

⁴⁰ A distinção entre mora e inadimplemento absoluto é trazida na clássica lição de ALVIM, Agostinho: “Dá-se o inadimplemento absoluto quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo, como no caso de perecimento do objeto, por culpa do devedor. Mais precisamente: quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber. Haverá mora no caso em que a obrigação não tenha sido cumprida no lugar, no tempo ou na forma convencionados, subsistindo, em todo o caso, a possibilidade de cumprimento” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1980, 3ª ed., p. 7).

⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a cláusula penal compensatória. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, p. 2.

⁴² “Sua função é pré-liquidar danos. Insiste-se em considerá-la meio de constranger o devedor a cumprir a obrigação, por sua força intimidativa, mas esse efeito da cláusula penal é acidental. A melhor prova de que não atua essencialmente como arma coercitiva é que, por vezes, sua função é diminuir o montante da indenização que seria devida numa liquidação de perdas e danos conforme as regras comuns que a presidem. Ademais, o valor estipulado pelas partes para o eventual ressarcimento pode ser reduzido pelo juiz, em algumas situações, e não se permite que exceda o da obrigação principal. Com estas restrições e outras já introduzidas em lei, a cláusula penal amortece o efeito da intimidação que a maioria lhe atribui. É, em verdade, uma convenção sobre perdas e danos” (GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 159).

maneira, a cobrança da cláusula penal compensatória tem lugar quando se tornar impossível a execução da obrigação ou quando o cumprimento desta se revelar inútil para satisfazer os interesses do credor. Torna-se, portanto, uma *alternativa* a benefício do credor, que, diante do inadimplemento absoluto, poderá exigir a multa pré-fixada na convenção penal ou, se preferir, cobrar reparação pelo prejuízo que deverá provar ter sofrido. Justamente por exercer a função de pré-fixação de perdas e danos, a execução da cláusula penal compensatória não poderá ser cumulada com pedido indenizatório genérico,⁴³ sob pena de gerar enriquecimento sem causa do credor, que seria duplamente indenizado.⁴⁴

A cláusula penal compensatória atua como mecanismo de gestão de riscos do contrato, uma vez que impede discussões acerca das consequências econômicas do inadimplemento absoluto, tendo preestabelecido as partes o valor a ser pago a título de pena. Lançando-se mão da cláusula penal, abre-se mão da liquidação das perdas e danos,⁴⁵ razão pela qual afirma-se que o instituto detém certa natureza aleatória, proveniente da incerteza a respeito de qual contratante se beneficiará economicamente da aplicação da cláusula.

De outro turno, a cláusula penal moratória vincula-se às hipóteses em que ainda haverá interesse útil do credor no cumprimento da obrigação. Assim, a referida espécie penal “não exclui o cumprimento – espontâneo ou forçado – da obrigação principal”.⁴⁶ Por tal razão, o artigo 411 do Código Civil permite ao credor exigir, cumulativamente, o pagamento da multa convencional concomitantemente com a execução da obrigação principal, justamente porque a cláusula penal moratória, a princípio, exerceria função,

⁴³ “A solução fina com a lógica e justiça: se o credor reclama o cumprimento da cláusula compensatória, ficou indenizado suficientemente, recebeu o todo o devido. E se recebeu todo o devido, não há, evidentemente, perdas e danos para reclamados. A exigência simultânea da obrigação e das perdas e danos pelo descumprimento da obrigação vulneraria não só os cânones da lógica, como as imposições de justiça: representaria excesso intolerável” (NONATO, Orosimbo. *Curso de Obrigações*, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 371).

⁴⁴ Nesse sentido é a lição de Gustavo Tepedino: “se há cláusula penal compensatória, não há perdas e danos. Pagando a multa o devedor exonera-se das perdas e danos” (TEPEDINO, Gustavo. *Efeitos da crise econômica na execução dos contratos*. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 4. ed., p. 105). Cf. também a lição de BEVILÁQUA, Clovis: “Em compensação, embora o prejuízo sofrido exceda ao montante da pena, nada mais poderá reclamar o credor, pois somente a si mesmo deve imputar ter mal calculado ou mal previsto os factos contra os quais, aliás, entendeu se premunir, estipulando a cláusula penal” (*Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1931, 3. ed., p. 79).

