



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**EMILLY NASCIMENTO ALMEIDA**

**SEGURANÇA JURÍDICA DO ADQUIRENTE DE IMÓVEIS  
FRENTE À JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL  
DE JUSTIÇA  
POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL COM OS  
LUCROS CESSANTES NO CASO DE ATRASO NA ENTREGA DO  
IMÓVEL**

**BRASÍLIA - DF  
2019**

**EMILLY NASCIMENTO ALMEIDA**

**SEGURANÇA JURÍDICA DO ADQUIRENTE DE IMÓVEIS  
FRENTE À JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL  
DE JUSTIÇA  
POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL COM OS  
LUCROS CESSANTES NO CASO DE ATRASO NA ENTREGA DO  
IMÓVEL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à disciplina Redação de Monografia (FDD-188441), do Curso de Graduação em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre Alberto Emanuel Albertin Malta

**BRASÍLIA - DF  
2019**

## FOLHA DE APROVAÇÃO

Monografia de Graduação de autoria de Emily Nascimento Almeida, intitulada “Segurança jurídica do adquirente de imóveis frente à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: Possibilidade de cumulação da cláusula penal com os lucros cessantes no caso de atraso na entrega do imóvel”, apresentado como parte dos requisitos necessários à obtenção do grau de Bacharel em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, em 11 de julho de 2019, defendida e aprovada pela Banca Examinadora:

---

Professor Mestre Alberto Emanuel Albertin Malta  
Orientador  
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – FD-UnB

---

Professor Doutorando Carlos Eduardo Elias de Oliveira  
Examinador  
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – FD-UnB

---

Professora Doutora Daniela Marques de Moraes  
Examinadora  
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – FD-UnB

---

Professor Doutor Mamede Said Maia Filho  
Suplente  
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – FD-UnB

*O que Deus quer é ver a gente aprendendo a ser capaz de ficar alegre e amar no meio da tristeza. Todo caminho da gente é 'resvaloso'. Mas cair não prejudica demais. A gente levanta, a gente sobe, a gente volta.*

Guimarães Rosa

*A verdadeira coragem é ir atrás dos sonhos mesmo quando todos dizem que ele é impossível.*  
Cora Coralina

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, meu tudo, por ter me capacitado e me guiado por seus caminhos, me sustentado na fé e na coragem, permitindo a realização de meus sonhos.

A minha família, por todo amor, suporte, incentivo e acolhimento irretocáveis ao longo da vida, sem os quais jamais teria chegado até aqui, obrigada por tudo, por tanto.

A Daniel, por todo o amor, companheirismo e generosidade ao longo dos anos, essenciais para alcançar os resultados obtidos.

Aos amigos com os quais a Universidade de Brasília me presenteou ao longo da graduação, os quais certamente levarei para a vida.

A meu orientador, pelo profissionalismo, pela dedicação e pelo cuidado ao guiar esta produção acadêmica. Foi um privilégio tê-lo como professor.

A todos que em algum momento suportaram comigo as dores e as alegrias que vivi ao longo dessa caminhada, os meus mais sinceros agradecimentos.

## RESUMO

Referência: ALMEIDA, Emilly Nascimento. **Segurança Jurídica do Adquirente de Imóveis frente à Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**: Possibilidade de Cumulação da Cláusula Penal com os lucros cessantes no caso de atraso na entrega do imóvel. 2019. 57 f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília.

Este estudo tem como objetivo analisar a possibilidade de cumulação dos lucros cessantes com a cláusula penal no caso de atraso na entrega de imóvel adquirido em regime de incorporação imobiliária, popularmente conhecido como imóvel adquirido “na planta”, por meio de uma abordagem metodológica de revisão bibliográfica, com base principalmente em doutrina, legislação, jurisprudência e produção científica. Pretende-se analisar a cumulatividade dos institutos legais considerando o contexto processual e jurídico da matéria perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), a afetação da matéria ao rito dos recursos especiais repetitivos representativos de controvérsia em virtude da transcendência social, econômica e jurídica apresentada e a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no contrato de compra e venda na incorporação imobiliária. Em seguida, tratará brevemente sobre a influência de outros Códigos Civis no Código Civil de 2002, e analisará os principais pontos relativos à cláusula penal estipulada em contrato e aos lucros cessantes devidos quando há mora na prestação obrigacional. Por fim, o estudo abordará a possibilidade de cumulação dos lucros cessantes com a cláusula penal no caso de atraso na entrega de imóvel adquirido em regime de incorporação imobiliária. Nos últimos anos, os tribunais têm apresentado entendimentos divergentes em relação à possibilidade ou não de cumulação, gerando um grande quantitativo de recursos especiais a serem julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, que apenas recentemente fixou tese uniformizando o entendimento da Corte Superior.

