

RECURSO ESPECIAL Nº 1.635.428 - SC (2016/0285000-5)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : SILVIO RODRIGUES DAMASCENO
ADVOGADOS : GERSON ADRIANO LOHR - SC031456
KLAUS FRANZNER SELL - SC032239
LUIZ FERNANDO FRANZNER E OUTRO(S) - SC044026
RECORRIDO : CONCRETO CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA - EPP
ADVOGADO : FLAVIA MICHELLY CARDOSO DA SILVA - PR094401
INTERES. : INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DO
CONSUMIDOR - BRASILCON - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - MG072110
INTERES. : CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO - CBIC -
"AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA E OUTRO(S) - RJ010502
INTERES. : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIARIAS
- ABRAINIC - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : JULIANA CORDEIRO DE FARIA E OUTRO(S) - MG063427
INTERES. : SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DE GRANDES
ESTRUTURAS NO ESTADO DE SÃO PAULO - SINDUSCON -
"AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : RICARDO DE OLIVEIRA CAMPELO E OUTRO(S) - PR033204
INTERES. : SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DA GRANDE
FLORIANÓPOLIS - SINDUSCON - FPOLIS - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : DIOGO BONELLI PAULO E OUTRO(S) - SC021100

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

1. Na origem, SILVIO RODRIGUES DAMASCENO ajuizou ação de cumprimento de cláusula contratual c/c perdas e danos em face de CONCRETO CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA. - EPP, com base no descumprimento pela ré de obrigação prevista em contrato de compra e venda pactuado entre as partes, cujo objeto era um apartamento localizado no Residencial Brasília Beltramini.

Alegou haver no contrato previsão quanto à entrega do imóvel de até 18 meses após a assinatura, sob pena de multa mensal (Cláusula 6ª). Esclareceu que referido contrato fora assinado em 22 de julho de 2010 e que a obra deveria ter sido finalizada em 22 de janeiro de 2012, mas que recebera as chaves do imóvel somente por volta do dia 15 novembro de 2012, tendo a averbação da conclusão da obra perante o Registro de Imóveis ocorrido em 13 de novembro de 2012. Afirmou que, por conta do atraso, experimentou danos materiais, assim como abalo, angústia e aflição.

Superior Tribunal de Justiça

Requeru, em suma, (a) o pagamento de multa, em caso de resolução contratual, de 25% sobre o valor do contrato mais a quantia de 1% ao mês pelo atraso, prevista no contrato pela fruição do imóvel, na forma da Cláusula 8.6 do contrato de promessa de compra e venda; (b) o pagamento de perdas e danos no valor de R\$ 4.866,66 (quatro mil oitocentos e sessenta e seis reais e sessenta e seis centavos), referente aos R\$ 500,00 (quinhentos reais) pagos durante os 9 meses do período de locação ou, caso não seja aceito tal pedido, para que seja condenada em lucros cessantes em valor semelhante ou em valor a ser arbitrado em liquidação de sentença.

O sentenciante de piso julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a ré a pagar ao autor, desde 23 de maio de 2012 até a data em que o apartamento foi entregue, a título de perdas e danos, aluguel mensal em valor unitário, que deverá ser apurado na fase de liquidação/execução de sentença, levando em consideração o mercado imobiliário da região.

A empresa ré interpôs apelação. Pleiteou o afastamento da obrigação de pagamento de multa contratual, ante a latente validade das disposições contratuais, assim como da condenação ao pagamento de indenização complementar e ao pagamento de alugueres à Recorrida referentes ao período em que fora prorrogada a entrega da obra.

Julgado o recurso, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina deu parcial provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido de condenação à indenização por danos materiais equivalentes a alugueres, mantendo-se no mais a sentença, nos termos da ementa abaixo reproduzida (fls. 325-326):

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL - OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE - VIOLAÇÃO NÃO VERIFICADA

Mera repetição dos argumentos já elencados na peça de defesa não configura afronta à dialeticidade, desde que combatam os fundamentos do decisório e demonstrem o interesse recursal.

PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - PRAZO DE ENTREGA - CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA - PREVISÃO CONTRATUAL - EXTRAPOLAMENTO - INADIMPLÊNCIA CONFIGURADA

1 Nos contratos de compra e venda de bens imóveis, desde que expressamente prevista e com prazo pautado na razoabilidade, é válida a cláusula que estende o prazo de entrega além do ajustado pelas partes contratantes.

2 Extrapolado o interregno previsto, considerando-se a abusividade da possibilidade de duplo elastecimento, um sem qualquer motivo e outro por razões disciplinadas na avença, ou entregue o bem fora do prazo contratualmente estipulado, responde a incorporadora pelos prejuízos suportados pelo adquirente consumidor.

DANO MATERIAL - ATRASO NA ENTREGA DE APARTAMENTO - CLÁUSULA PENAL - ALUGUÉIS - CUMULAÇÃO INDEVIDA

1 O contratante responsável pelo atraso na entrega de imóvel adquirido na planta, dá azo à aplicação da cláusula penal contratualmente prevista.

Superior Tribunal de Justiça

2 Segundo determina o art. 416, parágrafo único, do Código Civil, ausente previsão contratual, não pode o credor cobrar indenização por perdas e danos cumulativamente à cláusula penal, notadamente quando ambas as postulações têm idêntica natureza.

JUROS DE "PRÉ-AMORTIZAÇÃO" - ENTREGA DO IMÓVEL - ATRASO - PERÍODO DE PAGAMENTO - PROLONGAMENTO - RESSARCIMENTO DEVIDO

O comprador responde pelos juros de pré-amortização durante a fase de construção até a data prevista contratualmente para a entrega do imóvel. Os valores pagos após esse marco final devem ser restituídos na forma simples pela construtora que deu causa ao atraso e à prorrogação do período de cobrança daquele encargo.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - INOCORRÊNCIA

Para que haja condenação em multa por litigância de má-fé é necessário que esteja evidenciado o dolo do litigante em prejudicar a parte contrária ou o de atentar contra o regular desenvolvimento do processo.

Foi interposto recurso especial por SILVIO RODRIGUES DAMASCENO, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal.

Nas razões do recurso especial, a parte ora recorrente alega, além de divergência jurisprudencial, que o acórdão violou os arts. 389 e 475 do Código Civil.

