

ARRAS E CLÁUSULA PENAL NOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS

Revista dos Tribunais Rio de Janeiro | vol. 4/2014 | p. 83 - 104 | Mar - Abr / 2014

Revista dos Tribunais Rio de Janeiro | vol. 5/2014 | p. 83 - 104 | Mai - Jun / 2014

DTR\2014\20327

Carlos Nelson Konder

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Uerj. Especialista em Direito Civil pela Universidade de Camerino (Itália). Professor Adjunto de Direito Civil da Uerj e da PUC-Rio.

Área do Direito: Civil; Imobiliário e Registral

Resumo: O presente artigo busca averiguar o uso das arras e da cláusula penal em contratos imobiliários. Os efeitos patrimoniais, que nada mais são que o objeto detido do estudo, decorrem do inadimplemento contratual e possuem caráter punitivo, indenizatório e penitencial. O que vale ressaltar é que sua aplicação deve ser sopesada com as regras e princípios da autonomia negocial dos contratantes e com questões estruturantes particulares aos contratos imobiliários.

Palavras-chave: Arras - Cláusula penal - Contratos imobiliários - Inadimplemento - Autonomia negocial.

Abstract: The present article seeks to determine the use of down payments and the penalty clause in real estate contracts. The financial effects, which are nothing more than the object of this analysis, originate from the default of the contract and possess a punitive, compensatory and penitential nature. It is worth highlighting that its application must be weighed in with the rules and principles pertaining to the negotiating autonomy of the contracting parties and with structural matters particular to real estate contracts.

Keywords: Down payment - Penalty clause - Real estate contracts - Default - Negotiating autonomy.

Sumário:

1.A relevância das arras e da cláusula penal - 2.Funções das arras e da cláusula penal: indenizatória, punitiva e penitencial - 3.Sistemática legal das arras - 4.Sistemática legal da cláusula penal - 5.O controle da autonomia negocial - 6.Conclusão

1. A relevância das arras e da cláusula penal

Todo contrato¹ é celebrado com o objetivo de ser adequadamente cumprido. Espera-se – e exige-se – das partes que conjuguem seus melhores esforços para a adequada satisfação do prometido. Os deveres são assumidos para serem adimplidos e deve o intérprete, sempre que possível, buscar a normativa que mais se adegue à execução específica das obrigações: o adimplemento é o fim que polariza e dinamiza a obrigação.² Esta é a função do contrato e a razão de ser de sua proteção pelo ordenamento, tutelando os interesses dos contratantes e, necessariamente também, os interesses extracontratuais, sociais e juridicamente relevantes.

No entanto, o cenário inverso não é desconhecido do direito. Fossem todas as normas contratuais respeitadas espontaneamente, o contrato dispensaria a tutela do direito, a força cogente do ordenamento. O fenômeno do inadimplemento – o momento patológico da relação obrigacional – também é objeto de regulação pelo direito privado, de maneira a, diante do contrato descumprido por fato imputável a uma das partes, impor sanções ao devedor faltoso, mas principalmente de modo a resguardar, na medida do possível, os interesses do credor vítima.

O próprio ordenamento prevê efeitos de natureza patrimonial para o descumprimento do contrato, como o dever imposto ao devedor inadimplente de indenizar perdas e danos sofridos pelo credor, com juros, atualização monetária e honorários de advogado, assim como o direito do credor vítima de resolver o negócio ou reter sua prestação até a execução em atraso. No entanto, em que pesem os progressos jurisprudenciais nos últimos anos, especialmente na esfera processual, é necessário reconhecer que muitos desses remédios são insuficientes para a adequada proteção do credor.

A demora e o custo do processo judicial, especialmente da fase de instrução probatória, além do grau de incerteza e discricionariedade na aferição das verbas devidas, revelam que a garantia de reparação integral dos danos, posto assegurada claramente no enunciado normativo, é mais

desafiante e arriscada na realidade concreta. O empreiteiro que não termina a obra no prazo, a incorporadora que não obtém o habite-se, o promitente-comprador que não paga suas prestações em dia, são todos cenários recorrentes cujo deslinde se arrasta por anos em um Judiciário sobrecarregado.

Diante disso, é natural que os contratantes se precavejam, fazendo uso de sua autonomia negocial não apenas para regular o cumprimento adequado do contrato, mas também para preventivamente disciplinar os efeitos do inadimplemento. O contratante cauteloso, o advogado minucioso, busca antecipar os cenários negativos e regulamentar o indesejado, de maneira a, se não é possível eliminá-lo, ao menos conter os prejuízos possivelmente decorrentes.

Este é o cenário em que se inserem os institutos das arras e da cláusula penal. São mecanismos de regulamentação negocial antecipada do inadimplemento e, em razão disso, foram reunidas no Código Civil de 2002 no capítulo referente ao inadimplemento. Ambas são cláusulas resultantes do exercício da autonomia negocial e são caracterizadas pela acessoriedade a uma relação obrigacional principal, cujo risco de inadimplemento visam regular.³ No entanto, apesar dessa similaridade funcional, são dotadas de estrutura bastante diversa.

Enquanto as arras são um bem dado no momento da celebração do contrato, que será eventualmente perdido em caso de inadimplemento por quem o deu, a cláusula penal é apenas a estipulação de uma obrigação, a promessa de realização de uma prestação em caso de inadimplemento. De um lado um instituto real, com a transferência imediata de um bem, de outro lado um instituto obrigacional/consensual, a promessa condicional de pagamento.

Esta distinção estrutural acompanhada de relativa similaridade funcional – ou seja, institutos diferentes em “como são”, mas similares no “para que servem” – gera dúvidas no tocante às normas que lhes são aplicáveis. As diferenças nos efeitos jurídicos entre ambos são controversas tanto em doutrina quanto em jurisprudência, razão pela qual se justifica um exame inicial da função – ou melhor, das funções – que desempenham.

2. Funções das arras e da cláusula penal: indenizatória, punitiva e penitencial

O desafio inicial para lidar com as arras e a cláusula penal é a identificação da sua função. Sobre este ponto reina grande controvérsia, especialmente no que tange à cláusula penal, uma vez que, nitidamente, podem desempenhar diferentes papéis na execução do contrato. Ressalvada a função penitencial, que é reconhecida como hipótese à parte (da qual trataremos mais adiante), o grande embate é sobre a função padrão desses institutos: indenizatória ou punitiva.⁴

A função indenizatória se manifestaria no objetivo de prefixar o valor das perdas e danos em caso de inadimplemento, poupando assim as partes do tempo e do custo de um processo judicial de liquidação dos prejuízos. Já a função punitiva, também chamada de coercitiva ou sancionatória, seria a finalidade de desestimular o devedor com relação ao inadimplemento, pressionando-o para que cumpra com a sua obrigação.

