

GUILHERME  
CALMON  
NOGUEIRA  
DA GAMA

THIAGO  
FERREIRA  
CARDOSO  
NEVES

ORGANIZADORES

# 20

# ANÓSDO CÓDIGO CIVIL

RELAÇÕES PRIVADAS  
NO INÍCIO DO SÉCULO XXI

Ana Luiza  
Máia Neves  
Aparelho Carlos  
Mathias Calmon  
Carmus Perito  
dos Santos  
Carlos E. Elias  
De Oliveira  
Carlos Nelson  
Konder  
Carlos Tolberto  
Barbosa Moreira  
Claudio Luiz  
Guedes De Godoy  
Cristiano O. S. B.  
Schiller  
Eduardo  
Rodrigues Junior  
Fábio De  
Oliveira Azevedo  
Fishe  
Medon  
Flávia Brandão  
Máia Perez  
Frederico Calmon  
Nogueira De Gama  
Frederico  
Price Diretti  
Gisella Maria Fernandes  
Nowaks Hironaka  
Guilherme Calmon  
Nogueira De Gama  
Guilherme  
Cintii Alveira  
Gustavo Klon  
Muller Neves  
Gustavo  
Tepeдино  
João Victor  
Rozatti Longhi  
José Guilherme  
Vasari Werner  
José Roberto  
De Castro Neves  
Leonardo  
Luz Paulo Vieira  
De Carvalho  
Marco Aurélio  
Bezerra Da Melo  
Mario Camalel  
Guzzeffi De Freitas  
Mário Luiz  
Doisgode  
Marinaus Margal  
Pavanelli Cardoso  
Mehlin Narmen  
Chalhub  
Nagisa Sabul  
Filho  
Faurícia Ribeiro  
Serra Vieira  
Paulo  
Maximilian  
Ricardo Marcos  
Nunes Barbosa  
Bernata Vieira  
Mulleodo  
Ricardo Pereira  
Lira  
Roger Silva  
Aguilar  
Sergio Cavallieri  
Filho  
Thiago Ferreira  
Cardoso Neves

## Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBN

978-908-65-53-3-499-2  
20 anos do Código Civil: relações privadas no início do século XXI / Ana Luiza Maia Neves; ... [et al.]; coordenado por Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Thiago Ferreira Cardoso Neves. - Indaiatuba, SP : Editora Foca, 2021. 640 p. : 17 cm x 24 cm.

Inclui bibliografia e índice.

ISBN 978-65-53-3-499-2

1. Direito. 2. Direito civil. 3. Código Civil. I. Neves, Ana Luiza Maia. II. Castro, Antônio Carlos Mathias. III. Santos, Camilla Terribi dos. IV. Oliveira, Carlos E. Elias de V. Konter, Carlos Nelson. VI. Moreira, Carlos Roberto Barbosa. VII. Calmon, Claudio Luiz Bueno de. VIII. Schiller, Cristiano O. S. B. IX. Rodrigues Junior, Eduardo. X. Azevedo, Fábio de Oliveira. XI. Konder, Filipe. XII. Perez, Fátima Brandão Máia. XIII. Gama, Frederico Calmon Nogueira da. XIV. Giehl, Frederico Price. XV. Hironaka, Gisella Maria Fernandes Neves. XVI. Gama, Guilherme Calmon Nogueira da. XVII. Alveira, Cintii. XVIII. Neves, Gustavo Klon Muller. XIX. Tepeдино, Gustavo. XX. Longhi, João Victor. XXI. Werner, José Guilherme Vasari. XXII. Neves, José Roberto de Castro. XXIII. Faurícia Ribeiro. XXIV. Carvalho, Luiz Paulo Vieira de. XXV. Melo, Marco Aurélio Bezerra de. XXVI. Freitas, Mário Camalel. XXVII. Guzeffi, Ricardo. XXVIII. Carosso, Mathias Margal Pavanelli. XXIX. Chalhub, Mehlin. XXX. Sabul, Nagisa. XXXI. Vieira, Patrícia Ribeiro Serra. XXXII. Maximilian, Paulo. XXXIII. Barbosa, Pedro Marcos Nunes. XXXIV. Mulleodo, Bernata Vieira. XXXV. Lira, Ricardo Pereira. XXXVI. Aguilars, Sérgio Silva. XXXVII. Cavallieri, Sérgio. XXXVIII. Neves, Thiago Ferreira Cardoso. XXXIX. Tíuldo.

2023-273

Elaborado por **Vagner Rodolfo da Silva - CRU-B-9410**  
CDD 347 COT 347

Índice para Catalogo Sistemático:

1. Direito civil 347  
2. Direito civil 347

**Autores:** Ana Luiza Maia Neves, Antônio Carlos Marins Cordeiro, Camille Ferraz dos Santos, Carlos E. Dias de Oliveira, Carlos Nelson Konder, Carlos Roberto Barros Moura, Cláudia Luz Lima de Castro, Cristiano O. S. B. Schiller, Flávio Rodrigues Junior, Fábio de Oliveira Azevedo, Filipe Mendes, Filipe Barreto Mota Freire, Frederico Calmon Nogueira da Gama, Frederico Pires Grotto, Giselda Mota Fernandes Neves, Honório Calmon Calmon Nogueira da Gama, Hélio Cláudio Almeida, Gustavo Klon Muller Neves, Gustavo Inepolito, João Vitor Rozari Longhi, José Guilherme Vasi Wynnes, José Roberto de Castro Neves, Leonardo Medeiros, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Vitor Augusto Sazono de Melo, Afonso Canales Cassaroli de Faria, Marco Túlio Diniz, Marília Marçal Pavanini Caracciolo, Melina Namer Chalhub, Nabil Sidiqi Filho, Patrícia Krieger Serra Vieira, Paulo Maximilian, Pedro Marcos Nunes Barbosa, Renata Vieira Malheiro, Ricardo Pereira Lima, Rogério Silva Aguiar, Sérgio Cassalini Filho e Thiago Henrique Frazão Pereira

**Editor Acadêmico:** Leonardo Pereira

**Editor:** Roberto Lopes

**Assistente Editorial:** Paula Mendonça

**Revisora Sênior:** Geórgia Pereira Dias

**Capa:** Crispian Leonardo Henriques

**Diagramação:** Tatiana Lima e Agnieszka Lima

**Impressão, meio e capa:** SOBRA CERVA

**DIREITOS AUTORAIS:** É proibida a reprodução parcial ou total desta publicação, por qualquer forma de meio, sem a prévia autorização da Editora FOCO, com exceção do uso das citações de comentários jurídicos que, por serem atos de fé, não são protegidos como Direitos Autorais, na forma da Lei nº 9.610/1998. Reservada toda e qualquer parte de caráter científico, técnico, da obra e sua ordenação. A permissão para a utilização das Direitas Autorais e crime previsto no Artigo 184 do Código Penal e as sanções e as penalidades dos Direitos Autorais estão previstas nos Artigos 101 a 113 da Lei 9.610/1998. Os comentários das questões são de responsabilidade do autor.

