

**A FUNÇÃO DA CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA NOS
CONTRATOS DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA:
PERIGOS DE UMA GENERALIZAÇÃO**

***THE FUNCTION PLAYED BY PENALTY CLAUSE IN DECISIONS
THAT INVOLVE THE PURCHASE AND SALE OF PROPERTY
UNDER CONSTRUCTION***

CARLOS NELSON KONDER

Professor adjunto da Faculdade de Direito da UERJ. Professor do Departamento de Direito da PUC-Rio. Doutor e mestre em direito civil pela UERJ. Especialista em direito civil pela Universidade de Camerino (Itália).

MARCOS DE SOUZA PAULA

Acadêmico da Faculdade de Direito da UERJ. Monitor de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ.

RESUMO: O presente artigo procura examinar, a partir de decisões judiciais, a função da cláusula penal em contratos envolvendo a compra e venda de imóvel na planta. Analisa-se, em particular, a generalização da associação entre função punitiva e cláusula moratória, contrapondo o antigo debate em torno das funções da cláusula penal à presença de interesses específicos na compra e venda de imóvel na planta que possam justificar um tratamento diferenciado.

PALAVRAS-CHAVE: Compra e venda; Cláusula Penal; Função punitiva.

ABSTRACT: This paper aims to examine the function played by penalty clause in decisions that involve the purchase and sale of property under construction. In particular, it analyzes the broadening of the association between punishment and penalty clause as sanctions for delay, opposing the antique discussion involving the functions of penalty clause and the specific interests in the purchase and sale of property under construction that might justify a differential treatment.

KEYWORDS: Purchase and sale; Penalty clause; Punitive function.

SUMÁRIO: 1. A jurisprudência recente sobre a função das cláusulas penais em sede de compra e venda de imóvel na planta. 2. Considerações gerais sobre a(s) função(ões) da cláusula penal: punição x indenização. 3. Os tipos de cláusula penal – compensatória e moratória – e sua identificação em concreto. 4. As

peculiaridades do caso em exame: proteção do consumidor e acesso à moradia. 5. Conclusão.

1. A JURISPRUDÊNCIA RECENTE SOBRE A FUNÇÃO DAS CLÁUSULAS PENAIS EM SEDE DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA

Alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre o inadimplemento dos contratos de compra e venda de imóvel na planta insuflaram novo gás no antigo debate doutrinário acerca da função da cláusula penal. A discussão sobre se a multa contratualmente prevista entre as partes serve para punir o devedor inadimplente ou apenas indenizar o credor vítima. Foi, em algumas decisões, vinculada à também tradicional classificação das cláusulas penais em moratórias ou compensatórias.

Essa ligação foi estabelecida a partir de julgados relativos a contratos imobiliários, nos quais o Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial, reconheceu na cláusula moratória função punitiva e na cláusula compensatória, função reparatória:

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 pré-fixação das perdas e danos, o mesmo não ocorre com a cláusula penal moratória, que não compensa nem substitui o inadimplemento, apenas pune a mora. 2. Assim, a cominação contratual de uma multa para o caso de mora não interfere na responsabilidade civil decorrente do retardamento 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 vendadora. 4. Recurso especial a que se nega provimento¹.

A vinculação não tem efeitos apenas doutrinários. Tratando-se de cláusula compensatória, isto é, que predetermina o valor de perdas e danos na ocasião de inadimplemento absoluto, a função da cláusula, segundo o entendimento em exame, seria sempre indenizatória, razão pela qual a multa não poderia ser cumular com posterior pedido de perdas e danos, pois teria, em relação a elas, função substitutiva. Já cláusula penal moratória, destinada às perdas e danos oriundos da mora, assumiria função punitiva, servindo para compelir o devedor ao cumprimento da obrigação,

como reforço do vínculo obrigacional, e por isso não obstaría o ressarcimento por perdas e danos, que podem ser cobrados conjuntamente.

Assim, levando-se em conta o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a cláusula moratória, na prática, dispensaria convenção prévia para fins de indenização suplementar, sendo a função punitiva compatível com o posterior ressarcimento a ser deduzido judicialmente.

No caso anterior ementado, o Tribunal *a quo* havia condenado certa construtora a pagar multa contratual no valor de 1% ao mês sobre o imóvel comprado na planta. A construtora alegava preliminar de coisa julgada, uma vez que os promitentes-compradores haviam ajuizado ação no juizado especial, pleiteando lucros cessantes no valor estimado do aluguel do imóvel, já que o bem se destinaria à locação. O Tribunal de origem não apenas afastou a preliminar como também, no mérito, considerou possível a cumulação da multa contratual moratória com a indenização por perdas e danos.