O embate costuma culminar com uma posição conciliatória, na qual se sustente que a cláusula penal é capaz de desempenhar, simultaneamente, as duas funções,⁵ com alguns sustentando a primazia da liquidação antecipada das perdas e danos⁶ e outros dando prevalência à sua atuação como fator de desestímulo ao inadimplemento pelo devedor, pois este, ao saber da consequência exata do descumprimento sobre o seu patrimônio, estaria sendo instado a cumprir corretamente.⁷

No entanto, este esforço conciliatório parece nublar mais a compreensão dos institutos do que esclarecê-la.⁸ Se a função de um instituto é o critério determinante para fixar as regras jurídicas que lhe são aplicáveis e o modo da sua aplicação, deve-se reconhecer que a cláusula voltada para uma determinada função não terá o mesmo tratamento jurídico daquela que visa à outra finalidade. Nesta linha, leciona Nelson Rosendal:

“Um único modelo jurídico – cláusula penal – não pode ao mesmo tempo atuar como indenização e sanção. Cogitar de uma ‘indenização sancionatória’ é uma impossibilidade lógica, uma contradição em termos. Ou a cláusula penal será uma sanção compulsória ou funcionará como pré-estimativa convencional de danos”.⁹

Assim, deve-se reconhecer a pluralidade de normativas aplicáveis ante a diversidade de funções



almeçadas. A cláusula com função indenizatória se submeterá a regras distintas daquela com função punitiva, de maneira a adequar o seu tratamento jurídico ao objetivo que ela almeja. Em que pese a relevante doutrina em sentido contrário, deve-se entender que, no silêncio das partes, a função almejada é indenizatória, eis que as hipóteses de pena privada em nosso ordenamento devem ser sempre excepcionais.¹⁰

Esta distinção normativa com base na função concreta do instituto é pacificamente reconhecida no que tange à função penitencial. Diz-se que as arras ou a cláusula penal (multa) tem função penitencial quando está garantido à parte o direito de arrependimento. Neste caso, não se pode mais falar de inadimplemento do devedor ou de sanção contratualmente prevista para esta hipótese. Se a parte tem o direito potestativo de desfazer o vínculo conforme a sua vontade, o exercício deste direito não pode ser considerado um ato ilícito. Assim, a cláusula que prevê as consequências patrimoniais por este ato lícito terá tratamento jurídico em apartado, como o próprio Código Civil previu quanto às arras. Nestas hipóteses, as arras penitenciais e a multa penitencial perdem o caráter sancionatório e assumem o papel de preço pago pelo exercício do direito.

Observada, então, esta distinção funcional, é possível analisar as estruturas das arras e da cláusula penal em apartado, como fez o nosso legislador, para depois tentar conjugá-los na coerência e na harmonia que a sistematicidade do ordenamento exige.

3. Sistemática legal das arras

As arras ou sinal são a “importância em dinheiro ou a coisa dada por um contratante ao outro, por ocasião da conclusão do contrato, com o escopo de firmar a presunção de acordo final e tornar obrigatório o ajuste, ou ainda, excepcionalmente, com o propósito de assegurar, para cada um dos contratantes, o direito de arrependimento”.¹¹

Após certa controvérsia na vigência do Código Civil de 1916, o Código Civil de 2002 aparentemente distinguiu a regulação das arras em dois tipos, conforme sua diversidade funcional: confirmatórias e penitenciais. Não há separação legal entre as arras com função indenizatória ou com função punitiva, reunindo-se ambas no âmbito do que se denomina arras confirmatórias.¹²

Fala-se em doutrina de arras assecuratórias, quando elas forem fixadas no âmbito de um contrato preliminar ou mesmo das tratativas.¹³ No entanto, não se trata de um *tertium genus*, pois não há uma nova função nesses casos: tanto as arras fixadas em contrato definitivo, como aquelas estipuladas em contrato preliminar (assecuratórias), serão confirmatórias ou penitencias.

No silêncio do pacto, as arras serão *confirmatórias*, expressão usada para destacar o compromisso existente entre as partes e assegurando a satisfação das obrigações.¹⁴ Nesse caso, são aplicáveis os arts. 417 a 419 do CC/2002, que desenham quatro cenários para a atuação das arras. Primeiro, ocorrendo a execução satisfatória do contrato as arras serão devolvidas a quem as deu ou, se forem da mesma espécie da obrigação principal, serão reputadas princípio de pagamento.¹⁵ Assim, na praxe de o comprador dar o sinal em dinheiro, este valor deve ser abatido no momento do pagamento, arcando o comprador apenas com o restante do preço.

De outro lado, ocorrendo inexecução do contrato, mas por fato não imputável a qualquer das partes (e.g., caso fortuito), as arras serão simplesmente devolvidas a quem as deu, resolvido o contrato por impossibilidade superveniente e restituídos os contratantes ao *status quo ante*.

Se, no entanto, houver inexecução por fato imputável a quem deu as arras – por exemplo, o promitente-comprador que desiste de adquirir o imóvel por encontrar outro que reputa melhor –, as arras serão perdidas em favor de quem as deu. Aqui se demonstra claramente sua função principal: aquele que recebeu as arras como confirmação da seriedade do negócio e, depois, é frustrado pelo comportamento culposos da outra parte, poderá reter as arras, a título de mínimo indenizatório dos prejuízos sofridos.

Essa característica das arras de predeterminar um mínimo de indenização atua de forma bilateral, isto é, vincula ambos os contratantes. Assim, se o cenário for, enfim, de inexecução do contrato por fato imputável a quem recebeu as arras, deverá este não apenas devolver as arras, mas também pagar a quem as deu o equivalente pecuniário do sinal, valor que se entende ser o mínimo de indenização devida pelos prejuízos sofridos. Na prática, como o mais comum é que as arras sejam quantia em dinheiro, simplifica-se com a ideia da devolução em dobro: no inadimplemento com

quem as deu perde-as, quem as recebeu devolve-as em dobro.¹⁶

Nesses dois últimos cenários, como destacado, as arras funcionam como predeterminação do *mínimo* da indenização. Poderá o contratante vítima, se comprovar que seu prejuízo com a inexecução foi superior ao valor das arras, demandar indenização suplementar, de maneira a ocorrer sua reparação integral. A perda das arras, ou sua devolução em dobro, todavia, por configurar mínimo indenizatório, independe de prova.

Ademais, ainda nesses dois cenários, o contratante vítima poderá demandar também, cumulativamente às arras, a resolução do contrato, direito potestativo que lhe é conferido pelo inadimplemento da outra parte. Poderá, todavia, optar pela manutenção do contrato e, mesmo nesse caso, aplicam-se as normas supracitadas. Ou seja, poderá exigir a execução forçada da obrigação descumprida pela outra parte e também a retenção ou devolução em dobro das arras, além de indenização suplementar mediante prova.¹⁷ Trata-se de distinção, como se verá, da sistemática da cláusula penal: as arras têm um sistema unitário, prefixando o mínimo da indenização tanto para o caso de inadimplemento absoluto como para o caso de mora.

Enfim, de outro lado temos as arras *penitenciais*, que, como observado, somente se caracterizarão se existir no contrato, por força de lei ou da vontade das partes, *direito de arrependimento*. Quando houver dispositivo legal ou cláusula contratual prevendo que uma ou ambas as partes podem, com ou sem prazo, desistir do contrato, pondo fim ao vínculo por mera declaração de vontade, as arras que tenham sido dadas por ocasião da celebração do negócio mudam de função. Nesse caso, a não execução da prestação por quem tinha direito de fazê-lo deixa de ser inadimplemento, e configura-se exercício regular de direito. Assim, as arras em lugar de servirem a intensificar o compromisso, servem a enfraquecê-lo, estipulando apenas o preço a ser pago pela desistência.