Afirma ser possível a cumulação dos lucros cessantes com a cláusula penal, incorrendo o acórdão recorrido em divergência jurisprudencial com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos especiais n. 1.355.554/RJ, n. 953.907/MS e n. 968.091/DF.

Em contrarrazões ao recurso especial (fls. 373-381), aduz a recorrida que: a) o recorrente pretende o reexame de provas; b) a multa contratual, consoante o escólio de Sérgio Cavalieri Filho, Orlando Gomes, Orozimbo Nonato e Pontes de Miranda, é cláusula penal que tem por escopo fixar previamente a liquidação de eventuais perdas e danos; c) a cumulação da multa contratual com indenização por perdas e danos viola o art. 416 do CC, caracterizando *bis in idem*; d) o contrato firmado prevê multa de 0,5% do preço do imóvel no caso de inadimplemento contratual.

Admitido o recurso especial na origem, ascenderam os autos a esta Corte Superior e, verificada a multiplicidade de recursos a versarem sobre a mesma controvérsia - possibilidade ou não de cumulação da indenização por lucros cessantes com a cláusula penal, nos casos de inadimplemento do vendedor em virtude do atraso na entrega de imóvel em construção objeto de contrato ou promessa de compra e venda -, revelou-se imperiosa a afetação do presente recurso como representativo da controvérsia, conjuntamente com o REsp n. 1.498.484/DF, nos termos do art. 1.036, § 5º do CPC/2015 (fls. 397-404).

Em parecer apresentado às fls. 412-417, o Ministério Público Federal opinou nos termos da seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA. CLÁUSULA PENAL. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

1. O entendimento adotado pelo juízo a quo encontra-se em desarmonia com a jurisprudência dessa Corte Superior de Justiça acerca da matéria sub examine, já restando pacificado o entendimento de que, diante do atraso na entrega de unidade imobiliária objeto de contrato/promessa de compra e venda, torna-se possível ao contratante lesado o recebimento do valor previsto em cláusula penal, cumulando-se tal sanção com indenização adicional por perdas e danos.

2. Tal entendimento, que merece ser integralmente reafirmado, agora em sede repetitiva, tem como um dos principais fundamentos o fato de que a cláusula penal tem caráter moratório, decorrente da não entrega do imóvel no prazo acordado, ao passo que as perdas e danos por lucros cessantes resultam de aspecto compensatório, o que evidencia a nítida natureza distinta das reparações.

3. Pelo provimento do recurso especial.

Em vista da transcendência social, econômica e jurídica dos precedentes e teses que serão consolidados pela jurisprudência desta Corte, realizou-se audiência pública, nos moldes do disposto no art. 185, I, do RISTJ, com a participação de pessoas e entidades com representatividade técnica na área de conhecimento a que pertenciam e com atuação ou *expertise* especificamente na matéria, valendo destacar as seguintes:

a) Professor Otavio Luiz Rodrigues Junior, para quem, em síntese, o Código Civil estabeleceu que a cláusula penal compensatória no Brasil não tem função punitiva, mas eminentemente compensatória e puramente indenizatória, não sendo possível haver cumulação de indenização com cláusula penal compensatória, seja o regime jurídico de direito civil ou de direito do consumidor. Acrescentou que a interpretação correta a ser conferida ao art. 410 do CC é que a cláusula penal não é demandável de modo coativo; ou seja, a parte interessada pode não se utilizar da cláusula penal e discutir lucros cessantes, perdas e danos, de modo livre, por meio de instrução ampla, apenas abrindo mão da agilidade que a cláusula penal confere.

b) por sua vez, o Professor Flávio Tartuce enfatizou a natureza jurídica de contratos de adesão própria da aquisição imobiliária. Lembrou que o Código Civil de 2002 prevê proteção ao aderente contratual (art. 423), com interpretação pró-aderente, e a nulidade de cláusulas que implicam na renúncia antecipada do aderente a direito resultante do caráter do negócio (art. 424). Firmou, também, a impossibilidade de cumulação da cláusula penal compensatória, para os casos de inadimplemento absoluto, com os lucros cessantes. Ponderou acerca da utilização, para solução da questão, de princípios do direito contratual, tais como proporcionalidade e razoabilidade, boa-fé objetiva e função social do contrato.

c) para o Professor José Fernando Simão, a cláusula penal não se cumula com

prejuízos suplementares, salvo autorização expressa do próprio contrato. A cláusula penal "fecharia" a questão, encerraria a autonomia privada. Na hipótese de ser abusiva, nos casos em que existirem outros danos, deve-se anular a cláusula penal e fixar indenização apenas quanto aos prejuízos provados.

d) Sylvio Capanema, também comungando da opinião revelada pelos outros expositores, afirmou a natureza compensatória da cláusula penal, traduzindo sua cumulação com lucros cessantes, ou com qualquer outra verba a título de perdas e danos, em um *bis in idem* repudiado pela ordem jurídica brasileira. Asseverou que a cláusula penal não é punitiva, mas, ao contrário, substitui a obrigação que visa garantir, não havendo, portanto, como cumulá-la com qualquer outra análoga a perdas e danos, sob pena de enriquecimento indevido do próprio credor.

e) Gustavo Franco, baseado numa análise econômica, alertou que a atividade de incorporação residencial é complexa, e envolve relação de vários anos entre coletivos de pessoas que se agrupam de forma condominial para relacionarem-se com uma construtora, que, por sua vez, relaciona-se com vários fornecedores. Pontuou o eminente economista o que se segue, de acordo com as notas taquigráficas juntadas aos autos: " E mais, a mecânica econômica de operação deste setor compreende o fato de que o empreendedor, o incorporador, começa o processo, depois de ter um projeto, vendendo a descoberto, vendendo uma mercadoria que ele vai construir com o produto da venda da coisa antes dela existir. Empresarialmente, é um negócio arriscado. O momento em que a construção se encerra, que se diz na nossa linguagem econômica que o empreendimento se encontra performado, é o momento onde se constitui uma garantia para então o agente financeiro entrar no processo e financiar o restante da compra. Até aquele momento, todo o desembolso, todo o fluxo de caixa é negativo para o incorporador e, neste momento da entrega, é quando ele começa a ter o cash flow positivo. [...] O incorporador que atrasa perde dinheiro. Esse é o momento em que ele passa a ter capital de giro positivo e se isso demorar ele estressa as suas necessidades financeiras. Portanto, é muito estranho pensar que o atraso deva ser objeto de uma punição quando ele já está sendo punido pela própria estrutura contratual, que ordena essa atividade econômica. Ela já tem esse alinhamento de incentivos de forma natural. [...] para nós, economistas, quando se estipula números dessa ordem de meio a um por cento para o atraso está-se praticando o que os colegas advogados chamam de lucros cessantes, é uma indenização que repõe exatamente a situação econômica que haveria, caso a obrigação tivesse sido cumprida. E, portanto, a acumulação, obviamente, é pagar duas vezes a mesma coisa e do nosso ponto de vista econômico não faz nenhum sentido."