No STJ, o Relator do Recurso Especial, Ministro Sidnei Benetti, decidiu em seu voto:

18. Dentro do nosso sistema, 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 pré-fixação das perdas e danos, o mesmo não ocorre com a cláusula penal moratória, que não compensa nem substitui o inadimplemento, apenas pune o retardamento no cumprimento da obrigação.

19. Assim, a cominação contratual de uma multa para o caso de mora não interfere com a responsabilidade civil correlata que já deflui naturalmente do próprio sistema.

20. Concede-se ao credor, nesses casos, a faculdade de requerer, cumulativamente: a) o cumprimento da obrigação, b) a multa contratualmente estipulada e ainda c) indenização correspondente às perdas e danos decorrentes da mora.

O entendimento esposado no acórdão se reflete em outros julgados do STJ² e também no âmbito das Cortes estaduais³.

2 STJ, 3ª T., REsp 953.907/MS, Rel. Min. Nancy Andrihni, julg. 23.03.2010, *DJe* 09.04.2010; STJ, 4ª T., AgrRg no Ag 741.776/MS, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 07.11.2013, *DJe* 11.12.2013; STJ, 4ª T., AgrRg no Ag 788.124/MS, Rel. Des. Paulo Furtado, julg. 27.10.2009, *DJe* 11.11.2009; STJ, 4ª T., REsp 968.091/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julg. 19.03.2009, *DJe* 30.03.2009.

3 Destaque-se, v.g. a ementa do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: "Relação jurídica subsumida às normas cogentes do Estatuto Consumerista. Rito ordinário. Promessa de compra e venda de imóvel em construção. Mora da Construtora. Hipóteses excluídas do nexo causal não comprovadas. Fortuito interno. Responsabilidade objetiva. Comissão de corretagem. Devolução na forma simples. Cláusula penal. Danos morais. Lucros cessantes. Danos emergentes. Cumulação. Possibilidade. Institutos autônomos. Despesas locatícias não provadas. Multa moratória. Espera de quase um ano. Situação que exorbita o mero descumprimento contratual. Dano extrapatrimonial insito na própria ofensa. Precedentes da Jurisprudência do TJRJ e do C. STJ. Recursos parcialmente providos." Além desses, podem ser mencionados: TJDF, 5ª Turma Cível, Relator Des. Gislene Pinheiro

Por outro lado, tratando-se de cláusula compensatória, a jurisprudência tem afastado a possibilidade de cumulação com perdas e danos, sob o argumento de que a pena, nesse caso, se presta a substituir a prestação principal. Nesse sentido, pronuncia-se o mesmo STJ, cujo entendimento é perflhado por outros tribunais⁴:

Direito civil. Rescisão de contrato de compra e venda de imóvel e reivindicatória. Cláusula penal e perdas e danos. Inacumulabilidade. É possível emendar a inicial, convertendo pleito possessório em petitiório, mormente quando efetuada antes da citação dos réus. Admissível a reivindicatória quando simultaneamente rescindido o contrato de compra e venda. O pagamento de cláusula penal compensatória exclui a possibilidade de exigir-se ainda a solução de perdas e danos. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa parte, providos⁵.

Vale destacar, todavia, que a questão ainda não está pacificada. Alguns julgados recentes do TJSP indicam que acumulação entre cláusula moratória e lucros cessantes configuraria um *bis in idem*, sendo, portanto, inadmissível:

Indenização – Compromisso de compra e venda de imóvel – Demora na entrega da unidade – (...) Multa pelo atraso pactuada em acordo assinado pelas partes e paga à compradora, com quitação recíproca, a título de prefixação dos danos materiais sofridos – Ressarcimento de alugueres de outro imóvel – Afastamento, sob pena de incorrer em *bis in idem* – Recurso parcialmente provido⁶.