**Palavras-chave:** Código Civil; Código de Defesa do Consumidor; lucros cessantes; cláusula penal; cumulação; atraso na entrega do imóvel; responsabilidade civil; inadimplemento absoluto; inadimplemento relativo, obrigação principal; obrigação acessória; legislação comparada.

Autorizo a reprodução e a divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

## ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the possibility of cumulation of lost profits with the penal clause in the case of delayed delivery of property acquired under real estate development, popularly known as real estate acquired in the plant, through a methodological approach of review based on doctrine, legislation, jurisprudence and scientific production. It is intended to analyze the cumulateness of legal institutes considering the procedural and legal context of the matter before the Superior Court of Justice (STJ), the affectation of the matter to the rite of repetitive special appeals representative of controversy due to the social, economic and legal transcendence presented and the applicability of the Consumer Defense Code in the purchase and sale agreement in real estate development. It will then deal briefly with the influence of other Civil Codes in the Civil Code of 2002, and will analyze the main points related to the criminal clause stipulated in the contract and the loss of profits due when there is default in the obligatory provision. Finally, the study will address the possibility of cumulation of lost profits with the penal clause in the case of delayed delivery of property acquired under real estate development. In recent years, the courts have presented divergent understandings regarding the possibility of cumulation, generating a large quantity of special appeals to be played by the Superior Court of Justice, which has only recently established a thesis in order to standardize the understanding of the Superior Court.

**Keywords:** Civil Code; Code of Consumer Protection; loss of profits; criminal clause cumulation; delay in delivery of the property; civil responsibility; absolute default; relative default, principal obligation; accessory entity; legislation.



## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....   | <b>9</b>  |
| <b>1 A necessária submissão da matéria ao rito dos recursos especiais repetitivos representativos de controvérsia</b> .....   | <b>11</b> |
| 1.1 Transcendência social, econômica e jurídica da matéria.....   | 14        |
| 1.2 A aplicabilidade da Lei Federal nº 4.591/1964, do direito civil e do direito do consumidor ao atraso na entrega do imóvel .....   | 15        |
| <b>2 Os lucros cessantes e a cláusula penal</b> .....   | <b>20</b> |
| 2.1 Aspectos gerais relacionados .....  | 20        |
| 2.2 O lucro cessante .....  | 23        |
| 2.2.1 Conceito e previsão legal .....   | 23        |
| 2.2.2 Ato ilícito, inadimplemento e tipos de danos .....  | 25        |
| 2.2.3 Mitigação ao princípio da <i>restitutio in integrum</i> .....   | 28        |
| 2.3 A cláusula penal .....  | 30        |
| 2.3.1 Cotejo histórico.....   | 30        |
| 2.3.2 A Cláusula Penal no Brasil.....   | 34        |
| 2.3.3 Funções da cláusula penal.....  | 36        |
| 2.3.4 Multa moratória e multa compensatória .....   | 40        |
| 2.3.5 Audiência pública e julgamento.....   | 44        |
| <b>3 Cumulação de lucros cessantes e de cláusula penal em decorrência do inadimplemento relativo em contrato de aquisição de imóvel em regime de incorporação imobiliária</b> ..... | <b>48</b> |
| <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....   | <b>54</b> |
| <b>REFERÊNCIAS</b> .....  | <b>57</b> |

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a analisar a possibilidade ou não de cumulação dos lucros cessantes com a cláusula penal, nos casos de inadimplemento do vendedor em virtude do atraso na entrega de imóvel adquirido em regime de incorporação imobiliária, também referido como imóvel comprado “na planta”. O tema foi afetado para julgamento sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos representativos de controvérsia nº 970, recentemente julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

A escolha do tema objeto do estudo considerou o atual cenário pelo qual passa o mercado imobiliário brasileiro diante do quantitativo de demandas levadas ao Judiciário em razão das questões envolvidas no atraso da entrega do imóvel e das penalidades às quais estão sujeitas as partes.