f) Walter José Faiad, em nome do IDEC, sinalizou, em contraponto às manifestações do dr. Gustavo Franco, que, "em Direito, talvez diferentemente da Economia,

Superior Tribunal de Justiça

nós temos o fenômeno da boa-fé, que se positiva principalmente no fenômeno que Menezes Cordeiro chamou de *surrectio*, que é a construção de uma cláusula implícita que estava lá e ninguém viu. Daí por que há a possibilidade sim de, mesmo não existindo a cláusula em desfavor do consumidor, que seja aplicada. O nome disso é paridade, e é mais antigo talvez do que a escrita, porque há sociedades que não tinham escrita, mas já tinham mecanismos de solução de conflito que eram baseados em talião".

Juntaram memoriais aos autos os seguintes interessados: Dra. Maria Catarina Bustos Catta Preta, habilitada para participação na Audiência Pública referida; Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos – ANADEP (fls. 139-142); Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC (fls. 145-146); Sindicato da Indústria da Construção Civil de Grandes Estruturas no Estado de São Paulo – SINDUSCON/SP (fls. 148-151); Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON; Comissão de Direito Imobiliário da Ordem dos Advogados do Brasil/PA (fls. 153-172); Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo – SECOVI/SP (fls. 205-208); Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – ABRAINIC; Sindicato da Indústria da Construção Civil de Grandes Estruturas da Grande Florianópolis – SINDUSCON/FPOLIS; Eduardo Abreu Biondi e Antonio Ricardo Corrêa, em nome da Comissão de Defesa do Consumidor da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do Estado do Rio de Janeiro/RJ; Dra. Amanda Moreira Monteiro; Câmara Brasileira da Indústria da Construção – CBIC; Associação Brasileira de Incorporadoras de Condomínio Fechado – ABRICONF; Dr. Darlan Geremia e Dra. Melina da Silva Geremia; dra. Larissa Romana.

Na sessão anterior, foi deferido o ingresso de *amici curiae* e acolhida Questão de Ordem - para ensejar segurança, evitar surpresa e permitir maior qualificação dos debates que envolvem os quatro recursos repetitivos afetados -, estabelecendo que não serão aplicados diretamente os dispositivos da superveniente novel Lei n. 13.786/2018, de 27 de dezembro de 2018, para a solução dos casos em julgamento.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.635.428 - SC (2016/0285000-5)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : SILVIO RODRIGUES DAMASCENO
ADVOGADOS : GERSON ADRIANO LOHR - SC031456
KLAUS FRANZNER SELL - SC032239
LUIZ FERNANDO FRANZNER E OUTRO(S) - SC044026
RECORRIDO : CONCRETO CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA - EPP
ADVOGADO : FLAVIA MICHELLY CARDOSO DA SILVA - PR094401
INTERES. : INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DO
CONSUMIDOR - BRASILCON - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - MG072110
INTERES. : CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO - CBIC -
"AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA E OUTRO(S) - RJ010502
INTERES. : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIARIAS
- ABRAIN - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : JULIANA CORDEIRO DE FARIA E OUTRO(S) - MG063427
INTERES. : SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DE GRANDES
ESTRUTURAS NO ESTADO DE SÃO PAULO - SINDUSCON -
"AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : RICARDO DE OLIVEIRA CAMPELO E OUTRO(S) - PR033204
INTERES. : SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DA GRANDE
FLORIANÓPOLIS - SINDUSCON - FPOLIS - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : DIOGO BONELLI PAULO E OUTRO(S) - SC021100

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA. NOVEL LEI N. 13.786/2018. CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES ANTERIORMENTE À SUA VIGÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. CONTRATO DE ADESÃO. CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA. NATUREZA MERAMENTE INDENIZATÓRIA, PREFIXANDO O VALOR DAS PERDAS E DANOS. PREFIXAÇÃO RAZOÁVEL, TOMANDO-SE EM CONTA O PERÍODO DE INADIMPLÊNCIA. CUMULAÇÃO COM LUCROS CESSANTES. INVIABILIDADE.

1. A tese a ser firmada, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015, é a seguinte: A cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação, e, em regra, estabelecida em valor equivalente ao locativo, afasta-se sua cumulação com lucros cessantes.

2. No caso concreto, recurso especial não provido.



VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. Assinalo, de início, que a conveniência da afetação, procedida em acórdão deste Colegiado de fls. 395-404, foi constatada pela relevância do tema, como também pelos *amici curiae* e expositores durante a longa e profícua audiência pública, que trouxe inúmeros e preciosos subsídios para a qualificação da decisão.

Ademais, consoante informação obtida no Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios, há 10.613 processos oficialmente sobrestados no aguardo do julgamento das duas teses afetadas, sendo 6.427 recursos referentes ao tema 971 e 4.186 referentes ao Tema 970. A Assessoria do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes - Nugep informou, ainda, que é muito comum existir um número bastante superior de feitos sobrestados sem que se tenha efetuado o respectivo lançamento de decisões ou de códigos padronizados para o acompanhamento.

Outrossim, é bem de ver que, em vista da afetação dos Temas 970 e 971, os Ministros e as Turmas de Direito Privado do STJ vêm desde então se abstendo de julgar recursos especiais, devolvendo-os à origem, diante da possibilidade de consolidação, mudança ou aperfeiçoamento da jurisprudência.

Nesse sentido, mencionam-se os seguintes precedentes das duas Turmas de Direito Privado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL.