Ação de indenização por danos morais e materiais – Atraso na entrega da obra – (...) Lucros cessantes presumidos, correspondentes aos alugueres que os compradores deixaram de aferir – Impossibilidade de imposição de multa de 2% e juros de 1% (cláusula penal) em face da requerida – Ausência de previsão contratual nesse sentido – Impossibilidade de imposição de penalidade não

AC 20120111994057 DF, julg. 06.11.2013, *DJe* 14.11.2013; TJRS, 2ª Turma Recursal Cível, Recurso Inominado 71005159843, Rel. Ana Cláudia Cachapuz Silva Raabe, julg. 05.11.2014, *DJe* 07.11.2014; TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, APL 40140558020138260114, Rel. José Joaquim dos Santos, julg. 05.08.2014, *DJe* 06.08.2014. Em sentido contrário, v. TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, APL 01132161320128260100, Rel. Carlos Henrique Miguel Trevisan, julg. 18.04.2013, *DJe* 22.04.2013; TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Mendes Pereira, julg. 17.11.2014, *DJe* 17.11.2014.

4 Veja-se, dentre outros: TJPR, 18ª Câmara Cível, AC 3094588, Rel. Fernando Wolff Bodziak, julg. 12.07.2006, *DJ* 17171; TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, APL 01363879620128260100, Rel. Maia da Cunha, julg. 24.07.2014, *DJe* 28.07.2014.

5 STJ, 4ª Turma, REsp 556.620/MT, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julg. 20.11.2003, *DJ* 10.05.2004.

6 TJSP, 10ª Câmara de Direito Privado, APL 0928689-49.2012.8.26.0506, Rel. Elcio Trujillo, julg. 08.07.2015, *DJe* 08.07.2015.

pactuada, que, ademais, configuraria *bis in idem* – Precedentes desta E. Câmara – Recurso provido em parte⁷.

É necessário refletir sobre adequação da vinculação entre função e classificação das cláusulas penais e sobre a possibilidade de sua generalização para além dos contratos de compra e venda de imóvel na planta. Os julgados em questão versaram sobre negócios imobiliários, que ganharam notória importância na dinâmica social como instrumento de acesso à moradia nos espaços urbanos, o que já revela peculiaridades frente a outros tipos negociais. Trata-se, ademais, de relação de consumo, cuja flagrante desigualdade entre as partes a distingue das demais relações paritárias.

Cabe, doravante, cotejar esse entendimento com o já antigo debate em torno da(s) função(ões) da cláusula penal. Para tanto, é necessário recordar os fundamentos e argumentos por trás da função e classificação da cláusula penal, e então adentrar as peculiaridades do caso em exame, para somente a partir disso, analisar a possibilidade de uma generalização do fundamento das decisões em questão.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A(S) FUNÇÃO(ÕES) DA CLÁUSULA PENAL: PUNIÇÃO X INDENIZAÇÃO

Existe intenso debate acerca da função desempenhada pela cláusula penal, reconhecendo-lhe a doutrina pelo menos duas funções distintas – punitiva e indenizatória. Com efeito, a realidade prática demonstra que a cláusula penal desempenha papéis diferentes a partir da vontade das partes, sendo ambos chancelados pela disciplina do Código Civil.

A cláusula exerceria função indenizatória ao antecipar o valor das perdas e danos, dispensando os contratantes de sua quantificação em juízo. Por outro lado, a cláusula teria função punitiva ou coercitiva, dado seu poder de compelir o devedor ao adimplemento, reforçando o vínculo obrigacional.

Admitida a duplicidade de funções da cláusula, controversa-se a doutrina em determinar qual delas é a preponderante, sendo algumas a favor da proeminência da função indenizatória⁸, outras a favor do seu caráter dissuasório⁹. Nada obstante, a identificação do escopo preponderante sempre perpassaria uma análise casuística, comparando-se o valor da pena ao *quantum* indenizatório devido em tese ao credor¹⁰.

7 TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, APL 1007037-83.2014.8.26.0224, Rel. Marcia Dalla Déa Barone, julg. 08.07.2015, *DJe* 08.07.2015. No mesmo sentido, v. TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, APL 0113216-13.2012.8.26.0100, Rel. Carlos Henrique Miguel Trevisan, julg. 18.04.2013, *DJe* 22.04.2013.

8 NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 426.

9 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 26. ed. atualizada 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.

10 Assim leciona Judith Martins-Costa: “A tese da natureza mista e da dupla função tem como consequência afirmar que a cláusula penal constitui sempre um meio de pré-avaliação do dano que agre-

A tese da dupla funcionalidade, conquanto tradicional, se ressentida de críticas, ao estabelecer por premissa a assunção de diferentes funções por um único instituto. Em sendo o aspecto funcional o fator determinante das regras aplicáveis a cada fenômeno jurídico, parece assistemático admitir que cláusula, a um só tempo, atue tanto no sentido de indenizar quanto no de sancionar¹¹.