Estaremos, nesse caso, diante de um ato lícito e as arras prefixam apenas o custo deste ato. Assim, havendo exercício do direito de arrepender-se por parte de quem deu as arras, essas serão perdidas, e por parte de quem as recebeu, serão devolvidas em dobro, sempre a título de pagamento previsto para tal ato. Não haverá que se falar, todavia, em indenização suplementar – muito menos em execução forçada – uma vez que não se está diante de ato ilícito, mas apenas de exercício de direito previamente regulamentado.¹⁸

Vale destacar, todavia, que a função penitencial não é admissível em qualquer contrato. Assim, nos compromissos de compra e venda decorrentes de parcelamento de solo urbano, a Lei 6.766/1979 veda a estipulação de direito de arrependimento.¹⁹ Nesse caso, qualquer disposição prevendo a possibilidade de desistência será nula e, se tiverem sido dadas arras, as mesmas somente poderão ser entendidas como confirmatórias.²⁰ Por outro lado, se o imóvel em questão não for decorrente de loteamento ou desmembramento, será regido pelo Dec.-lei 58/1937 e, conseqüentemente, será admitida a estipulação de direito de arrependimento e, neste caso, as arras terão função penitencial.²¹

4. Sistemática legal da cláusula penal

Em contraposição às arras, a cláusula penal funciona de forma consensual, puramente obrigacional, como a “estipulação negocial pela qual uma das partes (ou ambas) se obriga antecipadamente perante a outra a realizar uma prestação (normalmente pecuniária) em caso de inadimplemento culposo ou mora de determinada obrigação”.²²

O legislador também distinguiu dois tipos de cláusula penal, mas com base em critério diverso das arras. Aqui, distingue-se com base no cenário do qual o credor visava precaver-se quando estipulou a cláusula: inadimplemento ou mora.

A cláusula penal de tipo compensatória prevê uma prestação que pode ser exigida do devedor em lugar da prestação principal.²³ Assim, diante do inadimplemento, a cláusula abre uma alternativa ao credor: ou bem ele persiste buscando a execução específica da prestação, com perdas e danos pelo atraso, ou, se não lhe interessar mais a prestação principal atrasada (inadimplemento absoluto) tem a opção de exigir a prestação prevista pela cláusula penal, em substituição à obrigação principal.²⁴

Já a cláusula penal de tipo moratória prevê uma prestação que pode ser exigida do devedor cumulativamente com a prestação principal.²⁵ Se o devedor não cumprir pontualmente sua obrigação, deverá pagá-la junto com a prestação adicional prevista. Ela precavê o credor ~~passo~~

caso, não quanto à ausência da prestação principal, mas quanto às consequências negativas do seu atraso.

A verificação, em concreto, de qual tipo de cláusula se trata, muitas vezes, não é simples, devendo-se levar em conta a terminologia adotada no instrumento, o valor da multa em comparação com a obrigação principal e todos os demais indícios que sirvam a conduzir o intérprete no processo hermenêutico de qualificação.²⁶ Por mais tormentosa que possa se revelar, a distinção é fundamental, pois determina a cumulatividade ou não da pena com a execução específica da prestação. Ademais, embora a associação não possa ser feita de maneira definitiva, jurisprudência e doutrina têm reconhecido nas cláusulas penais compensatórias a função indenizatória, enquanto nas cláusulas penais moratórias prevaleceria a função punitiva.²⁷

O Código Civil de 2002 prevê ainda a possibilidade de a cláusula penal servir a garantir o credor não contra o inadimplemento (absoluto ou relativo) da obrigação principal, mas sim contra o inadimplemento de uma obrigação acessória, como, por exemplo, a previsão de uma multa caso a construção, embora entregue no prazo, não tenha as especificações precisamente indicadas no projeto. Não se trata, contudo, de um terceiro gênero: como indica a melhor doutrina esta será, em regra, uma cláusula penal moratória, exigível junto com a prestação principal, a não ser que “o descumprimento de uma obrigação secundária, anexa ou instrumental, efetivamente frustre as legítimas expectativas do credor e distorça ou desvie a *objetiva finalidade do contrato*”.²⁸

Ao contrário das arras, a cláusula penal, segundo a sistemática legal, não prefixa apenas o mínimo das perdas e danos, mas a sua totalidade. Essa é a principal distinção entre as duas nos seus efeitos legais. Uma vez admitida a cláusula penal pelo credor, ele tem certa segurança em que receberá aquele valor, mesmo sem prova de prejuízo, mas em princípio não poderá pleitear indenização suplementar, ainda que comprove que o valor estipulado contratualmente não cobre os prejuízos por ele efetivamente sofridos.

Em que pesem as relevantes opiniões em sentido contrário, deve-se entender que este limite não abarca a indenização por danos morais, eis que, se o próprio legislador não pode limitar a indenização por danos morais, sob pena de violar dispositivo constitucional, não seria admissível que as partes pudessem fazê-lo no exercício de sua autonomia negocial.²⁹ Da mesma forma, esse limite não restringe o direito do credor à atualização monetária, juros e honorários de advogado, pois a cláusula penal substitui apenas as perdas e danos no tocante aos efeitos do inadimplemento.³⁰

Controverte-se em doutrina se poderia o credor abrir mão da indenização prefixada na cláusula penal e recorrer ao procedimento padrão de liquidação das perdas e danos pelo Judiciário, assumindo o risco, nesse caso, de a indenização ficar aquém do quantificado na cláusula, mas também com a possibilidade dela ser superior. Há uma primeira corrente³¹ que defende essa possibilidade, classificando a cláusula penal como obrigação com faculdade alternativa para o credor, a segunda corrente³² que só admite essa possibilidade no caso de cláusula penal com função punitiva (não a admitindo se tiver a função indenizatória), e ainda a terceira posição, segundo a qual uma vez avençada a cláusula penal, em nenhuma hipótese poderia o credor preterir-la pela indenização livre, eis que fixado o valor como parte do equilíbrio contratual estabelecido entre as partes, passa a vincular a ambas.³³

A terceira orientação ganha força, uma vez que o legislador abriu espaço à autonomia negocial para que as partes, se preferirem, possam prever no momento da contratação que a cláusula penal não fixará o limite máximo da indenização. Nesse caso, os contratantes fixarão que a cláusula penal não siga o regime padrão, estipulando expressamente no contrato o cabimento de indenização suplementar mediante prova. Assim, seriam duas formas de cláusula penal: a padrão, que fixa o valor total devido, descabida a liquidação judicial das perdas e danos, e a cláusula de mínimo indenizatório, que segue sistemática similar à das arras.