IRRESIGNAÇÃO MANIFESTADA NA VIGÊNCIA DO NCPC. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MATERIAL. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM CLÁUSULA PENAL (TEMA 970) E DE INVERSÃO DE CLÁUSULA PENAL EM FAVOR DO CONSUMIDOR (TEMA 971). MATÉRIAS AFETADAS PARA JULGAMENTO SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. SUSPENSÃO DO FEITO. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

1. Aplica-se o NCPC a este recurso ante os termos no Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. A matéria acerca da possibilidade ou não de cumulação da indenização por lucros cessantes (danos materiais) com a cláusula penal (Tema 970), bem como acerca da possibilidade ou não de inversão, em desfavor da construtora (fornecedor), da cláusula penal estipulada exclusivamente para o adquirente (consumidor), nos casos de inadimplemento em virtude de atraso na entrega de imóvel em construção objeto de contrato ou de promessa de compra e venda (Tema 971), foram afetadas pela Segunda Seção ao rito dos Recursos Representativos de Controvérsia, ainda não julgados, sendo determinada a suspensão nacional de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos.

3. Caracterizada a identidade de questão de direito submetida à sistemática dos recursos repetitivos, devem ser devolvidos os autos ao Tribunal de origem, nos termos do artigo 256, L, inciso I, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo interno não provido.

(Aglnt no REsp 1694895/SE, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/11/2018, DJe 22/11/2018)

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. TEMA 971 DO STJ. MATÉRIA AFETADA À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. DECISÃO IRRECORRÍVEL.

1. É firme no âmbito desta Corte o entendimento de que é irrecorrível a decisão que determina a devolução dos autos ao Tribunal de origem, a fim de aguardar-se o julgamento de matéria submetida ao rito dos recursos repetitivos. Precedentes.

2. Agravo interno não conhecido.

(Aglnt nos EDcl no AREsp 1000348/RJ, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 28/11/2017)

Assim, penso ser extremamente relevante proceder à fixação da tese, tal como antes deliberado pela Seção.

3. Do mesmo modo, é mister assinalar, uma vez mais, que, na Questão de Ordem aprovada à unanimidade por este egrégio Colegiado, ficou estabelecido que não serão aplicados diretamente os dispositivos da superveniente novel Lei n. 13.786/2018, de 27 de

dezembro de 2018, para a solução dos casos em julgamento.

4. A principal questão controvertida - único objeto da afetação ao rito dos recursos repetitivos - consiste em saber se é possível a cumulação de indenização por lucros cessantes com a cláusula penal moratória no casos de inadimplemento (relativo) do vendedor, em virtude do atraso na entrega de imóvel em construção objeto de contrato ou promessa de compra e venda.

Acerca da questão, decidiu o acórdão recorrido (fls. 334-335):

4 Cláusula penal e cumulação com perdas e danos

4.1 Insurge-se a recorrente contra a condenação ao pagamento de multa contratual, porquanto existente cláusula excepcionando a penalidade, e à possibilidade de cumulação entre pena convencional e indenização por perdas e danos.

Procede em parte o reclamo.

Inicialmente, destaca-se que o descumprimento do pacto pelo apelante foi apreciado no tópico anterior, de sorte que são desnecessários novos comentários a esse respeito.

No tocante à multa contratual, estabelece o contrato:

"6.2) Se a PROMITENTE VENDEDORA não concluir a obra no prazo estabelecido, já admitido a tolerância, pagará ao(s) PROMITENTE(S) COMPRADOR(ES), a título de pena convencional, a importância equivalente a 0,5% (zero vírgula cinco por cento) do preço do imóvel objeto deste contrato, por mês ou fração de mês de atraso, até a averbação da conclusão da obra na matrícula junto ao Registro de Imóveis" (fl. 27).

A cláusula penal está disciplinada entre os artigos 408 e 416 do Código Civil, dos quais se destacam:

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

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.

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 c' credor".

(...)

A recorrente busca ver-se livre da pena convencional com base na cláusula 6.3, acima reproduzida, segundo a qual não incidirá qualquer sanção ou multa caso ocorra "longo período de chuvas que impeçam ou dificultem substancialmente etapas importantes da obra" (fl. 27). Acontece que, como ficou estabelecido no tópico anterior, não restou demonstrado nos autos a ocorrência 8, desse fato impeditivo do direito do autor.

(...)

Destarte, a excludente de responsabilidade não pode ser admitida, c:

o de modo que, como houve a pactuação, a multa deve ser mantida, na forma determinada na sentença.

o 4.2 Por outro lado, ensina Sílvio de Salvo Venosa que, por regra, são inacumuláveis a cobrança da multa penal e das perdas e danos:

"[...] se o credor optar pela cobrança da multa, não pode, em princípio,

cumulá-la com as perdas e danos: electa una via non datur regressum ad alteram cal (escolhida uma via, não se pode optar pela outra)" (op. cit. p. 336).

É o que vem disciplinado no art. 416 do Código Civil:

"Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. o 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 ce, ao credor provar o prejuízo excedente".

Portanto, a cumulação é permitida somente nos casos em que prevista pela avença, de sorte que a indenização é, assim, suplementar, isto é, somente haverá condenação a perdas e danos sobre aquilo que sobejar o montante da cláusula penal.

(...)

No caso dos atos, inexistente convenção estabelecendo a possibilidade de cobrança de indenização equivalente a aluguéis além da cláusula penal g, (que tem como um dos desideratos a prefixação das perdas e danos). Haja vista serem verbas com semelhante finalidade (a pena convencionada entre as partes equivale a 0,5% do valor do imóvel por mês de atraso), a fim de evitar bis in dem, a condenação deve limitar-se aquilo contratualmente estabelecido. Dessa forma, reforma-se a sentença, julgando-se improcedente o pedido de indenização equivalente a aluguéis.

Portanto, é incontroverso, no caso, conforme apurado pelas instâncias ordinárias, que a avença a que aderiu o autor, ora recorrente, prevê que, se transcorrido o prazo de tolerância para a entrega do imóvel, incide multa de 0,5% sobre o valor de contrato por mês de atraso até a averbação da conclusão da obra no Registro de Imóveis, sustentando o autor caber a cumulação com o arbitramento de lucros cessantes, no valor de mercado do aluguel do imóvel, por todo o período de mora.

Nota-se, inicialmente, que, em relação às incorporações imobiliárias, embora nada impeça que o incorporador seja o proprietário do terreno, o mais das vezes o empreendimento inicia-se "quando um indivíduo procura um proprietário do terreno bem situado [que pode ser pessoa física ou jurídica, inclusive construtora não disposta ou que esteja sem capital de giro e acesso a linha de crédito para promoção de incorporação] e incute-lhe a ideia de realizar ali a edificação de um prédio coletivo", obtendo, então, "opção do proprietário, na qual se estipulam as condições em que este aliena o imóvel". Vendidas todas as unidades, promove a regularização de transferência de domínio, reunindo em uma única escritura o vendedor e os compradores que ele nunca viu, aos quais são transmitidas as respectivas quotas ideais do terreno (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 219-220).