**NOTAS DA EDITORA:**

**Análises e erratas:** A presente obra é vendida como PDF, analisada e avaliada, do seu conteúdo, atualização que consta na página 4 do livro. O autor e a editora não se responsabilizam por qualquer erro de impressão ou de distribuição de exemplares. A editora não se responsabiliza por danos materiais ou danos morais decorrentes de qualquer erro de impressão ou de distribuição de exemplares.

**Erratas:** A Editora se compromete a disponibilizar no site [www.editorafoco.com.br](http://www.editorafoco.com.br) no prazo de até 30 dias, sem custos para o autor, as erratas das obras publicadas ou de corrigidas. Solicitemos, portanto, que o autor faça a gentileza de colaborar com a correção da obra, comunicando eventual erro incorrido pelo meio de mensagem para [contato@editorafoco.com.br](mailto:contato@editorafoco.com.br). O acesso à errata será imediatamente após a edição da obra.

**Impressão no Brasil:** (02.2022) - Data de Encerramento: (02.2022)

**2022**

Todos os direitos reservados à

Editora Foco Jurídico Ltda.

**Avenida Horácio, 348 – Sala 05 – Cidade Nova**

**CEP 13334-050 – Indaiatuba - SP**

**E-mail:** [contato@editorafoco.com.br](mailto:contato@editorafoco.com.br)

**www.editorafoco.com.br**

## APRESENTAÇÃO

No dia 10 de janeiro de 2022 celebra-se o vigésimo ano desde a edição do Código Civil brasileiro em vigor. Se o Código Civil de 1916 foi representativo da racionalização dos interesses básicos de uma sociedade ainda patrimonial que não deixara de lado o seu teor privatista, nem se libertara do arcabouço econômico<sup>1</sup>, o Código Civil de 2002 buscou implementar a estrutura na formulação das suas normas baseada nos princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade.

O movimento recodificador se deparou com uma realidade bem distinta daquela existente no período histórico dos sistemas jurídicos otocentistas, sendo bem identificada em várias obras de comentários ao Código Civil editadas pouco depois da promulgação da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. À descodificação do Direito Privado (al incluídos vários setores do ramo conhecido como Direito Comercial) e à constitucionalização do Direito Civil se acrescentou o fenômeno da recodificação. O emprego de cláusulas gerais, a utilização de conceitos jurídicos abertos, a ainda manutenção da técnica regulamentar para determinados institutos, bem como as características da Pós-Modernidade no Direito (com a importância dos direitos humanos e dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, a pluralidade de fontes normativas e de sujeitos tutelados, o método narrativo na construção das normas jurídicas), revelaram o novo perfil do sistema jurídico.

Assim, nada melhor do que proceder à análise crítica e reflexiva sobre os avanços, retrocessos do Código Civil em vigor, e as perspectivas para o futuro, quando o texto alcança seu vigésimo ano de existência, ainda que com vigência iniciada apenas em janeiro de 2003. Tais considerações se fizeram necessárias para apresentar a obra coletiva que se caracteriza pela pluralidade de pensamentos, doutrinas, abordagens, visões, mas sob o mesmo fio condutor: análise crítica do período de vinte anos desde a edição do 2º Código Civil brasileiro.

Entre os objetivos da obra coletiva, encontram-se (a) o aprofundamento do estudo teórico e a análise das questões práticas decorrentes da aplicação das normas do Código Civil de 2002, não apenas sob o prisma do referencial normativo codificado, mas também da Constituição Federal de 1988 e dos microsistemas legislativos, procedente à qualificação jurídica de novas figuras que têm se destacado na atualidade, nos vários segmentos do Direito Civil e do Direito de Empresa; (b) a análise crítica da aplicação das normas codificadas e extracodificadas também conexas, sob o enfoque da atuação dos tribunais, em especial, do Superior Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos tribunais em geral, sem descuidar da importância da contribuição doutrinária durante as duas décadas desde a edição do Código Civil; (c) a realização de diagnóstico sobre os pontos positivos e os pontos negativos do Código Civil de 2002 e, quicá, apresentar propostas para aperfeiçoamento das normas jurídicas codificadas.

1. GOMES, Orlando. *Regimes históricos e sociológicos do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.

A obra coletiva se revela fundamental eis que o período de vinte anos desde a edição do Código Civil se revela um tempo razoável para identificação dos avanços e dos retrocessos na aplicação das suas normas – ou mesmo da consideração de normas não coerentes com o tempo presente. Ademais, em razão de inúmeros fenômenos da economia, da sociologia, da política, da psicologia, da medicina, entre outras áreas do conhecimento humano, vários institutos, noções e categorias de Direito Civil têm sido repensados, a demonstrar a abordagem inter e multidisciplinar dos temas que impactam no sistema jurídico. A tecnologia e a criatividade humana vêm permitindo a expansão de vários institutos e noções clássicas do Direito Privado, como a título exemplificativo os contratos eletrônicos, os negócios inteligentes, as técnicas de reprodução humana assistida, os danos causados em decorrência dos avanços científicos. Há necessidade de uma visão profunda e crítica das novas necessidades quanto ao tratamento normativo no âmbito do Código Civil.

Desse modo, é plenamente justificável a consolidação do estudo do período de vinte anos desde a edição do Código Civil, de forma sistematizada e multidisciplinar por meio de uma obra única, que aborde os aspectos principais das relações jurídicas que envolvam os institutos, categorias e noções do Direito Civil.

Em termos de estruturação da obra coletiva, os Coordenadores elaboraram uma divisão dos temas mais instigantes, atuais e importantes da atualidade em cada um dos segmentos do Direito Civil, conforme se identifica no conteúdo de cada uma das Seções da obra coletiva. Houve também a preocupação em apresentar feição prática a partir dos casos concretos que já puderam ser apreciados pelo Poder Judiciário brasileiro, sem prejuízo de alguma contribuição de julgados estrangeiros a respeito dos temas desenvolvidos.

Os Coordenadores, a par da solidariedade desde o início demonstrada por todos os colaboradores desta obra coletiva, destacam a importância do estímulo ao debate e ao aperfeiçoamento das ideias, sob o enfoque plural, multidisciplinar e crítico que se revela em cada um dos trabalhos oferecidos ao público leitor e à comunidade científica nacional e estrangeira. Desse modo constroem-se e desenvolvem-se um país e uma sociedade com instituições e institutos mais sólidos, confiáveis e baseados nos valores fundamentais da civilização humana.

Será bastante oportuno identificar, daqui a vinte anos, se várias das análises feitas nessa obra coletiva não se revelaram importantes para guiar os destinos do sistema jurídico, peça chave fundamental em qualquer ordem constitucional democrática. Oxalá possamos contribuir para que as próximas gerações tenham melhores condições para viver e manter suas existências com efetivação dos direitos humanos e fundamentais, iluminadas pelo macrop princípio da dignidade da pessoa humana.