Dessa forma, o entendimento em torno da natureza híbrida da cláusula penal tem cedido lugar à concepção de que ela só exerce, episodicamente, uma única função, de modo a atrair as regras compatíveis com sua funcionalidade. Surgem, portanto, duas espécies de cláusula: aquela que fixa antecipadamente as perdas e os danos e aquela que coage ou pressiona o devedor a prestar.

A repercussão dessa distinção é sobretudo importante, a exemplo da situação prevista pelo artigo 413 do Código Civil¹²: o juiz, na tarefa de redução equitativa da pena, necessariamente levará em conta a função desempenhada pela cláusula. Também a aplicação do artigo 416¹³, que rege a possibilidade, bastante restrita, de indenização suplementar, considerará a função exercida pela cláusula pactuada, se indenizatória ou coercitiva.

Assentada essa distinção funcional, cumpre passar à análise das diferentes estruturas da cláusula penal, tendo em vista o entendimento que se vem difundindo acerca da relação entre elas.

ga uma função sancionatória, ainda que seja esta última meramente eventual, tudo dependendo, na circunstância, concreta, de o seu montante superar o *quantum* indenizatório a que, sem ela, o credor teria direito. Se superior ao dano, a cláusula terá uma finalidade de indenização sancionatória; se inferior ao dano aquele montante pactuado, a cláusula atuará como uma limitação convencional da indenização. Assim a mesma figura prosseguiria uma função coercitiva e uma função indenizatória *ao mesmo tempo*, tratando-se, pois de uma *indenização sancionatória*, sendo a função compulsivo-sancionatória atuada através da indenização" (*Comentários ao novo Código Civil*, vol. V, t. II: do inadimplemento das obrigações (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira), 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 619).

- 11 "Um único modelo jurídico - cláusula penal - não pode ao mesmo tempo atuar como indenização e sanção. Cogitar de uma indenização '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" (ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 82).
- 12 "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."
- 13 "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 de indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente."

3. OS TIPOS DE CLÁUSULA PENAL - COMPENSATÓRIA E MORATÓRIA - E SUA IDENTIFICAÇÃO EM CONCRETO

A cláusula penal pode ser definida como "pacto acessório, em que se estipulam penas ou multas, contra aquele que deixar de cumprir o ato ou fato a que se obrigou, ou apenas a retardar"¹⁴. Trata-se, pois, de instituto obrigacional orientado a administrar situações de inadimplemento.

A partir do cenário do qual o credor busca se precaver, a lei diferencia a cláusula destinada a remediar o descumprimento definitivo da obrigação (inadimplemento absoluto) da cláusula orientada às situações de impontualidade (mora).

No primeiro caso, tem-se a cláusula compensatória, que prevê prestação *substitutiva* da principal¹⁵. Havendo inadimplemento, abre-se ao credor a alternativa entre buscar a prestação principal, valendo-se da execução específica, e exigir a prestação contida na cláusula, tudo a depender do interesse do credor¹⁶.

Para o segundo caso, de inadimplemento relativo, apresenta-se a cláusula penal moratória que, diversamente da anterior, estabelece uma prestação a ser exigida cumulativamente com a prestação principal¹⁷. Nessa hipótese, o credor se resguarda não da ausência de prestação, mas das consequências negativas do atraso no seu cumprimento.

O Código Civil prevê ainda que a cláusula penal sirva de garantia contra o inadimplemento de uma obrigação acessória, especialmente destacada, como seria o exemplo de se prever uma multa caso a construção, embora entregue na data aprazada, não tenha as especificações precisamente indicadas no projeto. Entretanto, esse caso não chega a constituir um terceiro gênero, sendo antes hipótese de cláusula penal moratória, exigível junto com a prestação principal, a não ser que o descumprimento da obrigação acessória afete o interesse na obrigação como um todo, caso em que se admite seja considerada compensatória¹⁸.

- 14 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. São Paulo: Paulo de Azevedo, 1958. vol. IV, p. 52. 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*. São Paulo: RT, 2010. vol. 4. p. 487).
- 15 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".
- 16 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 triplíce transformação do adimplemento - Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, vol. 32, p. 3-27, out.-dez. 2007.
- 17 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".
- 18 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. Parte Geral das Obrigações. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. vol. 2, nº 48, nota de rodapé nº 74, p. 94-95.