Logo, "na prática, a lei pretendeu abrir oportunidade a que terceiros, ligados ao exercício da atividade, pudessem desempenhar-se da incorporação, sem o investimento na compra do terreno, ao mesmo tempo em que visou incentivar os proprietários de áreas

edificáveis a que permitissem a realização de um empreendimento, sem que assumissem, em nome próprio, as responsabilidades das incorporações, que são muitas" (AVVAD, Pedro Elias. *Direito imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 583).

Caio Mário anota, com sua autoridade de renomado doutrinador de direito privado e autor do anteprojeto que resultou na mencionada Lei de Incorporações, que é o incorporador a chave do negócio, agindo *in nomine suo* e por direito próprio pelo andamento do complexo projeto:

Como temos acentuado, o incorporador é algo mais do que um corretor e algo mais que um mandatário. Ele é a chave do negócio, como tem sido reconhecido em justiça. É ele quem promove a constituição do condomínio, quem harmoniza os interesses, encaminha as pessoas e as coisas para a consecução do resultado, que é o edifício todo inteiro. "Na sua qualidade de incorporador age *in nomine suo* e por direito próprio. Deve, pois, suportar, como o fundador da S.A., os riscos da sua iniciativa e as responsabilidades do andamento do plano. Tanto maior é a responsabilidade, e tanto mais pessoal é esse risco, quanto é certo que se negócio de incorporação é lucrativo. Conseqüentemente, há de suportar os ônus do empreendimento e deve responder civilmente com seus bens, e ainda com a sua pessoa". (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 229-230)

Nessa esteira, como bem abordado pelo jurista Flávio Tartuce na audiência pública levada a efeito, os contratos de aquisição imobiliária, para além de serem contratos de consumo ou não (como no caso de imóveis adquiridos por investidores), são usualmente de adesão, "em que não há margem para negociação, ao passo que, pelo menos em regra, claro, existem exceções, as cláusulas são predispostas e são impostas ao adquirente".

A incorporação, a par de envolver uma gama de contratos coligados, demanda grande *expertise* e obtenção de dados multidisciplinares, com "visão de empresário, medindo e conjeturando a realidade local, de modo a não se lançar em uma aventura e não obter sucesso no seu empreendimento. Daí a necessidade de estudos a cargo de profissionais em urbanismo, sociologia urbana, política e economia, a fim de oferecerem subsídios ante um investimento geralmente elevado, de modo a visualizar expectativa de, no mínimo, relativo sucesso nas vendas. Somente assim é alcançada a percepção das tendências do mercado, não bastando o mero tino empresarial, ou a sensibilidade do empreendedor" (RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 294).

É dizer: o incorporador, diante da multiplicidade de funções que exerce para dar seguimento ao empreendimento por ele idealizado, acaba desenvolvendo as atividades referidas na segunda parte do art. 3º do CDC.

Em suma, como exposto em audiência pública pelo economista Gustavo Franco, cuida-se de negócio com muito risco envolvido, pois o incorporador começa o processo, depois de um projeto, vendendo a descoberto um bem que vai construir com o produto da venda, antes mesmo de ela existir. Quando a construção se encerra, diz-se na linguagem econômica que o empreendimento está "performado", momento em que passa a constituir uma garantia para o agente financeiro entrar no processo e efetivar o usualmente necessário financiamento do restante da compra. A "velocidade na entrega" também atende ao interesse da incorporadora, sendo "o quesito número um para determinar a lucratividade da atividade".

5. Cumpre reproduzir, neste momento, dispositivos do Código Civil que serão úteis à solução da questão sob exame:

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.

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

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

Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual

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

Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a

finalidade do negócio.

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.

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

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

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

Com efeito, a interpretação dos arts. 389, 394 e 487 do CC deixa nítido que, não cumprida a obrigação no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer, a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir, se ainda lhe for útil, o cumprimento da obrigação principal, indenização por perdas e danos, mais juros de mora, atualização monetária e, se necessário o ajuizamento de ação, honorários advocatícios.

A um só tempo, consagrando o princípio da reparação integral dos danos e prevenindo o enriquecimento sem causa do lesionado pela mora, o art. 402 do CC estabelece que as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Observa-se, por oportuno, que a natureza da cláusula penal não exige, para o seu estabelecimento, o emprego das expressões tradicionais (cláusula penal, pena convencional ou multa). Ela existe e produz seus efeitos, desde que os interessados se

servam desses e de outros termos equivalentes. Por outro lado, pode acontecer que não se trate de cláusula penal, embora os interessados assim o tenham expressado. Cumpre, em tal hipótese, pesquisar a verdadeira intenção das partes contratantes (MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Direito das obrigações*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 421-431).

Nesse sentido, destaca Pablo Rentería:

Por isso a individualização da tutela de cada contrato deve partir igualmente da análise de seu perfil funcional, ou seja, além de questionar quem contrata e o quê, é preciso também investigar as razões do contrato, ou seja, as finalidades que as partes perseguem por meio da execução do contrato. Esta questão é de grande importância e, em certos aspectos, superior às outras, pois é ela que permite que se projete na tutela contratual os valores do ordenamento que são relevantes para aquele concreto regulamento de interesses. (RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 298).

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

Menciona-se precedente deste Colegiado (EREsp n. 1.341.138/SP, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti), assim ementado:

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.

(EREsp 1341138/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/05/2018, DJe 22/05/2018)

No referido precedente, Sua Excelência dispôs:

Prevalece nessa Corte o entendimento esposado no paradigma e nos demais acórdãos apresentados pelos embargantes, qual seja, **descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação da vendedora por lucros cessantes, havendo a presunção de prejuízo do adquirente, ainda que não demonstrada a finalidade negocial da**

transação.

[...]

São devidos, portanto, lucros cessantes aos embargantes, correspondentes ao valor locatício do bem, no período de atraso na entrega do imóvel (de setembro de 1989, data incontroversa, conforme sentença, à fl. e-STJ 906, até abril de 2000, data do ingresso dos autores em sua posse, conforme decidido pelo acórdão recorrido, e-STJ, fls. 1296-97). Deverão aos autos, todavia, retornar ao Tribunal de origem para que se manifeste a respeito do valor locatício do bem no período, uma vez que o valor definido pela sentença, com base na perícia, foi objeto de impugnação na apelação da ora embargada e, em se tratando de matéria de fato controvertida, não cabe seu exame pelo STJ.