Boa leitura aos nossos leitores!

*Guilherme Calmon Nogueira da Gama*

*Thiago Ferreira Cardoso Neves*

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	V
Guilherme Calmon Nogueira da Gama/Thiago Ferreira Cardoso Neves.....	
<b>I</b>	
<b>PARTE GERAL</b>	
1. O CÓDIGO CIVIL DE 2002: REVISITANDO A PRINCIPIOLOGIA E O EMPREGO DAS TÉCNICAS DAS CLAUSULAS GERAIS E DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	3
Thiago Ferreira Cardoso Neves.....	
2. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO CIVIL E A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA	23
Eduardo Rodrigues Junior.....	
3. A BOA-FÉ OBJETIVA: NOTAS ESSENCIAIS SOBRE O PRINCÍPIO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	35
Leonardo Mattiello.....	
4. <i>SURRECTIO</i> , SUPRESSIO E A TUTELA DA CONFIANÇA	45
Fábio de Oliveira Azevedo.....	
5. INVALIDIDADES E DEFEITOS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS: O PROMETIDO E O OCORRIDO EM VINTE ANOS DE VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL	59
Gustavo Klob Muller Neves.....	
6. ASPECTOS RELEVANTES DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA	77
Carlos E. Elias de Oliveira.....	
<b>II</b>	
<b>DIREITO DAS OBRIGAÇÕES</b>	
7. AS SITUAÇÕES PROPTER REM NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO DO SÉCULO XXI	95
Roger Silva Aguiar.....	

5. CASO FORTUITO, FORÇA MAIOR E IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA PRESTAÇÃO José Guilherme Vasi Werner.....	117	17. MEDIDAS ALTERNATIVAS DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL Patricia Ribeiro Serra Vieira.....	295
9. CLAUSULA PENAL E INDENIZAÇÃO À LUZ DA DICOTOMIA ENTRE INTERESSE POSITIVO E NEGATIVO: O EXEMPLO DO CONTRATO DE PERMUTA NO LOCAL Carlos Nelson Konder e Cristiano O. S. B. Schiller.....	141	<b>V</b> <b>DIREITOS REAIS</b>	
<b>III</b> <b>DIREITO CONTRATUAL</b>		18. A POSSE DE BENS IMATERIAIS Pedro Marcos Nunes Barbosa.....	309
10. FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS Gustavo Tepedino.....	159	19. USUCAPIÃO FAMILIAR Claudio Luiz Bueno de Godoy.....	323
11. INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS: PARÂMETROS E CRITÉRIOS José Roberto de Castro Neves.....	173	20. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: NORMAS CORRELATAS E NECESSIDADE DE SISTEMATIZAÇÃO Melhim Namem Chalhub.....	339
12. A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS NA SOCIEDADE DIGITAL Frederico Price Grechi.....	197	21. O CÓDIGO CIVIL E OS FUNDOS DE INVESTIMENTO: UMA DISCUSSÃO ANTI-GA E UMA HISTÓRIA RECENTE Frederico Calmon Nogueira da Gama.....	353
13. O CONTRATO PRELIMINAR E EFEITOS: PROMESSA DE DOAÇÃO E COM-PROMISSO DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL Marco Aurélio Bezerra de Melo.....	239	22. NOTAS SOBRE O DIREITO DE SUPERFÍCIE E O DIREITO DE LAJE Ricardo Pereira Lira.....	369
<b>IV</b> <b>DIREITO DE DANOS</b>		23. “NOVOS CONDOMÍNIOS” E A MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA: DA COMUNIHÃO DO SOLO À PARTILHA DA UNIDADE NO TEMPO Guilherme Cinti Alleavato.....	387
14. DANOS EMERGENTES, LUCROS CESSANTES, PERDA DA CHANCE E LUCRO DA INTERVENÇÃO: EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DOS DANOS MATERIAIS Paulo Maximilian.....	255	24. O REGIME JURÍDICO DO CONDO-HOTEL Filipe Medon.....	417
15. EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL: DA CULPA AO RISCO INTEGRAL Sergio Cavalleri Filho.....	271	<b>VI</b> <b>DIREITO DE FAMÍLIA</b>	
16. MERO ABORRECIMENTO, DOR, SOFRIMENTO E A REPARAÇÃO PELOS DANOS MORAIS: A EVOLUÇÃO DA TEORIA DOS DANOS À PESSOA HUMANA (NOTAS) Nagib Slaibi Filho.....	283	25. NOVOS MODELOS DE ENTIDADES FAMILIARES Guilherme Calmon Nogueira da Gama.....	435
		26. AUTONOMIA PRIVADA E RELAÇÕES FAMILIARES Renata Vilela Mulledo.....	473

## CLÁUSULA PENAL E INDENIZAÇÃO À LUZ DA DICOTOMIA ENTRE INTERESSE POSITIVO E NEGATIVO: O EXEMPLO DO CONTRATO DE PERMUTA NO LOCAL

*Carlos Nelson Konder*

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em direito civil pela Universidade de Camerino (Itália). Professor do Departamento de Direito Civil da UERJ e do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Advogado.

*Cristiano O. S. B. Schiller*

Mestre em Construction Law & dispute resolution pela King's College London (RCLL). Mestrando em direito civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Especialista em direito civil-constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.

**Sunário:** 1. Introdução – 2. Características e efeitos da resolução por inadimplemento – 3. A controvérsia sobre interesse positivo e negativo no cálculo da indenização – 4. Harmonização da cláusula penal compensatória com as parcelas da restituição e do equivalente – 5. Conclusão.

### 1. INTRODUÇÃO

A chamada “permuta no local” é um exemplo especialmente útil para ilustrar uma controvérsia de fundo bastante relevante para a quantificação da indenização ou aplicação da cláusula penal em caso de inadimplemento, relativa à contraposição de duas formas de cálculo com base em qual interesse do credor se está pretendendo tutelar. Tal operação, que pode ser efetivada de diversas formas,<sup>1</sup> tem sempre o objetivo

1. A saber: (i) celebra-se escritura de permuta, em que o proprietário original do terreno – chamaremos de “proprietário” – troca uma fração por uma ou mais unidades imobiliárias futuras, retendo para si outra fração (em regra, menor), sobre a qual adereção as beneficiárias correspondentes à(s) futura(s) unidade(s) autônoma(s); (ii) o incorporador (ou construtor) compra uma fração do terreno através de nota promissória, sendo este título de crédito pago através da obrigação de entregar uma ou mais unidades autônomas futuras – geralmente consubstanciada em um instrumento de confissão de dívida –, cujas beneficiárias correspondentes aderirão à fração do terreno retida pelo proprietário; e (iii) a incorporadora compra o terreno através de nota promissória – igualmente consubstanciada em um instrumento de confissão de dívida –, sendo este título de crédito pago através da obrigação de entregar uma ou mais unidades autônomas futuras a serem construídas sobre o terreno. O formato de compra e venda tem o benefício de efetuar e tornar acabada a compra e venda do terreno (ou de fração do terreno) em favor incorporadora, na medida em que ocorre o completo pagamento do preço mediante recebimento de nota promissória (usualmente pro

de permitir ao proprietário original (a quem chamaremos de "proprietário") ter o terreno por unidades imobiliárias futuras, a serem construídas pela incorporadora (ou construtora) no próprio terreno. Desta feita, todas essas operações são designadas de permuta no local, ainda que realizadas através de instrumento de compra e venda seguido por um instrumento de confissão de dívida.