Em linha de princípio, a cláusula penal fixa a totalidade das perdas e danos, seja para o caso de inadimplemento absoluto, seja para o caso de mora. Inocorrendo o devedor em uma dessas hipóteses, o credor tem a segurança de que receberá aquele valor, sendo dispensável a prova (ou mesmo a alegação) de qualquer prejuízo. Por outro lado, ele não poderá pleitear indenização suplementar, salvo previsão contratual anterior, ainda que comprove que o valor preestabelecido não cobre os prejuízos efetivamente sofridos.

A identificação, no caso concreto, de qual espécie se trata passa por uma série de critérios¹⁹ e se mostra fundamental por razões várias. Primeiro, por determinar a cumulatividade da pena com a execução específica da prestação, pois, como visto, a diferença precipua entre a cláusula moratória e a compensatória está em que aquela se agrega à prestação principal, enquanto esta última a substitui.

Além disso, jurisprudência e doutrina costumam associar à cláusula moratória uma função punitiva, enquanto à cláusula penal compensatória se reservaria um papel unicamente indenizatório, como é o próprio caso da compra e venda de imóvel na planta²⁰.

Com efeito, o maior embate permanece em torno de qual(is) função(ões) pode(m) ser atribuída(s) à(s) modalidade(s) de cláusula penal.

19 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 despregam 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).

20 "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 retardamento 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, 3ª T., REsp 1.355.554/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 06.12.2012, DJe 04.02.2013). Também nesta linha, STJ, 3ª T., REsp 953907/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 23.03.2010, DJe 09.04.2010; STJ, 4ª T., AgRg no Ag 741776/MS, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 07.11.2013, DJe 11.12.2013; STJ, 4ª T., AgRg no Ag 788124/MS, Rel. Des. Paulo Furtado, julg. 27.10.2009, DJe 11.11.2009; STJ, 4ª T., REsp 968091/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julg. 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 finalidade é 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).

É dado entre os autores excluir a ideia da cláusula penal compensatória como pena, em razão de seu aspecto eminentemente *substitutivo*, ainda que o valor possa eventualmente superar o do dano abstratamente considerado. Não podendo ser cobrada juntamente com a prestação principal, a cláusula penal compensatória não teria o condão de agravar a situação do devedor, afastando-se da ideia de constrangimento/coerção que reforça o vínculo obrigacional.

Ademais, a limitação do valor da pena ao da obrigação principal revelaria a opção legislativa de dissociar a cláusula compensatória de qualquer efeito punitivo. Nos termos do artigo 412²¹, o valor da cominação imposta na cláusula não pode exceder o da obrigação principal, razão porque não se atribuiria efeito dissuasório a tal modalidade de pena.

Ainda, a possibilidade de revisão judicial da cláusula, nos termos do artigo 413²², expurgaria qualquer dúvida quanto à natureza unicamente indenizatória da cláusula compensatória, a qual desempenharia apenas papel de planejamento dos riscos do inadimplemento²³, revelando-se um expediente benéfico para ambas as partes contratantes.

Já a cláusula moratória, na medida em que exigível concomitantemente com a prestação principal, autorizaria, em tese, um agravamento da situação do devedor, apresentando um escopo punitivo²⁴.

Em decorrência da natureza punitiva da cláusula, é notória a tendência jurisprudencial no sentido de se admitir que a cobrança da cláusula não prejudicaria a cobrança de danos, mesmo aqueles decorrentes do atraso na prestação.

Como visto linhas anteriores, parte significativa dos tribunais brasileiros chega a reconhecer a cumulação entre o pagamento da cláusula moratória com a reparação de lucros cessantes no âmbito da promessa de compra e venda de imóveis na planta.

Desse modo, a cláusula moratória constituiria genuíno instituto híbrido, na medida em que, além de pré-quantificar os valores oriundos da mora (ou de obrigação acessória), coagiria o devedor ao cumprimento da obrigação principal.

Resta averiguar se, no caso específico dos negócios imobiliários em análise, à luz dos interesses em jogo – não necessariamente manifestados pelas partes, mas

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

22 "Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio."

23 "Ainda que [o direito decorrente da cláusula penal] não seja suficiente para o ressarcir de todos os prejuízos, tem porém, a vantagem de constituir um instrumento mais expedito, mais fácil e até mais barato de obtenção da indenização" (PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Almedina: Coimbra, 1985. p. 635).