⁴⁵ “Chamados cláusula de fixação antecipada do montante da indenização àquela em que as partes, ao estipulá-la, visam, tão-só, liquidar antecipadamente, de modo *ne varietur*, o dano futuro. Pretendem as partes, desta forma, evitar os litígios, as despesas e demoras que uma avaliação judicial da indenização sempre acarretará, à qual é inerente, por outro lado, uma certa álea. Ao mesmo tempo que o credor se furta ao encargo de ter de provar a extensão do prejuízo efetivo, o devedor previne-se quanto a uma indenização avultada, superior às suas expectativas” (PINTO MONTEIRO, Antônio. *Cláusula Penal e Indemnização*. Coimbra: Almedina, 1990, pp. 602-603).

⁴⁶ Gustavo Tepedino, *Efeitos da crise econômica na execução dos contratos*, cit., p.105. Ver, no mesmo sentido, TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil Comentado*, cit., p. 396.

senão punitiva,⁴⁷ ao menos coercitiva, vez que se destinaria apenas a reforçar a possibilidade do cumprimento da obrigação, de modo a compelir o devedor a cumprir a prestação nos exatos termos em que pactuada.

Contudo, tem-se reconhecido à cláusula penal moratória uma dupla função. Enquanto que a cláusula penal compensatória, justamente por se ligar à hipótese de inadimplemento absoluto – isto é, quando se tornar impossível a prestação ou não subsistir interesse útil do credor – assume função precípua de pré-fixação de perdas e danos; a pena moratória, ao revés, poderá desempenhar tanto o papel atribuído à multa compensatória quanto função coercitiva. Nas palavras de especializada doutrina:

Aludidas perspectivas, embora aparentemente contraditórias revelam, ao revés, que a cláusula penal moratória pode assumir, de acordo com o panorama delineado pelas partes, distintas funções. Observa-se, na prática, que a multa moratória pode se referir ao ressarcimento de danos, quando, por exemplo, se consubstancia em prestação a ser oferecida por terceiros (que nenhum efeito coercitivo exerce no devedor) ou a prestação seja evidentemente destinada a suprir os prejuízos decorrentes da mora (...) Por outro lado, a cláusula penal moratória assume vertente puramente coercitiva nos casos em que sua estipulação revela a intenção das partes de impor sanções ao devedor moroso para estimulá-lo a efetuar a prestação, como nos casos em que os percentuais ajustados se afiguram móveis e crescentes, ou se provisiona multa diária.⁴⁸

Isso porque, é de se notar, da mora também podem advir perdas e danos. Assim, da multa moratória se poderá extrair *in concreto* a função de pré-liquidação dos danos decorrentes da mora. Assim, o credor, prejudicado pela mora do devedor, terá a faculdade de indenizar-se dos prejuízos dela decorrentes sem a necessidade da quantificação detalhada das perdas e danos advindos do inadimplemento relativo. Vale-se, nesse ponto, da mesma consideração feita a respeito da cláusula penal compensatória: uma vez exercida a função da pré-liquidação dos danos, não poderá o credor a quem beneficia a cláusula (mesmo que moratória) exigir indenização suplementar, sob pena de lhe gerar enriquecimento sem causa.

⁴⁷ Atribuindo caráter punitivo ao instituto, cf. lição de GOMES, Orlando: “Há que se distinguir a cláusula compensatória da cláusula moratória, entendendo-se que é da segunda espécie quando visa a punir o retardamento na execução ou o inadimplemento de determinada obrigação. Neste caso, o pedido do credor pode ser cumulativo” (*Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 17. ed., p. 191).

⁴⁸ ABÍLIO, Vivianne da Silveira. *Cláusulas penais: critérios de distinção na perspectiva civil-constitucional*, dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2014, pp. 112-113.

Uma vez delineadas em perspectiva funcional as espécies de cláusulas penais previstas na legalidade civil brasileira, ressalta-se que não raro a qualificação da multa em moratória ou compensatória revela-se difícil tarefa ao intérprete.⁴⁹ Tal procedimento deverá ser realizado (não já pela subsunção a critérios abstratos, mas) pela aferição *in concreto* dos efeitos perseguidos pelas partes a partir da função que a cláusula exerce.⁵⁰ Costuma-se apontar em doutrina o critério objetivo do valor da multa, que, apesar de insuficiente, viria em auxílio do intérprete no procedimento de qualificação da cláusula.