Ocorrido o inadimplemento absoluto da obrigação da incorporadora de entregar unidades autônomas ao proprietário, este deverá ser compensado pelo preço. Entretanto, essa compensação deve ter em vista a realocação no estado anterior ao contrato (*status quo ante*), tal qual o contrato não tivesse sido celebrado, ou, pela realocação em estado posterior, tal qual o contrato tivesse sido cumprido (*status quo em*)? Para responder esta pergunta, as figuras do interesse positivo e negativo entram em cena.

Soma-se a essa equação indenizatória a cláusula penal compensatória, sendo necessário avaliar como se ela harmoniza com outros efeitos da resolução. Seria essa estipulação como substituição das perdas e danos, impõe-se ao intérprete verificar quais cenários tinham as partes em mente quando ela foi estipulada, notadamente: restituição e a execução pelo equivalente.

Desta feita, o presente texto pretende, ao final, dar uma visão dos caminhos que se abrem a partir da resolução de um contrato, utilizando-se do exemplo ilustrativo da permuta no local. Mais especificamente, pretende analisar a influência da composição entre as figuras do interesse positivo e negativo, diante da compatibilização das parcelas do equivalente e da restituição com a cláusula penal compensatória ajustada no contrato.

## 2. CARACTERÍSTICAS E EFEITOS DA RESOLUÇÃO POR INADIMPLEMENTO

Os efeitos do inadimplemento de uma obrigação variam conforme persistir ou não a possibilidade de cumprimento tardio, tendo em vista os interesses objetivos do credor. Havendo ainda utilidade no cumprimento da prestação pelo devedor, será relativo, caso em que há mora e possibilidade de cumprimento mediante execução específica.<sup>2</sup> Tomando o exemplo da permuta no local, a ausência de entrega pontual das unidades no imóvel construído pode não esvaziar de todo o interesse do proprietário, que pode preferir exigir o desfecho do prometido, impleando

<sup>1</sup> *solutio*, diferentemente da permuta, cuja extinção só ocorre mediante a construção e entrega de novas unidades imobiliárias acordadas.

<sup>2</sup> Sobre definição de execução específica, vide doutrina de Allan Terra, "Pela execução específica, o credor tem a exata prestação contratada, sendo-lhe dada plena e integralmente sua interesse com a obtenção da mesma utilidade, do mesmo resultado prático que teria obtido caso o devedor tivesse cumprido espontaneamente e pontualmente a prestação – excluídos, obviamente, os casos de desistência do processo de execução" (TERRA, Allan de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade do Revista Brasileira de Direito Civil – RBD/Civil, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018).

decididamente a incorporadora a terminar a construção, sem prejuízo da indenização pelo atraso.<sup>3</sup>

Por outro lado, será reputado absoluto quando a prestação não puder mais ser cumprida ou não tiver mais utilidade. Na permuta no local, seria a hipótese de a incorporadora não mais ter condições de levar a cabo a obra ou de o proprietário ter perdido o interesse na construção diante de atraso significativo. Neste caso, abre-se a possibilidade de (i) resolver o contrato ou (ii) demandar a execução do contrato ao credor a possibilidade de (i) resolver o contrato ou (ii) demandar a execução do equivalente pecuniário da prestação.

Quando o credor pela primeira opção, a resolução liberta os contratantes do cumprimento da prestação respectiva e, caso já a tenham cumprido, ainda que parcialmente, gera a obrigação de restituição, visando recolocá-los no estado anterior ao contrato, tal qual ele não tivesse sido celebrado (*status quo ante*).<sup>4</sup> A regra é que a resolução tenha eficácia *ex tunc*, fazendo com que desapareçam todas as consequências criadas com a relação obrigacional: devolve-se o imóvel ao proprietário e liberta-se a incorporadora do dever de construir e entregar as unidades, sem prejuízo de indenização cabível.<sup>5</sup> Daí se falar que a resolução gera três efeitos: liberatório, restitutivo e indenizatório.<sup>6</sup>

O efeito primeiro, liberatório, resulta da falta de utilidade da prestação, não mais se justificando a manutenção do vínculo obrigacional principal, de modo que as partes são liberadas de cumprirem com suas prestações principais devidas e não adimplidas, ficando o credor adimplente autorizado a reter sua contraprestação, ainda que diversas obrigações acessórias permaneçam vigentes.<sup>7</sup> Assim, no caso de inadimplemento da incorporadora seguido de resolução do contrato, o proprietário fica liberado da obrigação de transferir o imóvel à incorporadora e, por outro lado, liberta a incorporadora de construir o edifício e de entregar-lhe as unidades prometi-

<sup>3</sup> Conforme explica Renata Steiner, a preferência é pela execução específica, sempre que possível. "Dessa forma, o credor deve preferencialmente exigir o cumprimento específico. Caso esse não seja possível, ou não mais satisfaça adequadamente seus interesses creditórios, então poderá optar ou pelo cumprimento pelo equivalente ou pela resolução nos termos legais, sendo essas as opções que lhe são conferidas pelo art. 473 CC" (STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quamier Lann, 2018, p. 347).

<sup>4</sup> Entre outros, v. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção por Inadimplemento do devedor*. Rio de Janeiro: Alde, 2004, p. 237.

<sup>5</sup> O efeito *ex tunc* da resolução, associado ao estado *quo ante* e ao interesse negativo, vem sendo questionado por autores contemporâneos, conforme abordaremos adiante. Neste sentido, vide NANNI, Giovanni Etore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 675-682.

<sup>6</sup> TERRA, Allan de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD/Civil*, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018.

<sup>7</sup> Ainda que se fale em retorno ao *status quo*, a resolução não significa um retorno absoluto ao estado prévio do contrato, haja vista que diversas avenças contratuais acessórias se mantêm, como cláusula compromissória, cláusula de foro, cláusula de confidencialidade, cláusula de não concorrência, cláusula penal, entre outras. Neste sentido, vide NANNI, Giovanni Etore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 676.

das. Cabe notar, no entanto, que em se tratando de permuta no local, a obrigação de transferência do imóvel à incorporadora é anterior e prévia à obrigação desta última de construir e entregar unidades no local e, portanto, anterior ao inadimplemento da incorporadora, de forma que o efeito liberatório atua no sentido de encerrar primordialmente, as obrigações da incorporadora de concluir as obras de empreendimento, sem gerar, desta feita, efeito prático liberatório ao proprietário, que já cumpriu sua prestação.