5. O controle da autonomia negocial

O recurso à estipulação negocial de arras ou cláusula penal, como forma de autorregulação do inadimplemento, deve ser utilizado em consonância com as regras e princípios que condicionam a autonomia negocial. A autonomia privada nunca é um valor em si, ela só será protegida enquanto corresponder a um interesse digno de tutela pelo ordenamento e, portanto, é necessário sempre verificar se o exercício dessa prerrogativa ocorreu em acordo com as regras e princípios aplicáveis.³⁴

Neste sentido, incumbe ao intérprete fazer a avaliação de merecimento de tutela de tais cláusulas, de maneira a evitar que se transformem em instrumento de abuso de posição contratual ou opressão da parte vulnerável, mas também evitando resvalar para o extremo oposto, igualmente prejudicial à coletividade, com a criação de um ambiente de leniência com o inadimplemento. Este delicado equilíbrio é indicado por Gustavo Tepedino:

“(…) pode-se verificar o difícil equilíbrio entre o anseio de se punir o inadimplente contumaz, que se profissionaliza na crise, premiado pela corrosão inflacionária, e, de outra parte, o receio de se consagrar abusos em favor do credor, sobretudo porque as dificuldades financeiras atingem também os bons pagadores, aqueles devedores que não pagam exclusivamente em razão da ausência de recursos”.³⁵

Vale destacar que este controle não se limita a verificar a eventual violação da cláusula a uma regra proibitiva específica. Incumbe ao intérprete fazer uma valoração completa do exercício da autonomia negocial, averiguando se não há qualquer abuso ou incompatibilidade com os princípios que regem a atividade negocial, como a boa-fé, a função social do contrato, o equilíbrio econômico e a proteção dos vulneráveis. Em especial, tratando-se de contrato imobiliário, é fundamental levar em conta os relevantes bens jurídicos que podem estar em jogo, como o direito à moradia e a função social da cidade. Nesta linha, o ordenamento oferece algumas formas de controle específicas, como se passa a expor.

5.1 Limites ao valor

A forma mais primitiva de controlar eventuais abusos é a imposição de um valor máximo para a sanção prefixada contratualmente. Nesse sentido, o Código Civil de 2002 manteve o limite geral de que a cláusula penal não pode ultrapassar o valor da obrigação principal, como forma de evitar o enriquecimento sem causa. Extrapolado este limite (que não abrange outros efeitos do inadimplemento, como atualização monetária, juros, honorários e eventual indenização suplementar, se prevista), a cláusula deve ser reduzida ao máximo permitido pelo legislador.

No entanto, o dispositivo apresenta dois problemas. Primeiro, o que significa a referência ao valor da obrigação principal?³⁶ Se isto, em uma interpretação inicial, envolve apenas o seu objeto, isto é, o valor nominal da prestação, o limite ficaria sempre aquém do prejuízo sofrido pelo credor, pois este, ao não receber a prestação, tem direito à indenização não apenas do equivalente pecuniário, mas também dos demais danos emergentes e ainda dos lucros cessantes. Assim, uma multa compensatória em promessa de compra e venda de imóvel que estivesse limitada ao valor do imóvel não abrangeria o aluguel gasto pelo promitente comprador para residir em outro local ante a falta da entrega da habitação prometida. Se, contudo, em outra interpretação, o valor da obrigação principal significar a totalidade dos prejuízos sofridos diante do seu inadimplemento, a norma sofreria de outra dificuldade: calcular este valor total dos prejuízos, que será o limite máximo, era exatamente o que se buscava evitar quando se instituiu a cláusula penal. Nesta linha, sobre dispositivo similar no direito português, afirma Antunes Varela que a norma “representa uma verdadeira castração da estipulação das partes” e “destrói ainda uma das funções mais úteis da cláusula, que era a de pôr termo a discussões entre as partes acerca do montante do prejuízo real sofrido pelo credor”.³⁷

No entanto, o maior problema para esse tipo de limite é a enorme diversidade de situações que ele deve abranger. Um limite fixo, único, para todos os tipos de cláusula penal certamente se revelaria alto demais em algumas situações e muito baixo em outras, constantemente gerando injustiças. Possivelmente por conta disso, o legislador fragmentou essa técnica de controle, prevendo diversos limites específicos, diferenciados conforme o tipo de relação em jogo.

Assim, a título exemplificativo, nas relações de consumo determina-se que a cláusula penal moratória não pode ultrapassar 2% do valor da prestação,³⁸ mesmo limite imposto à taxa condominial.³⁹ No tocante à compra e venda de imóveis o limite é de 10% da prestação,⁴⁰ que também é o limite aplicável às cédulas de crédito hipotecário.⁴¹ Controverte-se em doutrina e jurisprudência se o limite de 10% imposto pela lei da usura é aplicável a todas as cláusulas penais moratórias, como limite geral, somente aos contratos de mútuo ou ainda se ele foi revogado pelo Código Civil de 2002.⁴²

No entanto, observa-se que, mesmo com padrões mais específicos, a técnica de imposição de um limite fixo, geral, é problemática ante a riqueza dos casos concretos. Por conta disso, é utilizado de



forma mais eficaz o dispositivo de controle da autonomia negocial que permite ao juiz uma aferição mais flexível com base nas peculiaridades do caso concreto, como se passa a examinar.

5.2 A possibilidade de redução equitativa judicial

O instrumento mais eficaz e incisivo para o controle de eventuais excessos nesses mecanismos negociais de autorregulação do inadimplemento é a prerrogativa judicial de redução equitativa da sanção, prevista no art. 413 do CC/2002.⁴³ Embora prevista exclusivamente para a cláusula penal, tem sido tendência entre nós, doutrinária e jurisprudencial, reconhecer sua aplicabilidade também às arras.⁴⁴

O dispositivo atribui ao magistrado um poder-dever de reduzir equitativamente a sanção sempre que houver cumprimento parcial ou quando houver excesso manifesto no momento do descumprimento tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio. A redação do dispositivo foi alterada para destacar a obrigatoriedade da aplicação do instituto pelo juiz quando presentes seus pressupostos, assim como sua inafastabilidade pela vontade prévia das partes.⁴⁵ Além da cogência da norma, tem prevalecido o entendimento de que pode até mesmo ser aplicada de ofício pelo magistrado.⁴⁶

No entanto, a redução somente será autorizada se reputado presente algum dos requisitos que a autorizem: o cumprimento parcial ou o excesso manifesto.⁴⁷ No tocante ao cumprimento parcial a hipótese não gera grandes dúvidas. Prevista desde o Código Civil de 1916, a redução da cláusula penal quando houver inadimplemento somente parcial encontra fundamento no mesmo raciocínio da redução das perdas e danos: o credor não é obrigado a receber o pagamento em partes se isso não foi convencionado; se o aceita, as perdas e danos incidem somente sobre a parte faltante. Recorrente no âmbito dos contratos de locação de imóvel urbano, a Lei do Inquilinato foi inclusive alterada para que ficasse claro que a multa pela devolução antecipada do imóvel pelo locatário seria reduzida proporcionalmente ao tempo já decorrido do contrato.⁴⁸

Vale destacar, todavia, que ao contrário do dispositivo da lei especial, o Código Civil impõe redução equitativa, e não redução proporcional. Assim, ao fazer remissão a um juízo de equidade, poderá o juiz considerar, por exemplo, que o descumprimento de, em termos puramente quantitativos, cinquenta por cento da prestação, justifica uma redução de apenas trinta por cento da multa, por reputar que aquela metade faltante era qualitativamente mais importante para o credor.⁴⁹

No entanto, a redução somente em caso de cumprimento parcial seria instrumento insuficiente, eis que o credor poderia, por exemplo, fixar valor ainda mais alto para, em caso de devolução antecipada do imóvel, receber quantia superior.⁵⁰ Daí a segunda hipótese prevista pelo dispositivo, na qual temos um mecanismo de revisão judicial que viabiliza a aplicação do princípio do equilíbrio econômico objetivamente, sem requisito de imprevisibilidade ou de inferioridade de uma das partes.⁵¹ Sempre que magistrado verificar, objetivamente, um excesso manifesto na sanção negocialmente estipulada, deve reduzi-la. Para a verificação deste excesso – que, destaque-se, deve ser manifesto – levará em conta a natureza do contrato e a sua finalidade.