Nesse sentido é a manifestação de Carvalho Santos, para quem “é fácil deduzir se a cláusula penal foi estipulada em razão da inexecução ou da mora do devedor. De fato, quando a pena, cujo montante é igual, por maioria de razão, quando superior ao valor do principal, terá quase sempre sido estipulada em razão da inexecução; se a taxa é mínima em relação à obrigação principal, certamente tê-lo-á sido em razão da simples mora do credor”.⁵¹

Em síntese, conclui-se que, em um processo unitário de interpretação-qualificação, o intérprete deverá identificar, por meio da avaliação funcional da cláusula penal – e do programa contratual objetivamente estabelecido pelas partes – a que espécie se refere a *fattispecie* analisada. Se vinculada à hipótese de inadimplemento absoluto, trata-se de cláusula penal compensatória, que, por exercer a função de pré-fixação de perdas e danos, não poderá ter sua cobrança cumulada com a execução da obrigação inadimplida.

Contudo, se, ao revés, se a cláusula penal for prevista para hipótese de mora, configurar-se-á, com o perdão do pleonasma, pena moratória, que poderá, a depender do caso, exercer ou a função de pré-fixação dos prejuízos provenientes do inadimplemento relativo ou função tipicamente coercitiva, para que o devedor se constranja ao pagamento. Apenas no primeiro caso, não será possível a cumulação da execução da multa com perdas e danos.

⁴⁹ Na perspicaz observação de PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2016, 28^a ed., pp. 142-143: “não é fácil dizer, em tese, ou genericamente, quando é compensatória ou moratória a cláusula penal”.

⁵⁰ “De outra parte, a interpretação torna-se um processo ainda mais complexo por um segundo fator: os elementos do caso concreto, ao contrário do que por muito tempo se sustentou, não permanecem estáticos à espera da incidência da norma – ao contrário, influenciam esta última e compõem necessariamente a construção da solução jurídica a que chegará o intérprete. Em outros termos, na metodologia civil-constitucional, o ordenamento apenas se completa quando encontra os próprios elementos do caso; só existe o Direito à luz de certa hipótese fática concreta, com suas peculiaridades e características – ideia que se costuma designar como ordenamento do caso concreto” (SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Orgs.). *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 77).

⁵¹ CARVALHO SANTOS, J.M. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XI. 9^a ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 315.

A partir das considerações formuladas a respeito da sistemática das cláusulas penais no Direito Civil brasileiro, estuda-se o tema 971 proposto pelo STJ. O caso julgado, como visto, trata da “inversão” da cláusula penal, prevista originariamente em face do adquirente, em razão do atraso no pagamento das parcelas devidas à incorporadora.

Qualifica-se, sem dúvidas, de cláusula penal *moratória*, pois, conforme estudado, vincula-se à hipótese de inadimplemento relativo do devedor-adquirente. Tendo em vista que o atraso das parcelas não rompe o programa contratual estabelecido, isto é, não faz desaparecer o interesse do credor-incorporador nas prestações vencidas, evidencia-se que a hipótese configurada é de mora, a qualificar a pena como moratória.

Partindo-se da premissa de que a cláusula penal estabelecida no momento da celebração do contrato qualifica-se como moratória, perquire-se a função que, originariamente, exercia no panorama contratual. Para tanto, considera-se o ínfimo percentual (2%) que incidiria em uma das prestações eventualmente inadimplidas em caso de atraso do devedor-adquirente. Parece que tal valor não reflete uma eventual pré-fixação de perdas e danos, mas um mecanismo de coerção do devedor-adquirente ao pagamento.

Dessa maneira, revela-se mais uma razão para que a referida “inversão” realizada pelo STJ seja considerada inadequada. Isso porque para além do polo contra quem estaria disposta a cláusula penal, subverte-se sua própria função. Isto é, à pena que originariamente foi dada a função de coagir o devedor-adquirente ao pagamento, confere-se o papel de pré-liquidar o prejuízo causado pela mora do devedor-incorporador.

Ademais, toma-se em consideração o fato de que as obrigações inadimplidas por uma e outra parte se mostram rigorosamente distintas. O adquirente inadimpla obrigação pecuniária, a incorporadora, obrigação de dar – entregar o imóvel. Ainda que se faça, como proposto pelo Ministro Relator, a conversão da obrigação de dar em pecúnia, o mecanismo não se revela dos mais práticos e adequados para resolver o problema.

Nesse cenário, a inversão pode se revelar gravosa para o adquirente, uma vez que, diante de cláusula penal com função de pré-fixação de perdas e danos, não será possível a cobrança de prejuízo suplementar àqueles estabelecidos na multa. Nesse exato sentido é o tema 970 do STJ, em que consta: “A cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação, e, em regra, estabelecida em valor equivalente ao locativo, afasta-se sua cumulação com lucros cessantes”.