Os juros de mora, em responsabilidade contratual, devem incidir a partir da citação. A propósito:

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

Tanto a reparação civil quanto a punição ostentam função dissuasória. A dissuasória, no âmbito da responsabilidade civil (contratual ou extracontratual), diferencia-se da meramente punitiva por buscar dissuadir condutas futuras mediante reparação/compensação dos danos individuais (FACCHINI NETO, Eugênio. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 164).

Tanto é assim que o art. 412 do CC/2002, em linha com as mais modernas legislações que se extraem do direito comparado e com a natureza meramente reparatória da cláusula penal moratória, estabelece, prevenindo o enriquecimento sem causa do lesionado, que o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal. Já o art. 413 do Diploma civilista, com o mesmo intento de claramente conferir caráter reparatório, e não punitivo, da cláusula penal, dispõe que a penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio.

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

A fim de escapar às dificuldades inerentes à demonstração e quantificação dos prejuízos decorrentes de um eventual inadimplemento, as perdas e danos podem ser fixadas por cláusula penal, como expressamente autoriza o Código Civil (ver comentários aos arts. 408 a 416).

[...]

A cláusula penal serve, de um lado, como prefixação de perdas e danos devidas em caso de inadimplemento; e, de outro, como reforço da obrigação ou estímulo ao devedor para o cumprimento da prestação.

[...]

Estudos mais recentes têm, todavia, rejeitado a combinação de uma função punitiva com uma função compensatória, insistindo na precisa distinção entre as cláusulas de função punitiva ou sancionatória, e aquelas de liquidação antecipada do dano, destinadas a pré-fixar o montante da indenização.

[...] a cláusula penal não se confunde com outras penalidades de natureza processual, como as chamadas *astreintes*, que têm por finalidade "compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer e que não correspondem a qualquer indenização por inadimplemento". (TEPEDINO, Gustavo; Schreiber, Anderson. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código civil comentado*: artigos 233 a 420. São Paulo: Atlas, 2008, p. 376, 390 e 391)

Sob esse primeiro aspecto a *stipulatio poenae* destina-se, portanto, a assegurar o exato cumprimento da obrigação; *b) ela fixa, ainda, antecipadamente o valor das perdas e danos devido à parte inocente, no caso de inexecução do contrato pelo outro contratante. Constitui, assim, liquidação à forfait, cuja utilidade consiste, precisamente, em determinar com antecedência o valor dos prejuízos resultantes do não cumprimento da avença.* Estipulando-a, como diz GIORGI, deixam os contratantes expresso que desejam, por esse modo, furtar-se aos incômodos da liquidação e da prova, que, muitas vezes, não são simples nem fáceis, requerendo tempo e despesa.

Vislumbram-se destarte, nitidamente, as duas faces da cláusula penal (intimidação e ressarcimento). De um lado, como meio de pressão, ela reforça o vínculo, compelindo o devedor a honrar sua palavra; de outro, como instrumento de indenização, fixa *a priori* cifra que o contratante terá de pagar, caso se torne inadimplente, isto é, converte em *res certa* aquilo que é incerto.

Suas afinidades com outras obrigações - Dessa segunda função da cláusula **penal decorre, num relance, sua estreita analogia com as perdas e danos. Efetivamente, no fundo, os prejuízos regulados pelo art. 402 do Código Civil de 2002 e os prefixados numa cláusula penal são da mesma natureza, consistindo na sua redução a determinada soma em dinheiro (*pecuniae estimatio*). A diferença é que, na pena convencional, o *quantum* vem de antemão arbitrado pelas próprias partes interessadas, enquanto nas perdas e danos fixa o juiz seu montante, após regular liquidação, ou comprovação.**

[...]

Espécies - A cláusula penal poder referir-se: *a) à inexecução completa da obrigação; b) à de alguma cláusula especial; c) à mora, simplesmente* (Cod. Civil de 2002, art. 409). Nos dois primeiros casos (letras *a* e *b*), denomina-se *compensatória*, e, no último (letra *c*), *moratória*.

[...]

À pena convencional terá direito o credor, sem dependência da prova de prejuízo efetivo.

[...]

Vejam, por fim, a hipótese da letra c, vale dizer, estipulação de cláusula penal para o caso de simples mora. Em tal conjuntura consoante a mesma regra do art. 411 do Código Civil de 2002, ao credor cabe reclamar simultaneamente a pena convencional e a prestação principal.

[...]

Dada a circunstância apontada, que possibilita a cumulação das prestações, não costuma ser elevada a multa moratória. Há quem se recomende até que se tenha em vista o valor da pena, para se poder caracterizá-la como moratória ou compensatória.

[...]

Nosso Código Civil de 2002, porém, repita-se, num dispositivo prudente e que se aplica tanto às obrigações civis como às mercantis, põe freio ao individualismo das partes: o valor da multa não pode exceder o da obrigação principal. (MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Direito das obrigações*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 421-431)

Dispõe o art. 402 do Código Civil que, "salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. **Essa norma se conecta aos arts. 186 e 927 do Código Civil, para ressaltar que no direito civil a inexistência do dano é óbice à pretensão de qualquer espécie de reparação.**

[...]

Todavia, quando a conduta praticada for contrária a uma relação obrigacional particularizada e preexistente, ofendendo-se um dever positivo de dar, fazer ou não fazer, ingressamos na seara da responsabilidade civil negocial, que será imputada àquele que gerou danos à outra parte da relação jurídica. A obrigação de ressarcir decorre tanto da inexecução total do vínculo obrigacional - *inadimplemento absoluto* - como do parcial - *mora*.

[...]

Os arts. 403 e 944 do Código Civil dispõem que a indenização será mensurada pela extensão do dano. Portanto, na aferição do *quantum* indenizatório, é prescindível a aferição do grau de culpa do agente, sendo suficiente a preocupação do magistrado com o vulto concreto dos prejuízos.

[...]

O que significaria a sentença que inicia o comando do art. 402 do Código Civil, "salvo as exceções expressamente previstas em lei"? Em algumas hipóteses taxativamente abordadas no Código Civil e localizadas na responsabilidade contratual, a prova do prejuízo pelo credor será dispensada. É o que se dá na imposição de pleno direito dos juros moratórios e cláusula penal (arts. 407 e 416, CC).