Sem pretender esgotar o tema, o desenvolvimento do estudo se dará, essencialmente, dentro da esfera do direito civil, especialmente do direito das obrigações e da responsabilidade civil, e do direito do consumidor, buscando tratar dos institutos jurídicos relacionados ao tema nº 970, bem como dos entendimentos dos julgados da Corte Superior, da legislação correlata e da produção científica pertinente.

A partir disso, o estudo inicia abordando o modo como a relevância temática das matérias impacta na forma com que a tutela jurisdicional alcança as partes diante do elevado quantitativo de processos que versam sobre a mesma questão de direito, buscando garantir isonomia, segurança jurídica, celeridade e eficiência na prestação jurisdicional.

Além de abordar as implicações geradas nesse tipo de processamento das causas, a relevância jurídica, econômica e social e seus aspectos, o estudo tratará da responsabilidade civil e do direito do consumidor aplicados à tutela do adquirente de imóvel comprado “na planta” quando ocorre atraso na entrega.

Em seguida, terão enfoque as considerações acerca dos institutos jurídicos envolvidos e, posteriormente, as questões relativas à cláusula penal, aos lucros cessantes, à mora e ao inadimplemento, pelo atraso na entrega do imóvel objeto.

A metodologia utilizada é a da revisão bibliográfica, a fim de explorar os institutos de direito que possibilitaram tratar das matérias de maneira técnica, estudando os elementos que levaram os temas tratados a serem afetados ao rito de

juízo dos recursos repetitivos, aqueles envolvidos na controvérsia, bem como aqueles trazidos oportunamente na audiência pública relativa aos temas. A abordagem é qualitativa, portanto, considerando a repercussão, o alcance e a relevância econômica em tempos de precedentes diversos e não isonômicos nacionalmente.

## **1 A NECESSÁRIA SUBMISSÃO DA MATÉRIA AO RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA**

O crescimento e o desenvolvimento da sociedade evidenciam a expansão de relações sociais muito similares, como os observados nas relações de consumo, no fornecimento de produtos em grande escala e nas prestações de serviços padronizados. Em decorrência disso, surgem situações também semelhantes de ameaça ou de lesão a direitos das partes envolvidas nesses vínculos.

Nesse contexto, surgem relações jurídicas que, quando judicializadas, apresentam características semelhantes, o que se reflete nos conflitos de interesse entre as partes, nos direitos dos quais as partes são titulares, no pedido e na causa de pedir, gerando grande quantidade de processos levados ao Judiciário<sup>1</sup>, demonstrando que há correlação entre os interesses individuais homogêneos e o fenômeno da repetição de demandas<sup>2</sup>.

O Código de Processo Civil (CPC), Lei nº 13.105/2015<sup>3</sup>, então, inaugurou na legislação brasileira o instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), tratado no Capítulo VII, do art. 976 ao art. 997 do diploma normativo visando dar melhor tratamento jurisdicional às numerosas causas que versarem sobre controvérsias jurídicas análogas.

Dispõe a legislação brasileira que o IRDR é cabível quando houver, de forma conjunta, dois requisitos: a efetiva repetição de processos que apresentem controvérsia sobre idêntica questão de direito e que haja risco à isonomia e à segurança jurídica – verificado, oportunamente, pela existência de processos repetitivos sobre a mesma questão de direito nas quais haja decisões conflitantes, na primeira ou na segunda instâncias, e que isso caracterize risco a isonomia jurisdicional e à efetiva segurança jurídica<sup>4</sup>.

A finalidade do IRDR é promover uma prestação jurisdicional prática e adequada ao relevante quantitativo de demandas repetidas e que necessitam de um enfrentamento pelo judiciário para alcançar justiça eficiente e isonômica.

---

<sup>1</sup> MOREIRA, Barbosa. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. Revista de Processo, vol. 61, 1991, p. 187.