24 "Há que se distinguir a cláusula compensatória da cláusula moratória, entendendo-se que é da segunda espécie quando visa a punir o retardamento na execução ou o inadimplemento de determinada obrigação. Neste caso, o pedido do credor pode ser cumulativo" (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 191).

atribuídos pelo ordenamento –, tal correspondência entre as funções e as modalidades da cláusula se faz indiscutível.

4. AS PECULIARIDADES DO CASO EM EXAME: PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E ACESSO À MORADIA

As dificuldades doutrinárias existentes acerca da qualificação das cláusulas penais, no que tange às classificações compensatória x moratória e função indenizatória x função punitiva, ganhou novo fôlego com recentes decisões acerca da qualificação das multas nos contratos de compra e venda de imóvel na planta.

A partir de alguns julgados, estabeleceu-se um entendimento dominante, embora não pacífico, de que tais cláusulas penais moratórias têm caráter punitivo, e por isso podem ser cumuladas com as perdas e os danos. Deste entendimento construiu-se uma ilação segundo a qual toda cláusula penal moratória tem caráter punitivo e a multa pode ser exigida junto com a indenização. Esta ilação, por seu caráter excessivamente generalizante e abrangente, parece precipitada.

Para compreender adequadamente o problema, mister abordá-lo sob o perfil funcional, isto é, deve-se ter em mente que todo contrato visa desempenhar uma função e esta função que determina as normas que lhe serão aplicáveis²⁵. Assim, no momento em que o intérprete qualifica o contrato, ele identifica a síntese de efeitos que o concreto regulamento de interesses visa produzir e passa então a buscar no ordenamento as normas adequadas a regulá-lo, em um juízo de compatibilidade com os valores positivados na Constituição²⁶.

É nesse processo de diálogo entre a função concreta do negócio e os princípios e valores do ordenamento que se manifesta a chamada função social do contrato, que implicas, no momento de determinação das normas aplicáveis ao contrato e dos efeitos jurídicos que ele irá produzir, a consideração de interesses extracontratuais relevantes de caráter coletivo ou metaindividual, previstos como princípios constitucionais, tais como a livre-concorrência, a tutela do meio ambiente, a proteção do consumidor, o direito à saúde, educação e moradia²⁷.

25 Sucintamente, quando se fala da função de certo instituto jurídico, indaga-se para que este serve; quando se analisa, por outro lado, a estrutura desse mesmo instituto, a preocupação está em definir o que ele é. Acerca disto, v. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 642-643. Para uma didática exposição do tema entre nós, v. SOUZA, Eduardo Nunes. *Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo*. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, vol. 54, p. 65 e ss., abr. 2013.

26 KONDER, Carlos Nelson. *Qualificação e coligação contratual*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 406, p. 55-86, nov.-dez. 2009.

27 TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 395-405. 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,

Nesse passo, percebe-se que a função punitiva que se vem atribuindo à cláusula penal moratória nos contratos de compra e venda de imóvel na planta encontra sua *ratio* não na função desempenhada por esse tipo de cláusula abstratamente considerada, mas tendo em vista os seus efeitos manifestados *in concreto*. Duas características se destacam nesse sentido.

Em primeiro lugar, entende-se que foi determinante para a decisão tomada nos julgados o fato de os contratos de compra e venda de imóvel na planta analisados perfazerem *relações de consumo*. Portanto, em relação a tais contratos, a autonomia privada encontra-se profundamente limitada pela proteção do consumidor, que é norma de ordem pública e interesse social (art. 1º do Código de Defesa do Consumidor). Nesse ínterim, não se pode negar que a promessa de compra e venda de imóvel em construção, uma vez submetida à normativa consumerista, sofre modificações em seus efeitos, de sorte a atender aos fins preconizados pelo artigo 4º do CDC.

O dado normativo se mostra inequívoco, quando se toma em conta o Capítulo VI da Lei Consumerista, intitulado "Da proteção contratual", no qual se prevê uma série de normas voltadas à adaptação da disciplina contratual às peculiaridades da relação de consumo. Delas é exemplo a limitação da multa convencional a 2% (dois por cento) do valor da prestação para o caso em que o consumidor se encontra em mora²⁸. Essa limitação é indicativa de que, mesmo em abstrato, existe uma filtragem legal à autonomia privada no tocante à estipulação da pena convencional.