Como já destacou a melhor doutrina,⁵² a referência à finalidade é especialmente feliz, pois permite adotar a perspectiva funcional no exame da excessividade. Neste ponto, deve-se levar em conta a função indenizatória, punitiva ou penitencial da cláusula, pois a função irá necessariamente interferir nos critérios adotados.⁵³ Todavia, mais importante é levar em conta, como indica o dispositivo, a finalidade do negócio, isto é, a função econômico-individual, concretamente estabelecida, do acordo como um todo, pois é ela que determinará sua qualificação mais adequada.⁵⁴ Assim, nos contratos imobiliários, deve-se ter em mente a exigência de compatibilidade da função do contrato com a tutela constitucional do direito à moradia e da função social da cidade, impõe normativa diferenciada e atenção às peculiaridades do caso concreto.⁵⁵

A prerrogativa, no entanto, é de reduzir a sanção para montante adequado, não se podendo, com base nesse dispositivo, suprimi-la ou reduzi-la a valor ínfimo, sob pena de violação injustificada à autonomia negocial.⁵⁶ A possibilidade de aumento também é vedada, sem prejuízo de as partes poderem fazer uso da previsão prévia de indenização suplementar em caso de insuficiência comprovada da indenização, nos termos do já mencionado parágrafo único, do art. 416, do CC/2002.⁵⁷

5.3 Os efeitos da incidência do Código de Defesa do Consumidor

Parte significativa das relações estabelecidas por contratos imobiliários é regida também pelo Código de Defesa do Consumidor. Contratos como a compra e venda de imóvel na planta costumam colocar uma das partes na situação de vulnerabilidade cuja tutela foi imposta pelo Constituinte e regulamentada pela Lei 8.078/1990.

A incidência do CDC é capaz de produzir uma série de efeitos específicos sobre a normativa aplicável ao caso, diversos já previstos no diploma legal, como o direito à inversão do ônus da prova, o regime de responsabilidade solidária e objetiva de fornecedores, o prazo prescricional diferenciado e o rol de cláusulas e práticas abusivas. No entanto, diversos outros efeitos jurídicos decorrem de uma interpretação guiada pela diretriz constitucional, que demanda do magistrado um esforço para reequilibrar aquela relação naturalmente desigual e compensar juridicamente a vulnerabilidade fática existente.

No caso específico dos contratos imobiliários de consumo, para além do limite de dois por cento às cláusulas moratórias, já citado, e da restrição às cláusulas de decaimento, analisada no próximo item, os princípios e regras que conduzem a interpretação dos contratos com vulneráveis tem imposto outros efeitos. Por exemplo, o entendimento de que a cláusula penal que prefixa o valor da indenização a ser paga pelo consumidor em caso de mora também se aplica ao fornecedor.⁵⁸ Assim, o fornecedor que, ao redigir o contrato estipulou multa para o caso de atraso do consumidor no pagamento de suas parcelas também poderá ser exigido por este mesmo valor, caso seja sua a mora na entrega do imóvel.

Deve-se ter em mente, todavia, que a bilateralidade da cláusula somente deve ocorrer nas relações com vulneráveis, e quando sua extensão servir a beneficiar a parte mais fraca. Não se justifica a extensão em prejuízo do consumidor, assim como não parece adequado fazê-lo em relações paritárias. Neste último caso, tendo sido a cláusula estipulada em favor de apenas uma das partes, deve tê-lo sido em virtude de negociação específica, envolvendo a atribuição de outras vantagens à contraparte, ou mesmo a perspectiva de que os prejuízos decorrentes do inadimplemento seriam diversos.

5.4 A cláusula de perda total ou parcial das prestações pagas

Nos contratos imobiliários com financiamento da aquisição do imóvel, é bastante comum que a sanção prevista contratualmente para o inadimplemento absoluto do promitente comprador recaia sobre as parcelas por ele já pagas. Assim, sobre o mero atraso no pagamento das parcelas recai cláusula penal moratória comum, mas em caso de impossibilidade de o comprador persistir na execução do contrato, restringe-se seu direito a reaver as parcelas que já pagou, no que se costuma chamar *cláusula de decaimento*.

Trata-se de figura que por vezes é referida como espécie de cláusula penal, outras vezes é identificada como hipótese de arras, em razão de envolver a perda de quantia já transferida.⁵⁹ De qualquer forma, a referida cláusula tem sido objeto de controle jurisprudencial desde antes do advento do CDC, com a aplicação, direta ou por analogia, da redução equitativa da sanção manifestamente excessiva.⁶⁰

Assim, ainda que se justifique a previsão contratual voltada a ressarcir a incorporadora pelo prejuízo decorrente do inadimplemento do comprador, entende-se que ela não pode configurar enriquecimento sem causa, ou seja, não é admissível que o comprador, mesmo inadimplente, perca tudo que pagou sem receber nada em troca, justificando-se a intervenção judicial para a redução do valor perdido.⁶¹ Com a promulgação da Lei 8.078/1990, a hipótese passou a ser expressamente regulada pelo disposto no art. 53:

“Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado”.⁶²

A jurisprudência mais recente ampliou o entendimento no sentido de que não apenas a cláusula que impede a restituição da totalidade dos valores pagos, mas também a cláusula que impede a restituição de parte significativa deles, ou que adia essa restituição, determinando que ela ocorra somente após o término da obra ou de forma parcelada, devem ser reputadas abusivas. O



argumento determinante para o enquadramento desta hipótese no art. 51 do CDC, foi a imposição ao consumidor de uma condição puramente potestativa para a restituição, uma vez que a conclusão da obra depende exclusivamente da imobiliária.⁶³

6. Conclusão

Observou-se, assim, que tanto a cláusula penal como as arras, a despeito de sua distinção estrutural, são estipulações negociais voltadas a regular o cenário de inexecução do contrato. Com este fim, podem assumir função indenizatória, liquidando antecipadamente as perdas e danos, função punitiva (coercitiva ou de garantia), para pressionar o devedor ao inadimplemento, ou penitencial, para predeterminar o custo do exercício regular de direito de arrependimento. A identificação da função buscada pelas partes em concreto é determinante para a qualificação e, portanto, relevante para a determinação das regras aplicáveis.

Dessa forma, a adoção dessas técnicas contratuais é cabível para a realização de qualquer das três funções, mas somente será merecedora de tutela se, examinada em concreto, seu exercício não se revelar incompatível com os princípios e normas que regem a autonomia negocial. Nesta linha, o próprio ordenamento preconiza mecanismos de controle, como limites de valor e a possibilidade de redução equitativa judicial, em atendimento ao princípio contratual do equilíbrio econômico, mas tais mecanismos não exauram as possibilidades de intervenção judicial.

No exercício da análise de merecimento de tutela de tais cláusulas não se deve resvalar para qualquer forma de paternalismo sobre o devedor inadimplente, mas é imperioso verificar se, no caso em exame, houve abuso de posição contratual ou aproveitamento da vulnerabilidade do contratante. Para tanto, é fundamental levar em conta se se trata de relação paritária ou desigual, como no caso das relações de consumo.

Em especial, nos contratos imobiliários, deve-se ter em mente a função não apenas da cláusula penal ou das arras, mas a função concreta do contrato como um todo, que, ante a exigência de compatibilidade com a tutela constitucional do direito à moradia e da função social da cidade, impõe normativa diferenciada e atenção às peculiaridades do caso concreto.