O segundo efeito, restitutivo, obriga as partes a restituírem tudo aquilo que houverem recebido sem que tenha ocorrido a respectiva contraprestação<sup>8</sup>, de forma que as partes retornem ao estado pretérito à realização do negócio. Se o bem objeto de restituição for fungível, esta deverá ser feita em valor que permita adquirir o mesmo objeto ou, se infungível, em valor que permita obter algo similar no mercado<sup>9</sup>. Nesse sentido, já tendo o proprietário transferido o terreno para a construção que não foi levada a cabo como prometido, deverá a incorporadora restituí-lo ao proprietário. Se, contudo, houve inadimplemento da obrigação de entregar unidades prometidas acabadas no local, mas a construção teve início e, apesar de incompleta, apresenta utilidade para o credor, que poderá aproveitá-la para outro fim quando receber o terreno de volta, será ele que deverá restituir o valor equivalente às benfeitorias realizadas no terreno à incorporadora (por exemplo, a desconstrução de um terreno pela incorporadora ou a realização de obras de infraestrutura urbana de um loteamento), sem prejuízo das perdas e danos cabíveis, devidas pela incorporadora inadimplente, conforme abordado no parágrafo que se segue.

O efeito indenizatório, por fim, assegura à parte lesada a reparação pelos danos comprovadamente sofridos. Este não se confunde com a parcela relativa à restituição, que pode não ser suficiente para colocar a parte que sofreu o inadimplemento no mesmo estado em que se encontrava pretéritamente ao início do contrato (e aliás das negociações). O efeito indenizatório atua de forma complementar à restituição, visando reparar os danos que persistem mesmo após a restituição ao credor do que já havia prestado.<sup>10</sup> Assim, o proprietário terá direito não somente a lhe ser devolvido o imóvel, mas também a ser indenizado por tudo que perdeu ou razoavelmente deixou de ganhar em virtude da inexecução do contrato.

O cenário geral será bastante distinto caso o credor não queira retornar ao estado anterior, por meio da resolução, e prefira manter o vínculo contratual, optando por realizar a chamada execução pelo equivalente. Se, por exemplo, não tiver interesse em receber o imóvel, que já não lhe traz mais utilidade, tampouco deseja esperar pela construção e entrega das unidades, que pode nunca vir a ocorrer, poderá manter a propriedade do terreno à incorporadora e exigir dela, em lugar das unidades, o seu valor econômico em pecunia. A figura, prevista nos artigos 475<sup>11</sup> e 947<sup>12</sup> do Código Civil, permite que o objeto devido pelo devedor seja substituído pelo seu valor pecuniário, em operação de sub-rogação objetiva ou real, mantendo-se inalterada, por outro lado, a obrigação de contraprestação do credor.<sup>13</sup>

Desta feita, a execução pelo equivalente, de forma oposta à resolução, visa colocar o credor em situação tal qual o contrato tivesse sido adimplido pelo devedor (e não *ad quem*). Da mesma forma que o efeito restitutivo, o equivalente deve ser somado à parcela indenizatória, pois só assim o credor será efetivamente colocado, economicamente, na posição em que estaria se o contrato tivesse sido adimplido, assim, no exemplo abordado, além do valor equivalente às unidades prometidas, há o proprietário direito às perdas e danos decorrentes de as unidades não terem sido entregues de forma efetiva e pontual, tal como originariamente previsto.

Essa distinção entre o equivalente, de caráter restitutivo, e as perdas e danos, de caráter indenizatório, nesse cenário de prestação substitutiva, não é unânime. Inicialmente entende-se que a prestação substitutiva são perdas e danos em sentido lato ou *in genere*, possuindo "notas distintivas em relação ao regime geral dos danos emergentes e dos lucros cessantes".<sup>14</sup> Isto significa que, do aspecto externo,

11. "Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos". Esse artigo é usualmente mal interpretado pela doutrina no sentido de conceder uma alternativa ao credor entre escolher a resolução (execução específica, o que demonstra uma continuidade dos interesses de inadimplemento relativo e inadimplemento absoluto. Isso se dá em decorrência da redação do referido artigo, que menciona a prerrogativa de "adimplimento exigir da parte inadimplente resolver o contrato ou 'exigir o cumprimento'". A expressão "exigir o cumprimento" não pode ser lida como execução específica da prestação, mas sim execução pelo equivalente. Também chamada de "execução genérica", dado que, conforme já mencionamos, a prestação é dada não e mais passível de ser cumprida pelo devedor, constituindo hipótese de inadimplemento absoluto (segundo linha de interesse objetivo na prestação pelo credor ou impossibilidade objetiva de cumprimento) e, portanto, hipótese de execução pelo equivalente ou resolução contratual. Nesse sentido, vide TERRA, Alaine de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivl*, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018.

12. "Art. 947. Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substitui-se-lhe pelo seu valor, em pecunia corrente."

13. TERRA, Alaine de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivl*, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018.

14. TERRA, Alaine de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivl*, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018.

15. STEINER, Renata Carlos. Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 212.

8. Ressaltam-se aqui os contratos de duração em que ambas as prestações, do credor e devedor, são de natureza sucessiva, de forma que nesses casos o efeito restitutivo não afeta as prestações já realizadas. Nas palavras de Alaine Terra, o "inadimplemento superveniente não afeta o resultado relativo às prestações já prestadas" (TERRA, Alaine de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivl*, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018, nota 217).

9. SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. *Indenização no resolve por inadimplemento: a composição das perdas e danos devidas ao credor*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: LERJ, 2021. p. 125.

10. TERRA, Alaine de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivl*, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018. Disponível em: [http://crivil.unicamp.br/resolucao-per-inadimplemento-o-riorior/a\\_9\\_n\\_1\\_2020\\_p\\_8\\_Disponivel-em-http://crivil.unicamp.br/resolucao-per-inadimplemento-o-riorior/](http://crivil.unicamp.br/resolucao-per-inadimplemento-o-riorior/a_9_n_1_2020_p_8_Disponivel-em-http://crivil.unicamp.br/resolucao-per-inadimplemento-o-riorior/)

são unitárias, mas internamente, são compostas de equivalente e demais prejuízos, conforme indicam os artigos 234<sup>o</sup> e 239<sup>o</sup> do Código Civil.<sup>16</sup>

Desta feita, a execução pelo equivalente também é denominada "prestação substitutiva", "perdas e danos substitutivas", "perdas e danos no lugar do cumprimento" ou "perdas e danos no lugar da prestação".<sup>17</sup> Essa divergência reflete controvérsias mais profunda, relativa ao critério de quantificação das perdas e danos também no cenário da resolução por inadimplemento, referente à adoção do interesse negativo ou do positivo.