Por último, deve-se atentar para a parte final do art. 403 do Código Civil: "as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direito e imediato". (ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS; Cristiano Chaves de. *Manual de direito civil*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 680)

Quando as partes estabelecem cláusula penal, torna-se desnecessário o arbitramento, porque já houve prévia fixação da

indenização a ser paga pelo devedor em caso de inadimplemento. (LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 736)

O intérprete não vai encontrar o conceito de mora no CDC, devendo, então, recorrer ao art. 394 do Código Civil, para, inclusive, aplicá-lo às relações de consumo.

[...]

Entretanto, se no contrato de consumo for pactuada a cláusula penal, seja ela moratória ou compensatória, o seu valor funciona como esse limite em favor do consumidor. Ora, o art. 416, parágrafo único, do Código Civil é claro ao preceituar que, ao se estabelecer uma cláusula penal, o credor não precisa provar seu prejuízo para executá-la [...]. (KHOURI, Paulo Roque R. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.120-121)

É bem por isso que Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, analisando o CC/2002, promove a arguta observação acerca do Título IV do Livro Primeiro, que disciplina o inadimplemento das obrigações, ou seja, as que não são levadas a bom termo ou que lá chegaram de forma defeituosa, incompleta: se "atentarmos, juntos, eu e vocês, às principais alterações, aquelas mais interessantes e revolucionárias que se encontram neste último Título **relativo ao inadimplemento das obrigações são regras de responsabilidade civil e não de teoria geral das obrigações**". (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. PAULA, Fernanda Pessoa Chuahy de; MENEZES, Iure Pedroza; CAMPELLO, Nalva Cristina Barbosa (Coords.). *Direito das obrigações: reflexões no direito material e processual*. São Paulo: Método, 2011, p. 168-170)

Diante desse cenário, havendo a cláusula penal no sentido de prefixar em patamar razoável a indenização, não cabe posterior cumulação com lucros cessantes.

Nesse diapasão, mencionam-se os seguintes precedentes das duas Turmas de Direito Privado:

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 adimplemento 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)

RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO CIVIL. CONTRATO COM CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE CELEBRADO ENTRE REDE DE TELEVISÃO E APRESENTADOR (ÂNCORA) DE TELEJORNAL. ART. 413 DO CDC. CLÁUSULA PENAL EXPRESSA NO CONTRATO.

1. A cláusula penal é pacto acessório, por meio do qual as partes determinam previamente uma sanção de natureza civil - cujo escopo é garantir o cumprimento da obrigação principal -, além de estipular perdas e danos em caso de inadimplemento parcial ou total de um dever assumido. Há dois tipos de cláusula penal, o vinculado ao descumprimento total da obrigação e o que incide quando do incumprimento parcial desta. A primeira é denominada pela doutrina como compensatória e a segunda como moratória.

[...]

8. Recursos especiais não providos.

(REsp 1186789/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 13/05/2014)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RECURSO REPETITIVO. SOBRESTAMENTO. ATRASO NA ENTREGA DE OBRA. LUCROS CESSANTES E CLÁUSULA PENAL. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E REEXAME DE MATÉRIA DE FATO. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A afetação de recurso especial ao ritos dos recursos repetitivos não

impõe, necessariamente, a suspensão dos processos em curso no STJ, conforme decidido pela Segunda Seção desta Corte, no julgamento do AgRg na Rcl 27.689/MG, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro.

2. Inviável a interpretação de cláusulas contratuais e o reexame de matéria de fato em recurso especial, por óbice das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

3. No caso dos autos, é vedada a alteração das conclusões do acórdão recorrido a respeito da caracterização da cláusula penal como compensatória, e não moratória, como pretende a recorrente.

4. Celebrado acordo entre as partes, sem a participação do advogado, cabível a execução da verba honorária, não atingida pela transação.

Precedentes.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 764.552/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 31/10/2017)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. PRESUNÇÃO DE LUCROS CESSANTES CORRESPONDENTES AO VALOR MÉDIO DE ALUGUEL DO IMÓVEL OBJETO DO CONTRATO. AGRAVO INTERNO PROVIDO PARA RECONSIDERAR PARCIALMENTE A DECISÃO AGRAVADA E, EM NOVA ANÁLISE, CONHECER E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

1. A jurisprudência deste Sodalício firmou-se no sentido de que, reconhecida a culpa do promitente vendedor no atraso da entrega de imóvel, os lucros cessantes são presumidos e devem corresponder à média do aluguel que o comprador deixaria de pagar.

2. Na espécie, a decisão agravada deve ser parcialmente reformada, para condenar os ora agravados ao pagamento de lucros cessantes à parte ora agravante correspondentes ao valor médio de aluguel do imóvel objeto deste processo desde junho de 2013 até a efetiva entrega das chaves.

3. Agravo interno provido para reconsiderar parcialmente a decisão agravada e, em nova análise, dar parcial provimento ao recurso especial.

(AgInt no REsp 1723050/RJ, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 26/09/2018)

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. ATRASO NA ENTREGA DE OBRA. LUCROS CESSANTES. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A Segunda Seção, no julgamento dos EREsp 1.341.138/SP, de relatoria da eminente Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI (julgado em 9/5/2018 e publicado no DJe de 22/05/2018), concluiu que, "descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação da vendedora por lucros cessantes, havendo a presunção de prejuízo do adquirente, ainda que não demonstrada a finalidade negocial da transação", de modo que a indenização dos lucros cessantes deve ser calculada com base no valor locatício do bem, no período de

atraso na entrega do imóvel, o que, no caso dos autos, será apurado em liquidação de sentença.

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AglInt nos EDcl no AREsp 921.095/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 14/02/2019)

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

1. Em que pese ser a cláusula penal elemento oriundo de convenção entre os contratantes, sua fixação não fica ao total e ilimitado alvedrio destes, porquanto o atual Código Civil, diferentemente do diploma revogado, introduziu normas de ordem pública, imperativas e cogentes, que possuem o escopo de preservar o equilíbrio econômico financeiro da avença, afastando o excesso configurador de enriquecimento sem causa de qualquer uma das partes.

2. Entre tais normas, destaca-se o disposto no artigo 413 do Código Civil de 2002, segundo o qual a cláusula penal deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

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

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

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

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

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

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

inobservância ao princípio da adstrição (o chamado vício de julgamento extra petita), em preclusão consumativa ou em desrespeito aos limites devolutivos da apelação.