1. Agradeço a Marcos de Souza pelo auxílio na pesquisa jurisprudencial e a Eduardo Heitor Mendes e Vivianne da Silveira Abílio pelas sugestões aos originais.

2. SILVA, Clovis V. do Couto. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 20.

3. A acessoriedade é característica imputada tanto à cláusula penal como às arras pela maioria da doutrina. Cogita-se de uma cláusula penal autônoma ou independente, cuja exigibilidade estaria condicionada não ao descumprimento do contrato, mas à sua invalidade. Neste caso, todavia, ainda que se repute lícita a estipulação negocial nesse sentido, não se trataria de cláusula penal, mas de cláusula atípica (FLORENCE, Tatiana Magalhães. Aspectos pontuais da cláusula penal. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 519).

4. Judith Martins-Costa sugere, em outro sentido, a existência de quatro funções para a cláusula penal – ressarcitória, garantista, punitiva e moratória (*Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V, t. II, p. 415-420) – e quatro funções às arras – confirmatória, princípio de pagamento, efeito de resolução imputável e possibilidade de arrependimento (idem, p. 489).

5. WALD, Arnoldo. *Direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. 2, p. 173; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: obrigações*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 395; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 2, p. 416; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, vol. 2, p. 329-330; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, vol. 2, p. 418; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 32. ed. atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2008, vol. 4, p. 336-337; CASSETARI, Christiano. *Multa contratual*. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 55.



6. NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 426.
7. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 26. ed. atual. por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2014, vol. II, p.142; RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 538; Judith Martins-Costa. Op. cit., p. 417.
8. Contra a possibilidade de conciliação das duas funções, LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 306; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 237 e ss.; ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 82. Defendem a função apenas indenizatória, GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. atual. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 190; NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, vol. 2, p. 479. Um esforço pioneiro de distinção entre duas espécies de cláusula penal com base na função pode ser encontrado no ensaio histórico de MATTIA, Fábio Maria de. Cláusula penal pura e cláusula penal não pura, republicado em *Doutrinas Essenciais. Obrigações e Contratos*. São Paulo: Ed. RT, 2011, vol. 2; p. 1117.
9. ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 82. É o que leciona também Jorge Cesa Ferreira da Silva: “a distinção conceitual é fundamental porque, a partir dela, melhor se realiza a hermenêutica das regras da cláusula penal, assim como melhor se compreende a abrangência da autonomia privada relativa às regulações assemelhadas à cláusula penal” (Op. cit., p. 241).
10. Em análise minuciosa do tema das penas privadas, concluem Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber: “Necessário registrar, entretanto, que se a ineficiência dos remédios tradicionais do direito civil deriva, em larga medida, dos abusos praticados não mais pelo Estado, mas pelos sujeitos privados, atribuir a tais sujeitos um poder punitivo ou fazer reverter a seu favor os frutos do exercício deste poder não parecem as soluções mais adequadas ao direito contemporâneo” (As penas privadas no direito brasileiro. In: Daniel Sarmento e Flavio Galdino (orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 525). Em sentido contrário, pela prevalência da cláusula penal com função punitiva, ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 84 e ss.; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Op. cit., p. 243-244.
11. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, vol. III, p. 90.
12. “(...) a pré-liquidação das perdas e danos consiste em função específica das arras penitenciais, não já das arras confirmatórias, que o legislador elege como regra no direito brasileiro” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*. In: AZEVEDO, A. V. (coord.). São Paulo: Atlas, 2008, vol. IV, p. 409).
13. GOMES, Orlando. *Obrigações... cit.*, p. 196.
14. O Código Civil de 2002 aqui operou uma inversão com relação ao entendimento anterior, que era de prevalência das arras penitenciais (José Dionízio da Rocha. Das arras ou sinal. In: Gustavo Tepedino (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 539).
15. Código Civil, art. 417: “Se, por ocasião da conclusão do contrato, uma parte der à outra, a título de arras, dinheiro ou outro bem móvel, deverão as arras, em caso de execução, ser restituídas ou computadas na prestação devida, se do mesmo gênero da principal”.
16. Código Civil, art. 418: “Se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as; se a inexecução for de quem recebeu as arras, poderá quem as deu haver o contrato por desfeito, e exigir sua devolução mais o equivalente, com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado”.
17. Código Civil, art. 419: “A parte inocente pode pedir indenização suplementar, se provar maior prejuízo, valendo as arras como taxa mínima. Pode, também, a parte inocente exigir a execução do contrato, com as perdas e danos, valendo as arras como o mínimo da indenização”.
18. Código Civil, art. 420: “Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer



das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar”.

19. Lei 6.766, de 19.12.1979, art. 25: “São irretroatáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, os que atribuam direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, confirmam direito real oponível a terceiros”.

20. Entendendo que neste caso as arras não terão conteúdo normativo e servirão apenas como princípio de pagamento, SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Op. cit., p. 316.

21. A possibilidade de previsão de direito de arrependimento é reconhecida pelo próprio Dec.-lei 58, de 10.12.1937, no seu art. 22: “Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma, ou mais prestações, desde que, inscritos a qualquer tempo, atribuem aos compromissos direito real oponível a terceiros, e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória nos termos dos arts. 16 desta lei, 640 e 641 do CPC. (Redação dada pela Lei 6.014, de 1973)”. Nesse sentido, já indicava a Súmula 412 do STF antes mesmo da vigência do art. 420 do CC/2002: “No compromisso de compra e venda com cláusula de arrependimento, a devolução do sinal, por quem o deu, ou a sua restituição em dobro, por quem o recebeu, exclui indenização maior a título de perdas e danos, salvo os juros moratórios e os encargos do processo”. Para o debate sobre a compatibilidade entre o direito de arrependimento e a função social do contrato, v. RIBEIRO, Paulo Dias de Moura. Arras ou sinal no contrato preliminar de promessa de aquisição de imóvel. In: Alexandre Guerra e Marcelo Benacchio (coords.). *Direito imobiliário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 545-548.

22. MONTEIRO, Antonio Joaquim de Matos Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 44. A abrangência da definição é ilustrada por Nelson Nery Junior, que entende ser exemplo de cláusula penal a que impõe fornecer veículo substituto (cláusula de veículo reserva) (Ação rescisória – cláusula penal. *Soluções Práticas*, vol. 4. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 487).

23. Código Civil, art. 410: “Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor”.

24. O exercício do direito potestativo do credor de reputar o inadimplemento absoluto ou relativo deve, contudo, ser objeto de controle de merecimento de tutela, eis que vinculado ao interesse relativo à prestação e limitado pelo princípio da boa-fé, sob pena de ser reputada abusiva a escolha, como ocorre nos casos de adimplemento substancial. Sobre o tema, v. SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento – Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil* 32/3-27. Rio de Janeiro, out.-dez. 2007.

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

26. Alerta Caio Mário da Silva Pereira: “Não é fácil dizer, em tese, ou genericamente, quando é compensatória ou moratória a cláusula penal. Mandam uns que se confronte o seu valor com o da obrigação principal, e, se patente sua inferioridade, é moratória, mas outros desprestigiam este processo comparativo, para concluir que o critério não absoluto (...). Em conclusão, caberá ao juiz valer-se de todos os meios, a começar da perquirição da vontade, para, das circunstâncias, inferir e proclamar, nos casos duvidosos, a natureza moratória ou compensatória da multa” (Op. cit., p. 149).