<sup>2</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 497.

<sup>3</sup> BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 01 jul. 2019.

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Vallisney de Souza. O Incidente de resolução de demandas repetitivas introduzido no direito brasileiro pelo novo Código de processo civil. Revista de Informação Legislativa, v. 53, n. 210, p. 66, abr./jun. 2016. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril\\_v53\\_n210\\_p63](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p63)>. Acesso em: 01 jul. 2019.

Oliveira esclarece de forma sucinta o IRDR:

O novo Código de Processo Civil brasileiro, em vigor desde 18 de março de 2016, criou o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), técnica de processamento e julgamento pelo tribunal de justiça ou pelo tribunal regional de causas civis repetitivas e idênticas propostas em diversos juízos, varas e comarcas, sobre matéria unicamente de direito, quando houver risco de violação à igualdade entre litigantes e à segurança jurídica. Apresentado o pedido de instauração do incidente pelas partes e por outros legitimados, cabe a órgão colegiado dizer se dá ou não prosseguimento no tribunal. Se admitido o IRDR, suspende-se a tramitação dos demais processos idênticos e, após ampla publicidade, faz-se o julgamento do mérito, quando serão criadas as teses jurídicas visando a uniformizar e pacificar a jurisprudência. Essa decisão do tribunal passa a ter efeitos erga omnes, valendo para todas as pretensões individuais ou coletivas idênticas no âmbito de atuação daquele tribunal.<sup>5</sup>

No que tange aos procedimentos, de forma concisa, a lei estabelece que exista ao menos uma demanda jurídica em tramitação no tribunal competente para que ele seja designado como caso piloto para instauração do incidente. Cabe frisar que o IRDR é incabível quando já houver sido afetado em tribunais superiores recurso a fim de fixar tese sobre a questão de direito material ou processual repetitiva. Câmara esclarece que:

[...] um incidente processual destinado a, através do julgamento de um caso piloto, estabelecer um precedente dotado de eficácia vinculante capaz de fazer com que casos idênticos recebam (dentro dos limites da competência territorial do tribunal) soluções idênticas, sem com isso esbarrar-se nos entraves típicos do processo coletivo. Através deste incidente, então, produz-se uma decisão que, dotada de eficácia vinculante, assegura isonomia (já que casos iguais serão tratados igualmente) e segurança jurídica (uma vez que, estabelecido o padrão decisório a ser observado, de forma vinculativa, pelos órgãos jurisdicionais em casos idênticos, será possível falar-se em previsibilidade do resultado do processo).<sup>6</sup>

Levando-se a controvérsia para as instâncias superiores, por meio de recursos especiais ou extraordinários, a afetação se dará nos termos do art. 1.036 do CPC/2015, que dispõe, de maneira análoga, que o mérito recursal ocorrerá por amostragem em relação aos recursos que versarem sobre idêntica questão jurídica, a partir da análise do mérito de recursos selecionados e que representem de maneira adequada a questão a ser tratada, cabendo ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem eleger os casos que melhor representem a questão e encaminhá-los ao STJ para afetação, devendo a tramitação dos demais recursos análogos ser

---

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Vallisney de Souza. O Incidente de resolução de demandas repetitivas introduzido no Direito brasileiro pelo novo Código de Processo Civil. Revista de Informação Legislativa, v. 53, n. 210, abr./jun. 2016, p. 63.

<sup>6</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 499.

suspensa a nível nacional (SIRDR), ao aguardo de um pronunciamento definitivo do STJ. Toda essa sistematiza organizada tem por finalidade dar à tutela jurisdicional celeridade, segurança jurídica e isonomia<sup>7</sup>.