Em realidade, a chamada inversão da cláusula penal tem mais a ver com um mecanismo para a determinação de parâmetro objetivo de aferição do *quantum debeat* do que propriamente com a criação de uma cláusula a benefício do adquirente. Não surpreende, nesse sentido, a recorrente utilização da expressão *inversão* entre aspas pelo Ministro relator. Contudo, não se pode admitir que tal mecanismo interventivo viole o princípio da reparação integral. Nas palavras do Professor Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho,

após longo percurso, estabeleceu-se [o princípio da reparação integral] como um valor importante no ordenamento (...) Inserido nesse contexto é que o *caput* do artigo 944 do Código Civil prevê a regra da *extensão do dano* como *medida de indenização*. Significa que a indenização deve cobrir o dano em toda a sua amplitude. Ou, por outras palavras, a reparação deve alcançar todo o dano.⁵²

Nesse sentido, merece destaque os termos do voto vencido da Ministra Isabel Gallotti: “penso, data vênua, que, na ausência de cláusula penal acessória ao cumprimento de determinada obrigação contratual, a melhor solução será realmente a apuração, diante das circunstâncias do caso concreto, e se necessário por meio de perícia, do valor do ressarcimento pleno dos prejuízos alegados pela parte lesada”.

5. Conclusão

Em conclusão, tem-se que as premissas adotadas no tema 971 do STJ – contrato de adesão e cláusula penal moratória com função de pré-fixação de perdas e danos – não são idôneas a autorizar o mecanismo interventivo proposto, qual seja, o da inversão da cláusula penal. Pelas razões demonstradas ao longo deste trabalho, o fato de o contrato ter sido celebrado adesivamente não permite que uma cláusula aposta em desfavor do aderente seja simplesmente revertida contrariamente ao proponente.

Ainda, como visto, a cláusula penal moratória, no caso, assume nítida função coercitiva, o que torna invertê-la uma subversão de sua vocação originária, considerando que, pela chamada inversão, o Judiciário passa a se valer da cláusula como mecanismo de pré-fixação de perdas e danos. A medida configura-se, portanto, bastante heterodoxa.

⁵² MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. O princípio da reparação integral e sua exceção no direito brasileiro. In: *Rumos contemporâneos do direito civil: estudos em perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Forum, 2017, 106-108.

Em verdade, o instituto da inversão não encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro, o que faz crer que o STJ buscou – de forma, repita-se, heterodoxa – um meio para a quantificação mais célere dos danos sofridos pelo adquirente em razão da mora da incorporadora. O posicionamento da Corte peca, contudo, por descuidar do princípio da reparação integral, impedindo que, nesses casos, o adquirente seja indenizado pelos lucros cessantes advindos do atraso na entrega do imóvel.

6. Referências bibliográficas

ABÍLIO, Vivianne da Silveira. *Cláusulas penais: critérios de distinção na perspectiva civil-constitucional*, dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2014.

ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. São Paulo: Saraiva, 1980, 3ª ed.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. Barueri-SP: Manole, 2007.

CARVALHO SANTOS, J.M. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XI, 9ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 17ª ed.

MONTEIRO, Antonio Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 647.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. O princípio da reparação integral e sua exceção no direito brasileiro. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Rumos contemporâneos do direito civil: estudos em perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Forum, 2017.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NONATO, Orosimbo, *Curso de Obrigações*, vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1959.

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

_____. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Itinerário para um imprescindível debate metodológico. *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 35, Rio de Janeiro: Padma, 2008,

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t.2. pp. 241-273.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 63.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. Contrato de adesão. *Revista Forense*, v.257, n.73, p.33, mar. 1977.

RIPERT, Georges. A regra moral nas obrigações civis. Tradução de Osório de Oliveira. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2000.

SALEILLES, Raymond. De la déclaration de volonté. Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil Allemand. Paris: LGDJ, 1929.

SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. Renúncia a direito nos contratos de adesão em relações civis e empresariais: limites à autonomia negocial nos business to business contracts. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – 2015.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de Tutela: a nova fronteira da legalidade no Direito Civil, Merecimento de Tutela: a nova fronteira da legalidade no Direito Civil. In MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Orgs.). Direito Civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Contratação na sociedade massificada. In.: *Revista Brasileira de Direito Civil* – RBDCivil, Belo Horizonte, vol. 14, out/dez 2017.

Como citar: GUIMARÃES, Vynicius Pereira. A inversão da cláusula penal como mecanismo interventivo nos contratos de incorporação imobiliária: considerações acerca do tema 971 do Superior Tribunal de Justiça. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 8, n. 2, 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-inversao-da-clausula-penal/>>. Data de acesso.