27. “Direito civil. Promessa de compra e venda de imóvel em construção. Inadimplemento parcial. Atraso na entrega do imóvel. Mora. Cláusula penal. Perdas e danos. Cumulação. Possibilidade. 1.– A obrigação de indenizar é corolário natural daquele que pratica ato lesivo ao interesse ou direito de outrem. Se a cláusula penal compensatória funciona como prefixação das perdas e danos, o mesmo não ocorre com a cláusula penal moratória, que não compensa nem substitui o inadimplemento, apenas pune a mora. 2.– Assim, a cominação contratual de uma multa para o caso de mora não interfere na responsabilidade civil decorrente do retardo no cumprimento da obrigação que já deflui naturalmente do próprio sistema. 3.– O promitente comprador, em caso de atraso na entrega do



imóvel adquirido pode pleitear, por isso, além da multa moratória expressamente estabelecida no contrato, também o cumprimento, mesmo que tardio da obrigação e ainda a indenização correspondente aos lucros cessantes pela não fruição do imóvel durante o período da mora da promitente vendedora. 4.– Recurso Especial a que se nega provimento (STJ, 3.^a T., REsp 1355554/RJ, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 06.12.2012, *DJe* 04.02.2013). Também nesta linha, STJ, 3.^a T., REsp 953907/MS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.03.2010, *DJe* 09.04.2010; STJ, 4.^a T., AgRg no Ag 741776/MS, rel. Min. Raul Araújo, j. 07.11.2013, *DJe* 11.12.2013; STJ, 4.^a T., AgRg no Ag 788124/MS, rel. Des. Paulo Furtado, j. 27.10.2009, *DJe* 11.11.2009; STJ, 4.^a T., REsp 968091/DF, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 19.03.2009, *DJe* 30.03.2009. Em doutrina, destaca Gustavo Tepedino, “as codificações contemporâneas, contudo, afastam-se progressivamente da concepção de sanção, ao menos no caso da cláusula penal compensatória, ao argumento de que, ao contrário da cláusula penal moratória, destinada a reforçar a possibilidade do cumprimento da obrigação, sua fianlidade é de facilitar o credor com a pré-liquidação das perdas e danos” (Notas sobre a cláusula penal compensatória. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. II, p. 48).

28. MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 435.

29. A alçada constitucional do direito à reparação integral dos danos morais foi reconhecida em nossa jurisprudência ao julgar os limites legais impostos pela Convenção de Varsóvia, que limitava as indenizações a serem pagas pelas companhias aéreas em virtude de extravio de bagagem (STJ, 2.^a Seção, EREsp 269353, rel. Min. Castro Filho, j. 24.04.2002, *DJ* 17.06.2002), e pela Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967), que limitava as indenizações a serem pagas em caso de violação a direitos da personalidade através de veículo de comunicação (Súmula 281 da 2.^a Seção do STJ: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”). Em sentido contrário, entendendo que a cláusula penal pode abranger a indenização por danos morais: FLORENCE, Tatiana Magalhães. Op. cit., p. 537, e ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 71

30. VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit., p. 327. Este entendimento foi consolidado no enunciado de Súmula do STF n. 616: “É permitida a cumulação da multa contratual com os honorários de advogado, após o advento do Código de Processo Civil vigente”.

31. GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 423; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, vol. II, p. 88; MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 415-416.

32. ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 130-131.

33. NADER, Paulo. Op. cit., p. 486; NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 427; FLORENCE, Tatiana Magalhães. Op. cit., p. 522; CASSETARI, Christiano. Op. cit., p. 124.

34. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 279.

35. TEPEDINO, Gustavo. Efeitos da crise econômica na execução dos contratos. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.117.

36. “Cumpra registrar que o cálculo do valor da obrigação principal nem sempre é fácil. Se, por um lado, há negócios como a compra e venda de bem imóvel em que se identificará no preço estabelecido o valor da obrigação principal, o mesmo não se pode dizer de um contrato de locação ou de abertura de linha de crédito, em que a obrigação é de restituir, não tendo por isso mesmo o mesmo valor do bem ou montante entregue. Há ainda a questão dos contratos gratuitos, como o comodato, nos quais nada impediria, a princípio, a fixação de uma cláusula penal para o caso de descumprimento da obrigação de devolver o bem, e onde a identificação do valor da obrigação principal também despertaria algumas perplexidades. Em todos esses casos, precisará o juiz ou árbitro proceder à tormentosa estimativa do valor da obrigação, a fim de avaliar se a cláusula penal é ou não excessiva, invalidando-a apenas no que for” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*. In: AZEVEDO, A. V. (coord.). São Paulo: Atlas, 2008, vol. IV, p. 397).

37. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997, vol. II, p. 146-17. Conclui Caio Mário da Silva Pereira: “A disposição do art. 412, do CC/2002, é inócu, tendo em vista que o seguinte permite a redução equitativa pelo juiz, e o art. 416 admite seja



estipulada indenização suplementar” (Op. cit., p. 153).

38. Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), art. 52, § 1.º: “As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação”.

39. Código Civil, art. 1.336, § 1.º: “O condômino que não pagar a sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de um por cento ao mês e multa de até dois por cento sobre o débito”. A redução do limite máximo da multa, que era de vinte por cento sob a vigência do Código Civil anterior, por se entender que serve de estímulo à inadimplência, onerando os demais condôminos, e deu origem à figura, recorrente na prática, do “abono pontualidade”, consistente em desconto para o condômino que paga em dia e que, como indica Guilherme Calmon Nogueira da Gama, configura fraude à lei por ser modo indireto de manter a multa correspondente a vinte por cento (*Direitos reais*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 404-405).

40. Dec.-lei 58/1937, art. 11, f. “cláusula penal não superior a 10 % do débito, e só exigível no caso de intervenção judicial”. Lei 6.766/1979, art. 26, V: “taxa de juros incidentes sobre o débito em aberto e sobre as prestações vencidas e não pagas, bem como a cláusula penal, nunca excedente a 10% (dez por cento) do débito e só exigível nos casos de intervenção judicial ou de mora superior a 3 (três) meses”.

41. Dec.-lei 70/1966, art. 34, I: “se a purgação se efetuar conforme o parágrafo primeiro do art. 31, o débito será acrescido das penalidades previstas no contrato de hipoteca, até 10% (dez por cento) do valor do mesmo débito, e da remuneração do agente fiduciário”.

42. Para uma análise cuidadosa da controvérsia, v. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Op. cit., p. 248-253. Na jurisprudência, observa-se a contraposição entre dois precedentes do Superior Tribunal de Justiça: STJ, 3.ª T., REsp 151458, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, rel. p/ acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 08.11.2002, *DJ* 17.03.2003 p. 224, e STJ, 4.ª T., REsp 229776, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 16.11.1999, *DJ* 17.12.1999, p. 381.