Para dar publicidade ao tema e garantir o acesso a todos os interessados, o STJ disporá em seu sítio eletrônico da relação dos recursos especiais repetitivos representativos de controvérsia com suas respectivas questões de direitos tratadas, conforme dispõe em seu Regimento Interno (RISTJ):

A controvérsia representa, nos termos do art. 10 da Resolução CNJ n. 235/2016, o conjunto de recursos especiais recebidos pelo Superior Tribunal de Justiça indicados pelo tribunal de justiça ou pelo tribunal regional federal como representativo da controvérsia – RRC na forma do § 1º do art. 1.036 do Código de Processo Civil, a fim de possibilitar a afetação do(s) processo(s) pelo ministro do STJ ao rito dos recursos repetitivos. Ao admitir RRCs, o tribunal de origem inicia o controle para sobrestamento de demais processos no estado ou na região em que discutida a mesma matéria.<sup>8</sup>

Nos termos do art. 982, § 3º, do Código de Processo Civil, o Ministério Público, a Defensoria Pública e as partes do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) já instaurado poderão requerer ao Presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a mesma questão objeto do IRDR. Há, ainda, a possibilidade de a parte, independentemente dos limites da competência territorial, requerer a mesma providência ao Presidente do STF ou do STJ, desde que seu processo trate da mesma questão jurídica objeto do IRDR. Para tramitar esse pedido, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ) criou a classe processual suspensão em incidente de resolução de demandas repetitivas (SIRDR), regulamentada pelo art. 271-A do RISTJ, o qual estabelece que o Presidente do Tribunal poderá, “considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, suspender, em decisão fundamentada, todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente”.<sup>9</sup>

Atualmente, no que tange à matéria em apreço neste trabalho, conforme busca no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, existem 4.379 recursos especiais<sup>10</sup> cuja questão de direito cinge-se à possibilidade ou não de cumulação de lucros

<sup>7</sup> BRASIL. Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (nugep). Superior Tribunal de Justiça. Sobre Recursos Repetitivos. 2019. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Processos/Repetitivos-e-IAC/Saiba-mais/Sobre-Recursos-Repetitivos](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Processos/Repetitivos-e-IAC/Saiba-mais/Sobre-Recursos-Repetitivos)>. Acesso em: 02 jul. 2019.

<sup>8</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sobre Controvérsias. 2019. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Processos/Repetitivos-e-IAC/Saiba-mais/Sobre-Controv%C3%A9rsias](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Processos/Repetitivos-e-IAC/Saiba-mais/Sobre-Controv%C3%A9rsias)>. Acesso em: 02 jul. 2019.

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sobre Suspensão em IRDR. 2019. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Processos/Repetitivos-e-IAC/Saiba-mais/Sobre-Suspens%C3%A3o-em-IRDR](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Processos/Repetitivos-e-IAC/Saiba-mais/Sobre-Suspens%C3%A3o-em-IRDR)>. Acesso em: 02 jul. 2019.

<sup>10</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portaIpl/Inicio>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

cessantes com a cláusula penal quando há atraso na entrega do imóvel comprado “na planta” e cujo processamento foi sobrestado pelo STJ desde o dia que a matéria foi submetida ao rito dos recursos repetitivos, em 26/04/2017. O julgamento do recurso se deu no dia 08/05/2019 e a fixação da tese, após retificada a redação preliminar, se deu na sessão do dia 22/05/2019.

Os processos que se encontravam suspensos nos tribunais de origem até o pronunciamento da Corte Superior serão processados conforme dispõe o art. 1.040, do CPC/2015. O judiciário, a partir disso, dará tratamento igualitário às partes que estiverem diante de causas com a mesma questão de direito, levando o “padrão de racionalidade já definido pelo Judiciário em casos iguais ou similares”.<sup>11</sup>

### 1.1 TRANSCENDÊNCIA SOCIAL, ECONÔMICA E JURÍDICA DA MATÉRIA

A relevância das matérias tratadas é inquestionável. A grande demanda por imóveis nas últimas décadas, decorrência da expansão das cidades, dos programas sociais e dos financiamentos habitacionais, provocou contingências relacionadas às incorporadoras imobiliárias, por vezes já antecipadas na celebração do contrato de compra e venda ou de promessa, relativas à data de entrega do imóvel ou às penalidades quanto ao inadimplemento do vendedor.

A partir disso, surgiram implicações de cunho econômico, jurídico e social que se apresentam para os adquirentes de imóveis. Econômico, pois gera consequências financeiras importantes, tanto patrimoniais quanto extrapatrimoniais. Jurídico, porque cria divergências na resolução das demandas, dando à mesma questão de direito tratamentos diversos, afrontando princípios processuais constitucionais. Social, porquanto desencadeia um desequilíbrio na relação contratual extremamente relevante para o sistema social no qual o adquirente está inserido. Fato é que a complexidade técnica envolvida na análise dos temas tras põe quaisquer habituais divergências jurisprudenciais, facilmente dirimidas com a análise das questões de direito pelas Cortes Judiciais.