Tanto no cenário de resolução como de execução pelo equivalente, a parte indenizatória pode ser previamente antecipada, seja como valor máximo ou mínimo, pela cláusula penal. Na grande maioria dos contratos, a cláusula penal compensatória é fixada em pecunia, visando dar previsibilidade e segurança quanto ao valor que será pago pela parte inadimplente no lugar da prestação que se tornou impossível ou desinteressante para o credor. Desta feita, a cláusula penal compensatória não somar ao valor a ser restituído pela parte inadimplente, ou, alternativamente, em caso de manutenção do contrato e execução do equivalente da obrigação, referente ao parágrafo seguinte, se somará ao referido equivalente.

### 3. A CONTROVÉRSIA SOBRE INTERESSE POSITIVO E NEGATIVO NO CÁLCULO DA INDENIZAÇÃO

Feita uma apresentação acerca dos caminhos decorrentes do inadimplemento absoluto e uma análise destes a partir do contrato de permuta no local, é preciso passar para o passo seguinte, de maior complexidade, que é a quantificação das perdas e danos, seja pelo caminho da resolução, seja pelo caminho da execução pelo equivalente, pois, conforme visto acima, nas duas situações o proprietário-credor poderá fazer jus a perdas e danos, que poderão estar abrangidas ou limitadas pela cláusula penal compensatória.

A quantificação das perdas e danos devidas em razão do inadimplemento das partes corporadoras imobiliárias é matéria especialmente controversa, tanto é que constitui tema recorrente de disputas judiciais.<sup>18</sup> Se a quantificação dos danos emergentes

16. Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder sem culpa do devedor, antes da tradição, o pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes, se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este, pelo equivalente e mais perdas e danos.

17. Art. 239. Se a coisa se perder por culpa do devedor, responderá este, pelo equivalente, mais perdas e danos.

18. STEINER, Renata Carlos. *Reportório de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 219.

19. STEINER, Renata Carlos. *Reportório de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 206.

20. A título exemplificativo de temas repetitivos que tratam da indenização por inadimplemento na categoria unidades imobiliárias decorrentes de incorporação imobiliária, vide temas repetitivos 970 e 971 do STJ, de 2016 que firmaram as teses que (i) "A cláusula penal moratória em finalidade indenizatória não admite o acréscimo que firmaram as teses que (ii) "A cláusula penal moratória em finalidade indenizatória não admite o acréscimo que firmaram as teses que (iii) "No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, incisos cessantes" e (iv) "No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora,

envolve dificuldade probatória significativa, no tocante aos lucros cessantes é ainda maior".<sup>21</sup>

De modo geral, as indenizações por danos patrimoniais costumam se guiar pela chamada "teoria da diferença", calculando-se o montante com base na comparação entre situação atual do lesado e a situação hipotética em que ele estaria se não tivesse sofrido o dano.<sup>22</sup> No entanto, este conceito sofreu inúmeras críticas doutrinárias por não conseguir explicar todas as categorias de dano, nem qual é o dano indenizável, tendo sido substituída pela teoria do interesse, pelo qual o interesse, entendido como situação juridicamente protegida, é o objeto de proteção da norma.<sup>23</sup>

No âmbito do inadimplemento contratual, o desafio reside em definir se a situação a qual se deve conduzir o credor vítima de inadimplemento por meio da indenização é aquela em que ele estaria se não tivesse contratado ou aquela em que ele estaria se o contrato tivesse sido executado adequadamente?

Alorram aqui as figuras do interesse negativo e do interesse positivo que, apesar de não serem mencionadas na legislação brasileira, nem na maioria das legislações estrangeiras, têm enorme importância doutrinária, haja vista que disciplinam os efeitos do inadimplemento absoluto, indicando quais medidas estarão disponíveis ao credor lesado e em que extensão. Enquanto o interesse positivo diz respeito ao interesse no cumprimento da prestação devida e, portanto, em ser colocado na situação tal qual o contrato houvesse sido cumprido, o interesse negativo diz respeito ao interesse em ser colocado na mesma situação em que se encontrava antes da contratação, tal como se não tivesse sido celebrado o contrato nem iniciado negociações.<sup>24</sup>

havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial".

21. Se sobressaia a discussão acerca da expressão "razoavelmente", contida no art. 402 do Código Civil. Sobre o tema, vide GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Thomson Reuters, 2011.

22. Nas palavras de Giovanni Ettore Nanni, "quanto à teoria da diferença, o dano consiste na diminuição efetivamente ocorrida no patrimônio e na falta de aumento em consequência da obrigação não adimplida. Assim, portanto, constituido pela diferença que se constata entre o patrimônio no tempo do ato culposo e aquele que existiria se a prestação tivesse sido executada" (NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 233).

23. PEPERINO, Gustavo; TERÇA, Alinne de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 4. p. 29.

24. Nesse sentido, Renata Steiner afirma que "(...) não basta compreender o que acontece quando da ocorrência de dano – ou seja, a recondução do lesado a uma situação hipotética positiva ou negativa, marca da teoria da diferença –, mas, antes, determinar quando e por qual razão a tutela recai sobre o interesse positivo ou negativo. Isso diz respeito, essencialmente, à compreensão da situação jurídica tutelada, o qual se confunde com o interesse protegido em cada caso" (STEINER, Renata Carlos. *Reportório de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 64).

25. GUEDES, Alvarade Darshan de Mello. Interesse contratual positivo. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 2, n. 2, p. 3-4, mar.-jun/2019. Por vezes se encontra também em doutrina as expressões *dano positivo* e *dano negativo*, como em ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 149.





se associa, principalmente, aos efeitos liberatório e resolutivo da resolução, e não ao seu efeito indenizatório.<sup>35</sup> Sob essa perspectiva, o retorno a uma situação prévia é característico do chamado efeito resolutivo, enquanto o "dever de indenizar aflagrado pelo ilícito contratual, por sua vez, não promove qualquer ideal de retorno a um estado anterior".<sup>36</sup>

Por essa razão, mesmo entre os defensores da indenização decorrente da resolução ser guiada pelo interesse negativo, abrem-se ressalvas. Admitem - ainda que excepcionalmente - que em contratos de execução continuada,<sup>37</sup> que são resolvidos por inadimplemento absoluto de uma das partes, seja conferida a uma parte adimplente indenização pelo interesse positivo "quando, por exemplo, tiver executado boa parte do contrato e a sua própria prestação, ainda incapaz, tornar-se inaproveitável", de modo que o interesse negativo, neste caso, não seja suficiente para reparar o contratante adimplente e lesado, admitindo-se, então, pela do direito positivo.<sup>38</sup> Esse não parece ser o caso, contudo, da permuta no âmbito em que a transferência do terreno pelo proprietário à incorporadora resultaria numa "prestação inaproveitável".