43. Código Civil, 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”.

44. Em doutrina, SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Op. cit., p. 309-310. Este entendimento ficou consolidado também como enunciado n. 165 da III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal. Na jurisprudência, a título exemplificativo, TJDFT, 3.ª T.C., ApCiv 0165405-07.2009.8.07.0001, rel. Des. Nídia Corrêa Lima, j. 30.10.2013; TJRJ, 16.ª C.C., ApCiv 0017578-85.2007.8.19.0208, rel. Des. Mauro Dickstein, j. 25.09.2012; TJRS, 17.ª C.C., ApCiv 70045551819, rel. Des. Bernadete Coutinho Friedrich, j. 27.03.2012. Para uma visão geral dos argumentos a favor e contra a analogia, v. MONTEIRO, Antonio Joaquim de Matos Pinto. Op. cit., p. 195 e ss.. Entre nós, contra a extensão da possibilidade de redução às arras, v. Thiago Luís Santos Sombra. *As Arras e a Cláusula Penal no Código Civil de 2002*. RT 917/75. São Paulo: Ed. RT, mar.-2012.

45. Sobre a evolução da interpretação do dispositivo do Código Civil de 1916 nesse sentido, v. TEPEDINO, Gustavo. *Efeitos*, cit., p. 106-107.

46. Entendimento consolidado nos Enunciados n. 355 e 356 da IV Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal

47. STJ, 3.ª T., REsp 193088/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 30.05.2001, *DJ* 13.08.2001, p. 144.

48. Lei 8.245/1991, art. 4.º: “Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. Com exceção ao que estipula o § 2.º do art. 54-A, o locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, proporcional ao período de cumprimento do contrato, ou, na sua falta, a que for judicialmente estipulada” (Redação dada pela Lei 12.744, de 2012).



49. Sobre a prevalência dos critérios qualitativos sobre os quantitativos para redução, MONTEIRO, Antonio Joaquim de Matos Pinto. Op. cit., p. 743. Na jurisprudência, nas palavras do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, deve ser considerada a potencialidade lesiva do inadimplemento da parte, e não apenas a porcentagem da obrigação que foi satisfeita (STJ, 4.^a T., REsp 62730/DF, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 12.06.1995, DJ 14.08.1995, p. 24032). Nesta linha, o teor do Enunciado n. 359 das Jornadas de Direito Civil: “A redação do art. 413 do CC/2002, não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido”.

50. Nesta linha, TJPE, 1.^a C.C., ApCiv 0143676-0, rel. Jds. André Oliveira Guimarães, j. 03.12.2009.

51. SCHREIBER, Anderson. O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 134.

52. Idem, ibidem.

53. “Em abstrato, tanto a cláusula penal [com função punitiva] como a indenizatória são passíveis de redução judicial. O art. 413, do CC/2002, não exclui de sua esfera qualquer das espécies de pena. Mas as circunstâncias que presidem a situação é que determinarão se efetivamente vingará a redução da pena” (ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 227). Em doutrina indica-se como possíveis critérios a gravidade da infração, o grau de culpa do devedor, as vantagens que ele obteve com o incumprimento, o interesse do credor na prestação, a finalidade da cláusula, a situação econômica das partes, a boa ou má-fé, a índole do contrato, as condições de negociação, as eventuais contrapartidas pela inclusão daquela cláusula (MONTEIRO, Antonio Joaquim de Matos Pinto. Op. cit., p. 743-744). No entanto, deve-se ter em mente que diversos destes critérios (como os que levam em conta o grau de culpa, a má fé e a situação econômica) somente se adequam à função punitiva, não devendo ser considerados na cláusula com função indenizatória ou penitencial.

54. TEPEDINO, Gustavo. Notas, *cit.*, p.55. Sobre a importância da função econômico-individual na determinação dos efeitos do contrato, seja consentido remeter a KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e coligação contratual. *Revista Forense* 406/55-86. Rio de Janeiro, 2010.

55. Vale lembrar o ainda atual alerta de Ricardo Pereira Lira, “Evidente que os problemas irresolvidos da questão agrária e da questão urbana não são os únicos responsáveis por esse quadro preocupante. Constituem, porém, desafio frontal e inevitável a ser vencido, para uma distribuição mais justa da riqueza, para a implementação efetiva de políticas públicas eliminadoras do concentracionismo dos benefícios líquidos da ação do Estado, drenados em favor de uma minoria dominante, privilegiada, visível e perigosamente desatenta aos surtos de inconformidade e insurreição há muito nitidamente presentes no horizonte próximo” (*Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. ii-iv).

56. STJ, 3.^a T., REsp 72372, Min. Eduardo Ribeiro, j. 09.12.1997, DJ 23.03.1998, p. 88.

57. Contra, pela possibilidade de o juiz agravar penas irrisórias, ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 264.

58. STJ, 4.^a T., REsp 955134/SC, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16.08.2012, DJe 29.08.2012.

59. Exemplificativamente, no STJ encontra-se a identificação com a cláusula penal em STJ, 3.^a T., REsp 88.788/SP, rel. Min. Nilson Naves, j. 17.11.1998, DJ 01.03.1999, p. 304, e como arras em STJ, 3.^a T., REsp 223118/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.11.2001, DJ 08.04.2002, p. 208.

60. Entre tantos, v. STJ, 4.^a T., REsp 114071/DF, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 11.05.1999, DJ 21.06.1999, p. 158.

61. “Civil. Promessa de compra e venda de imóvel em construção. Inadimplemento. Perda parcial das quantias pagas. Mesmo se o contrato de promessa de compra e venda de imóvel em construção estabelecer, para a hipótese de inadimplemento do promitente-comprador, a perda total das quantias pagas, e ainda que tenha sido celebrado antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, pode o juiz, autorizado pelo disposto no art. 924 do CC/2002, reduzi-la a patamar justo, com o fito de evitar enriquecimento sem causa que de sua imposição integral adviria à promitente-vendedora.



Devolução que, pelas peculiaridades da espécie, fica estipulada em 90% (noventa por cento) do que foi pago pelo comprador. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido” (STJ, 4.^a T., REsp 114071/ DF, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 11.05.1999, DJ 21.06.1999, p. 158).

62. Deve-se levar em conta, todavia, na ponderação entre o valor perdido e o valor a ser restituído, a estrutura negocial utilizada para a aquisição do bem, eis que certos mecanismos, ao oferecer ao comprador maiores benefícios na fruição antecipada do bem financiado, justificam que a retenção de valores seja majorada ou diferenciada, como ocorre nos casos de consórcio (nesse sentido, STJ, 3.^a T., REsp 997.287/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.12.2009, DJe 02.02.2010) e nos casos de alienação fiduciária, com base no art. 27, § 4.^o, da Lei 9.514/1997 (nesse sentido TJSP, 31.^a C.D.P., ApCiv 0015699-76.2011.8.26.0606, rel. Des. Francisco Casconi, j. 15.04.2014; contra TJRJ, 5.^a C.C., ApCiv 0077212-22-2005.8.19.0001, rel. Des. Cristina Tereza Gaulia, j. 22.01.2013; v. ainda sobre o tema CHALHUB, Melhin Namem. *Da incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 347 e ss.).

63. “Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Direito do consumidor. Contrato de compra de imóvel. Desfazimento. Devolução de parte do valor pago. Momento. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: em contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, é abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes. Em tais avenças, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. 2. Recurso especial não provido (STJ, 2.^a Seção, REsp 1300418/SC, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 13.11.2013, DJe 10.12.2013). Como indica José Geraldo Brito Filomeno, “A maior dificuldade, por certo, e já que o art. 53 do CDC não estabelece critérios para, em havendo resolução contratual, fixarem-se as compensações ao fornecedor, é o montante dessas compensações” (Da cláusula penal no direito do consumidor. *RDC 49/77*. São Paulo: Ed. RT, jan. 2004).