Para além, no entanto, do limite expressamente previsto em lei, a principiológica dos contratos de consumo tem imposto efeitos específicos, a exemplo da aplicação da cláusula penal moratória contra o próprio fornecedor proponente. Assim, no âmbito da promessa de compra e venda, o fornecedor que estipula multa para o caso de atraso do consumidor no pagamento de suas parcelas também pode ser exigido por este mesmo valor, caso seja sua a mora na entrega do imóvel²⁹. Outro exemplo está na regra segundo a qual os contratos de compra e venda a prazo não admitem cláusulas estabelecendo a perda total das prestações pagas em benefícios do credor na ocasião de resolução da avença por inadimplemento³⁰. Tal previsão tem servido

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).

28 Código de Defesa do Consumidor, artigo 52, § 1º: "As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação".

29 Veja-se, nesse sentido, STJ, 4ª T., REsp 955134/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 16.08.2012, publ. *DJe* 29.08.2012.

30 Código de Defesa do Consumidor, artigo 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".

de base legal a um controle que já era exercido pelo Poder Judiciário em relação à chamada cláusula de decaimento, figura por vezes referida como espécie de cláusula penal, outras vezes identificada como arras³¹.

Portanto, diante de relações de consumo, tanto a atividade legislativa como a atividade interpretativa ganham nova tônica, no sentido de proteger o contratante mais frágil. Não fogem a essa polarização os mecanismos de regulação negocial apostos pelas partes, em regra, cláusulas acessórias, submetidas, portanto, ao mesmo regime que o pacto principal (*accessorium sequitur principale*). Não é espantoso, dessa forma, que no âmbito de uma promessa de compra e venda a cláusula moratória assumia papel punitivo, se o que está em jogo é o acesso do consumidor a determinado bem da vida, sendo desnecessário generalizar tal utilidade, como se fosse intrínseca à pena.

Em segundo lugar, também deve ter influído na decisão tomada nos julgados citados o fato de os contratos imobiliários analisados servir como instrumento de acesso e de manutenção do *direito à moradia*. Como é cediço, para além de uma simples aspiração individual ou coletiva, o caráter fundamental desse direito³², já defendido em doutrina e jurisprudência, passou a ser expressamente reconhecido na Carta Magna com a Emenda Constitucional n. 26/2000, que o inseriu no art. 6º da Constituição da República³³.

Partindo da premissa de sua fundamentalidade, parece claro que a moradia deve não apenas ser protegida, como também promovida na ordem jurídica³⁴ e há de ser respeitada não só pelo Estado, mas também pelos particulares³⁵. A moradia, afinal, relaciona-se à noção de mínimo existencial, vinculando-se de maneira intrínseca à dignidade da pessoa humana³⁶.

31 V. TJRJ, 8ª Câmara Cível, Apelação 1989.001.04623, Rel. Des. Carpena Amorim, julg. 27.03.1990.

32 Há autores que se referem à moradia como direito à personalidade. V., nesse sentido, AINA, Elaine Maria Barreiros. *O fador e o direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fador proprietário da bem de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 45; MELO, Marco Aurélio Bezerra de Melo; MARÇAL, Thais Boia. *Direito à moradia como direito da personalidade*. RDTJ/RJ, n. 99, p. 20, Rio de Janeiro, abr.-jun. 2014.

33 "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."

34 Quanto aos direitos fundamentais como garantias positivas, v. a lição de Gilmar Ferreira Mendes: "A moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor de pretensão a prestações por parte do Estado". MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 614.

35 Assim destaca Marco Aurélio Bezerra de Melo: "Sob a ótica de dimensão negativa, observa-se que tanto o Estado como os particulares têm o dever jurídico de respeitar e não afetar (salvo no caso de ingerências legítimas) a moradia das pessoas, de tal sorte que toda e qualquer medida que corresponda a uma violação do direito à moradia é passível, em princípio, de ser impugnada também via judicial." *Op. cit.*, p. 29.

36 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia e efetividade do direito à moradia na sua dimensão negativa (defensiva): análise crítica à luz de alguns exemplos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coordenadores). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em*

Daí que toda atividade negocial envolvendo, direta ou indiretamente, o direito à moradia sofra alguma inflexão, com vistas a promover e proteger um direito fundamental. Nessa toada, explica-se o tratamento diferenciado que a jurisprudência dispensa aos contratos relativos à habitação, a exemplo dos "contratos de gaveta" no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional (SFH)³⁷, à fiança locatícia na prorrogação automática do contrato e à proteção do bem de família do devedor solteiro³⁸.