9. Recurso especial não provido.

(REsp 1447247/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 04/06/2018)

Nessa linha de intelecção, diante de alentado estudo apresentado em palestra proferida no auditório do STJ, em 25/4/2018, a doutra Ministra Maria Isabel Gallotti, pontuou, *in verbis*:

Aqui também se põe a mesma observação: a definição da tese há de levar em consideração a natureza da cláusula penal e não apenas o rótulo a ela dado no contrato. Se a cláusula penal incide todos meses, tendo como base de cálculo o valor do total do contrato, vale dizer, o valor do imóvel, é certo que se destina a coibir a mora da empresa na entrega do imóvel, mas também compensa o prejuízo sofrido mensalmente com a privação do uso imóvel, cujo valor locatício, como é notório, não ultrapassa no mercado, em regra, de 0,5% a 1% ao mês do valor do bem.

Diversa é a situação de multa moratória incidindo sobre o valor total do bem, mas apenas uma única vez, quando, então, naturalmente, não compensará a despesa (ou a perda da fruição) mensal do consumidor em decorrência do não cumprimento do prazo de entrega.

6. Deveras, embora o mais usual seja a previsão de incidência de multa por mês de atraso, é inegável que há casos em que a previsão contratual de multa limita-se a um único montante ou percentual para o período de mora (por exemplo, multa de 2% do preço do imóvel, atualizado pelos mesmos índices contratuais), que pode ser insuficiente à reparação integral do dano (lucros cessantes) daquele que apenas aderiu ao contrato, como orienta o princípio da reparação integral (art. 944 do CC) e os arts. 389, 395 e 403 do CC.

Nessa hipótese, segundo penso, em nome da própria preservação da segurança jurídica, não parece, à luz do disposto no art. 416 do CC, que ambas as partes da relação contratual possam meramente ignorar a cláusula penal moratória convencionada prefixando os danos regulares do cumprimento imperfeito da obrigação, visto que "a segurança das relações jurídicas depende da lealdade, da equivalência das prestações e contraprestações, da confiança recíproca, da efetividade dos negócios jurídicos, da coerência e clarividência dos direitos e deveres" (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 32).

Nesse diapasão, o Enunciado n. 412 da V Jornada de Direito Civil do CJF preconiza que as diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio*, *tu quoque*, *surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva.

Superior Tribunal de Justiça

Além do mais, o art. 187 do Código Civil estabelece que 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.

Nessa vereda, ainda que se trate, no caso, de incontroverso contrato de adesão, mas sem demonstração de dano especial, além daqueles regularmente esperados em razão da inadimplência, não poderia a promitente vendedora (incorporadora) simplesmente requerer indenização suplementar àquela estabelecida no instrumento contratual que redigiu.

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

Este é o escólio de Washington de Barros Monteiro e de Carlos Alberto Dabus Maluf, com invocação de doutrina de escol e do direito comparado, apontando que Pothier há muito já preconizava essa solução:

Se a pena convencional resulta inadequada ou desproporcionada ao dano cometido, poderá o juiz aumentá-la? Será possível condenação superior à cláusula penal estipulada?

[...]

Segundo as legislações suíça e alemã, a pena convencional representa o mínimo da indenização devida ao credor, podendo este reclamar judicialmente o efetivo valor do dano causado, a exata composição do prejuízo sofrido. Na mesma ordem de ideias, prescreve o Código de Obrigações da Polônia que o credor pode, de acordo com os princípios gerais, exigir perdas e danos superiores aos convencionados, desde que renuncie, porém, a estes últimos (art. 84, § 2º).

POTHIER admitia também que os tribunais concedessem indenizações suplementares, se evidenciado que a soma pactuada não cobria de modo satisfatórios os prejuízos sofridos pelo lesado. Ao mesmo tempo, entretanto, recomendava o velho exímio professor de Orléans a maior parcimônia no uso de semelhante faculdade.

[...]

Um dos mais modernos e abalizados especialistas no assunto, COLAGROSSO, continua a sustentar a ressarcibilidade do dano superior ao *quantum* da multa, sob pena, diz ele, de falhar à sua finalidade, como sucederia se se impedisse, de modo absoluto, cobrança de um dano de valor mais elevado.

[...]

Efetivamente, pena convencional é a prefixação das perdas e danos resultantes de culpa contratual; se outros prejuízos existem [...] a indenização não pode cingir-se ao pagamento da multa exclusivamente. (MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Direito das obrigações*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 441-442)

Aliás, *mutatis mutandis*, o art. 413 do CC, na linha da iterativa jurisprudência do STJ (REsp n. 1.641.131/SP, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 23/2/2017; AgRg no AREsp n. 592.075/RJ, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 5/3/2015, DJe 17/3/2015; AgRg no AREsp n. 390.409/PR, Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 9/12/2014, DJe 15/12/2014; REsp n. 1.186.789/RJ, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/3/2014, DJe 13/5/2014), impõe o poder-dever do magistrado de modificar equitativamente, até mesmo de ofício, a cláusula penal avençada para manter a indenização na extensão do dano verificado, caso em que a obrigação principal tenha se cumprido em parte ou, que o montante da penalidade se mostrasse manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Outrossim, o Enunciado n. 355 da Jornada de Direito Civil do CJF propugna que as partes não podem renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, por se tratar de preceito de ordem pública.

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

Aliás, essa circunstância superveniente (mora prolongada que tornasse claramente insatisfatória a cláusula penal moratória avençada para prefixar o *quantum*, a fim de satisfazer o direito da parte aderente à reparação do dano negocial) atrairia também o disposto no art. 424 do CC, que estabelece que, nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que impliquem em renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio (no caso, pactuação acessória para indenização de perdas e danos).

7. A tese, portanto, do recurso repetitivo é a seguinte:

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

8. No caso concreto, a cláusula penal moratória avençada pelas partes prevê a incidência de multa no percentual de 0,5% do preço do imóvel (estabelecido no contrato) por mês de mora, razoável à reparação dos danos patrimoniais, razão pela qual nego provimento ao recurso especial. Majoro os honorários advocatícios, a serem arcados pelo autor, para o

Superior Tribunal de Justiça

valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), observada a compensação determinada na origem e a gratuidade de justiça que lhe foi concedida.

É como voto.