Há, contudo, de se cogitar da hipótese de restituição do terreno com uma construção inacabada, que, a depender das circunstâncias, pode se mostrar ou vantajosa ao proprietário, se for reaproveitável em novo projeto imobiliário, ou prejudicial, se as obras realizadas são específicas de determinado projeto sem interesse do mercado tornando o desfazimento por nova incorporadora mais custoso e, portanto, mais interessante do que se recebesse o terreno no seu estado prévio ao negócio. É interessante só pode ser feita à luz do caso concreto, mas certamente é complexa e dependerá de um difícil ónus probatório. Se prejudicial, a indenização a ser paga pelo incorporadora seria pausada em danos emergentes consistentes no desfazimento de acessões sobre o terreno? Se benéfica, caberia ao proprietário indenizar a incorporadora pelas despesas incorridas, mesmo tendo havido inadimplemento desta última?

Em adotando o interesse negativo, a resolução resultaria na restituição do terreno ao proprietário e na obrigação da incorporadora de indenizá-lo por todas as despesas incorridas, bem como, se assim comprovado, de indenizá-lo pelos lucros cessantes decorrentes de outro negócio que comprovadamente poderia ter realizado se não

fosse pelo contrato celebrado com a incorporadora que veio a se tornar inadimplente. Cabe refletir, portanto, se seria legítimo que o proprietário reciba os lucros da celebração de um negócio que não celebrou, sem sequer executar a sua prestação, e que a transferir o terreno objeto do desenvolvimento imobiliário.

Neste sentido, nota-se que a resolução pelo interesse negativo pode vir a implicar em uma indenização maior do que se fosse pelo interesse positivo, na medida em que os lucros cessantes decorrentes de um negócio alternativo que teria sido comprovadamente celebrado pelo proprietário se não fosse pelo contrato celebrado com a incorporadora inadimplente podem ser superiores à indenização formada pelos lucros cessantes decorrentes do próprio negócio inadimplido e pelo equivalente financeiro das unidades autônomas.

Em outras palavras, a indenização pelo interesse positivo colocaria o proprietário em outras palavras, a indenização pelo interesse positivo colocaria o proprietário que optou pela resolução em situação mais favorável do que aquela de cumprimento do contrato, na medida em que receberia o bem objeto da (contra)prestação sem ter despendido tempo e custo na execução do contrato, gerando seu enriquecimento sem causa.<sup>39</sup> Este raciocínio se dá porque, na linha do antes exposto, a resolução contratual, por visar retornar ao *status quo ante*, não poderia colocar o credor em situação melhor do que estaria se o próprio contrato resolvido houvesse sido cumprido, em *status ad quem*, mas pode indenizá-lo pelos lucros cessantes do negócio que deixou, comprovadamente, de ser realizado para celebrar o contrato inadimplido, que podem ser maiores que os danos emergentes do contrato inadimplido.

Os defensores da indenização calculada pelo interesse positivo em caso de resolução contratual afirmam, todavia, que o enriquecimento sem causa pode ser facilmente evitado mediante abatimento dos valores que já recebeu ou que deixou de depender para executar a sua prestação.<sup>40</sup> Sob esse ponto de vista, basta aplicar o "método da diferença" à indenização pelo interesse positivo, por força do qual opera-se uma compensação entre prestação e contraprestação, afastando assim a configuração de enriquecimento sem causa, de forma que, "uma vez realizada essa operação de liquidação, não se poderia sustentar haver enriquecimento sem causa, pois o valor da contraprestação devida (e mantida com o credor), é levada em consideração para o cálculo do prejuízo sofrido".<sup>41</sup>

Percebe-se, portanto, que aplicando-se o método da diferença na resolução contratual, torna-se possível calcular a indenização pelo interesse positivo, median-

35. STENNER, Renata Carlos. *Responsação de danos: Interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 374.

36. SILVA, Rodrigo da Gota. Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo: Influência da questão no âmbito da resolução do contrato por inadimplemento. *Revista JBEAC*, Minas Gerais, v. 3, n. 1, p. 1-5 jan./abr. 2020. p. 24.

37. Neste tipo de contrato de duração, "a prestação é cumprida, por certo intervalo de tempo, de forma ininterrupta", diversamente dos contratos de execução periódica, cuja execução é fracionada no tempo e repete em intervalos de tempo (TIPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Essências do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, v. 3, Contratos, p. 79).

38. TERRA, Aline de Miranda Valverde; CULFEDS, Gisela Sampaio da Cruz. Resolução por inadimplemento e retorno ao status quo ante e a ocorrência de indenização pelo interesse negativo. *Civiltática.com*, n. 9, n. 1, p. 1-14, Rio de Janeiro, 2020.

39. Relatando o argumento, de forma crítica, GUMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo (em caso de descumprimento contratual). In: GUERRA, Alexandre Dastanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil*. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2015. p. 147-149.

40. GUMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo (em caso de descumprimento contratual). In: GUERRA, Alexandre Dastanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil*. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2015. p. 147-149.

41. STENNER, Renata Carlos. *Responsação de danos: Interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 382.



que ela coloca o lesado em situação mais próxima do *status quo ante*,<sup>46</sup> não se exige, quando qualquer óbice em ajustar uma cláusula penal compensatória que englobe o valor do objeto que foi transacionado, que na permuta no local seria o imóvel, mas, preciso avaliar se a cláusula penal poderá ser cumularada com a restituição do imóvel.

A diferença de cenários acima apresentada pode ser melhor compreendida através de exemplo prático de permuta no local. Imagine-se que o terreno dado pelo proprietário era avaliado em R\$ 1.000.000,00, prevendo-se em troca que receberá unidades autônomas futuras, que quando prontas e acabadas, serão estimadas em R\$ 1.500.000,00. No contrato fixou-se cláusula penal compensatória no valor de R\$ 1.500.000,00, sem previsão de perdas e danos excedentes; nem referência a restituição ou não do imóvel em caso de inadimplemento da incorporadora que culmine em resolução.

A distinção entre os valores – receber a restituição do terreno de R\$ 1.000.000,00 em eventual resolução ou o equivalente da prestação devida de R\$ 1.500.000,00 em caso de execução pelo equivalente – seria compensada pelas perdas e danos, possivelmente distintas em cada caso. Entretanto, fixada a cláusula penal compensatória para substituir as perdas e danos aferidas judicialmente, é preciso analisar se as partes pretendiam, com essa cláusula penal compensatória no valor de R\$ 1.500.000,00, retornar ao *status quo ante*, ou se pretendiam atingir o *status ad quem*, tal qual o contrato houvesse sido cumprido.