Não é diferente com o contrato de compra e venda de imóvel na planta, que por estar relacionado com o próprio acesso à moradia, pode e deve sofrer modificações estruturais de molde a atender uma função específica. Por isso, a ideia de atribuir uma função punitiva à cláusula penal moratória e de rejeitá-la em face da cláusula penal compensatória parece encontrar respaldo na *função* e não na *estrutura* do instituto, admitindo-se que o interesse na moradia justifique um tratamento mais rigoroso da mora do promitente vendedor.

Parece desaconselhável, portanto, extrair da tendência jurisprudencial majoritária um liame apriorístico entre punição e cláusula moratória, tendo em vista não só o histórico embate doutrinário, como também a falta de uniformidade entre os tribunais, acima apontada (item 1). O melhor caminho, sem dúvida, é compreender a importância da especificidade funcional do contrato e, no cotejo dela com o restante do ordenamento, à luz da principiologia constitucional, encontrar a razão de ser de determinados efeitos³⁹. Nesse sentido, esclarece Vivianne da Silveira Abílio, em recente estudo sobre o tema:

Em relação à qualificação da cláusula penal, tais considerações demonstram a insuficiência de processo hermenêutico calcado na atribuição de regime jurídico a partir de critérios abstratos e apriorísticos que, identificados no caso concreto, definam de forma exclusiva a modalidade de cláusula penal apresentada ao intérprete. Um método de tal natureza implicaria a descon sideração das peculiaridades do ajuste e da inserção da cláusula penal na lógica obrigacional, a resultar na atribuição de igual disciplina a hipóteses distintas⁴⁰.

Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1025. V. também, SCHREIBER, Anderson. *Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro*. In: RAMOS, Cármen Lúcia Silveira (organizadora) et alii. *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 83-84.

STJ, 3ª T., REsp 811.670, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 16.11.2006, publ. DJ 04.12.2006; TJRS, 9ª C.C., Ap. Cível n. 70022284731, Rel. Odoné Sanguiné, julg. 16.04.2008; TJSP, 9ª C.D.P., Ag. Instr. 5245314900, Rel. Grava Brazil, julg. 25.09.2007, publ. 17.10.2007.

STJ, Corte Especial, EREsp 1.82.223/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rel. p/Acordão Min. Humberto Gomes de Barros, julg. 06.02.2002, publ. 07.04.2003.

39 Quanto a isso, seja consentido remeter-se a KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 43, p. 69, jul.-set. 2010.

40 ABÍLIO, Vivianne da Silveira. *Cláusulas penais: critérios de distinção na perspectiva civil-constitucional*. Dissertação de mestrado. Rio de Janeiro, UERJ, 2014. p. 125.

No âmbito específico das negociações imobiliárias, nota-se a existência de interesses que ultrapassam a esfera privada, relacionados à noção de ordem pública constitucional⁴¹. A *proteção ao consumidor* e o *acesso à moradia* são interesses centrais na negociação do imóvel na planta, interferindo, assim, na sua qualificação e na sua interpretação.

A CONCLUSÃO

A leitura funcional do contrato revela o seu papel regulador de interesses. Por sua vez, uma leitura funcional *a partir da Constituição* impõe que se reconheçam, ao lado do interesse das partes, interesses da coletividade, positivados constitucionalmente e capazes de interferir na interpretação e aplicação das cláusulas contratuais. No caso da promessa de compra e venda de imóvel em construção, os interesses em tela (o acesso à moradia e a proteção ao consumidor) parecem explicar a associação feita pelo Superior Tribunal de Justiça entre pena moratória e função punitiva.

Se, entretanto, essa correlação não é acolhida por todos os tribunais, parece ainda menos seguro generalizá-la, como se em qualquer contrato pudesse a cláusula moratória servir de mecanismo punitivo. Verifica-se, portanto, que os interesses atingidos pela avença, aferidos em concreto, é que determinam a função da multa contratual, não uma característica intrínseca da modalidade estipulada ou mesmo a vontade das partes, por vezes impulsionadas ao litígio justamente pela imprecisão ao manifestá-la.

Seja como for, a associação entre punição e cláusula penal moratória afigura-se como mais um resultado da funcionalização do contrato aos valores constitucionais, a exigir uma normativa diferenciada e grande atenção às peculiaridades do caso concreto.

41 Sobre a noção de função social, v. TEPEDINO, Gustavo. Notas Sobre a Função Social dos Contratos *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 400-401.