Considerando que a cláusula penal se presta a prefixar as perdas e danos por ambos, cada caminho gera resultados diferentes, com vantagens e desvantagens, conforme for o caso concreto e os interesses da parte lesada. Enquanto na execução pelo equivalente o valor total recebido pelo credor-proprietário seria maior, na resolução este mantém a possibilidade de efetuar nova alienação do terreno a terceiro, haja vista que ocorre a restituição do bem. A decisão do caminho dependerá das circunstâncias do caso concreto, como, por exemplo, o interesse em manter ou não o terreno, que é influenciado, entre outros fatores, pela perspectiva de conseguir revendê-lo, pelos custos de manutenção e pelos riscos de manutenção e venda. Da mesma forma, será relevante ter em vista a possibilidade de conseguir receber o equivalente, levando em consideração a condição patrimonial da incorporadora, podendo ser mais vantajoso ao credor receber de volta o terreno do que assumir o risco de executar e receber o equivalente (na pressuposição de que não tenha sido pactuada nenhuma garantia para este fim).

Via de regra, as partes estipulam a cláusula penal compensatória como sendo o único valor a ser pago pela parte inadimplente a título de compensação pelo inadim-

plimento, o que costuma ser constatado por meio de previsão contratual afirmando que, para além da cláusula penal, “nada mais é devido a qualquer título”. Nesse caso, a melhor interpretação parece ser de que a cláusula penal está abrangendo o valor do equivalente ou mesmo da restituição, de forma que configuraria *bis in idem* a exigência, pelo credor, do valor devido a título de cláusula penal mais o valor devido a título de equivalente, assim como o seria se o credor exigisse a restituição do terreno mais o valor da cláusula penal.

Entretanto, se for entendido que, no caso concreto, a cláusula penal compensatória fixada pelas partes não abrange a parcela da restituição ou do equivalente e que o credor poderá exigir a cumulação da cláusula penal com estas parcelas, caberá ao Poder Judiciário levar em conta essa finalidade da pena para eventual aplicação da prerrogativa de sua redução equitativa, nos termos do art. 413 do Código Civil, de forma a atender a função da cláusula penal no caso concreto. Com efeito, se a cláusula penal puder ser exigida juntamente com o próprio valor das unidades, ou mesmo do imóvel, é possível que mesmo que a multa seja inferior ao limite do valor da obrigação principal, ainda assim se revele excessiva em vista da função que desempenha.

Naturalmente, essa aferição exigirá grande sensibilidade do intérprete às circunstâncias do caso concreto. Uma situação usual é que o inadimplemento absoluto ocorra quando sobre o terreno já tenha sido construída parte de edificação. Conforme antes exposto, pode ser que essa construção seja benéfica ao credor, aproveitando-a em um futuro empreendimento no local, levando-se em conta mesmo melhorias irreversíveis, ou, ao contrário, gere um prejuízo adicional, consistente na necessidade de sua demolição. Enquanto uma situação poderá exigir a redução da cláusula penal, outra poderá permitir a cumulação do bem restituído com a cláusula penal.

### 3. CONCLUSÃO

Diante do inadimplemento absoluto – isto é, da impossibilidade ou inutilidade da execução específica da prestação – abrem-se dois caminhos ao credor lesado: (i) a restituição, como o desfazimento do vínculo e a liberação de cumprir a contraprestação (ou a restituição dela se já cumprida), ou (ii) a execução pelo equivalente, com a manutenção do vínculo, recebendo o credor o valor de mercado da prestação que lhe seria devida, mas cabendo-lhe ainda arcar com sua obrigação (ou não a recebendo de volta, se já cumprida). Ambos os caminhos ensejam o direito de indenização ao credor, caso fique comprovado o dano.

Observou-se que há grande debate na doutrina acerca da quantificação da indenização em caso de resolução do contrato e execução pelo equivalente. Majoritariamente, a resolução é associada ao retorno ao estado anterior e, portanto, ao interesse negativo, como se o contrato não houvesse sido celebrado, ao passo que a execução pelo equivalente é associada ao estado tal qual o contrato houvesse sido cumprido e, portanto, à indenização pelo interesse positivo.

46. Neste sentido explica Renata Steiner: “É incoerente, portanto, que a simples liberação ou restituição do produto eletivo indenizatório diretores, “a simples restituição do que se pagou não basta”. Nada obstante, poderá produzir efeito indenizatório indenizadamente, especialmente porque “por virtude da obrigação de restituição, a situação em que o lesado fica é menos distante daquela em que estaria, sem o evento lesivo, que se não tivesse direito à restituição”. (STEINER, Renata Carlos, *Reprovação de danos: interesse positivo e interesse negativo*, São Paulo: Quartier Lillo, 2018, p. 378).

Solução para evitar discussões acerca do cálculo da indenização em caso de inadimplemento absoluto costuma ser a utilização de cláusula penal compensatória, por força da qual a parte lesada pelo inadimplemento fará jus a uma prestação alternativa, previamente estabelecida, devida independentemente da comprovação da extensão do dano. A cláusula penal se apresenta, portanto, como mecanismo útil à gestão positiva do risco contratual, dando previsibilidade e segurança jurídica à medida em que regula antecipadamente os riscos e efeitos do inadimplemento.<sup>47</sup>

A despeito dos claros benefícios da cláusula penal, esta pode ser causa de controvérsias e, por sua vez, insegurança jurídica, caso seja concebida sem predicar o pressuposto para sua aplicação: a resolução, pretendendo o retorno das partes *status quo ante*, ou a transição ao *status ad quem*, via execução pelo equivalente, a dívida decorre especialmente da distinção, na resolução contratual, entre o elemento resolutório e o indenizatório. Embora a restituição e o equivalente atuem tecnicamente com finalidades diversas da indenização, é necessário avaliar, em concreto, a cláusula penal compensatória foi estipulada de forma cumulável com essas parcelas ou se as partes já as abrangem no montante devido. Essa avaliação, naturalmente, será base também do controle de excessividade ou desvio de função da cláusula penal, servindo os artigos 412 e 413 do Código Civil como importantes mecanismos de controle para este fim.

### III

## DIREITO CONTRATUAL

47. Almarim Milena Oliva e Vivianne Abílio: "A grande vantagem da prévia estipulação da cláusula penal consociante se verificará, não reside na sua aplicação e efetivamente fazer frente aos prejuízos experimentados por ocasião do inadimplemento absoluto, mas, sim, na sua capacidade de regular antecipadamente os riscos e efeitos dessa ocorrência entre as partes contratantes. Por isso que o valor atribuído à multa compensatória não necessariamente corresponderá aos danos realmente sofridos, sem que tal circunstância afete sua própria exigibilidade e força jurídica." OLIVA, Milena Denize; ABILIO, Vivianne da Silveira. A cláusula penal compensatória estipulada em benefício do consumidor e o direito básico à reparação integral. In: "TEPÉRIO, Gustavo". TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vilas (Coord.). O direito civil entre o antigo e o novo: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodola. Belo Horizonte: Forum, 2016. p. 404.