Assim sendo, o STJ optou por convocar audiência pública, nos termos do art. 185, inciso I, do RISTJ e art. 1.038, inciso II, do CPC/2015 com o objetivo de subsidiar o órgão julgador da Corte. A audiência pública conjunta foi realizada no dia 27 de

---

<sup>11</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 164.

agosto de 2018, com início às 11h, e ocorreu na Sala de Sessões da Segunda Seção do STJ. Houve a participação de diversos atores da sociedade, cuja relevância da participação pretendeu propiciar a apresentação de opiniões diversas relativas às matérias em questão. A manifestação de pessoas, órgãos ou entidades nos autos com interesse na controvérsia também foi admitida legalmente (art. 1.038, inciso I, do CPC/2015).

Em vista da transcendência social, econômica e jurídica, a reunião pública contou com a participação de pessoas com alto conhecimento técnico em suas áreas de atuação e representantes de setores de interesse temático, a fim de garantir pluralidade na composição da audiência e fornecer subsídio material aos julgadores, o que demonstra a grande relevância do tema e a consciência do impacto social que o posicionamento da Corte geraria.

## 1.2 A APLICABILIDADE DA LEI FEDERAL Nº 4.591/1964, DO DIREITO CIVIL E DO DIREITO DO CONSUMIDOR AO ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL

A incorporação imobiliária é regida pela Lei Federal nº 4.591/1964 e traz em seu art. 28, parágrafo único, os elementos para definição legal<sup>12</sup> desse negócio jurídico por meio do qual o incorporador se compromete a promover e a realizar a construção de edificação consistente de unidades autônomas para fins de alienação, independentemente de sua natureza ou destinação.

A Lei Federal trata de diversos elementos relacionados à incorporação imobiliária. Dentre eles, dispõe que o incorporador pode ser pessoa física ou jurídica<sup>13</sup> que, ainda que não efetue a construção, esteja vinculada à venda de frações ideais do terreno vinculados a unidades autônomas. Objetivamente, ainda estabelece que a

---

<sup>12</sup> BRASIL. Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964, Art. 28. Parágrafo único - Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações compostas de unidades autônoma.

<sup>13</sup> Ibid., Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromissse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, (VETADO) em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.

Parágrafo único. Presume-se a vinculação entre a alienação das frações do terreno e o negócio de construção, se, ao ser contratada a venda, ou promessa de venda ou de cessão das frações de terreno, já houver sido aprovado e estiver em vigor, ou pender de aprovação de autoridade administrativa, o respectivo projeto de construção, respondendo o alienante como incorporador.



iniciativa e a responsabilidade pelas incorporações apenas poderão ser do proprietário do terreno, do construtor ou de ente da Federação.

Ademais, o incorporador se obriga a realizar, pela leitura dos artigos, todos os procedimentos necessários à regular edificação das unidades habitacionais<sup>14</sup>, ou seja, deve providenciar a construção, não sendo necessário que isso se dê por seus próprios meios, podendo ser realizada por pessoa distinta<sup>15</sup>. Ainda assim, responderá pela obrigação de construir em sua integralidade<sup>16</sup>.

É um dos instrumentos mais populares para adquirir imóveis para fins de habitação, além da finalidade comercial em menor proporção. Ao longo das últimas décadas, programas nacionais de habitação e programas de crédito para financiamentos habitacionais para aquisição de imóveis sinalizam o aquecimento no setor. Contudo, a evolução das demandas temáticas do setor, ora relacionadas à economia, ora à regulação legal, demonstra que se trata de um segmento altamente dinâmico e sensível ao cenário socioeconômico a nível nacional.

Desta feita, o incorporador imobiliário, ao alienar as unidades autônomas, acaba por celebrar contrato de compra e venda, ou de promessa, constituindo uma relação de consumo entre ele, o incorporador, e o adquirente. As relações jurídicas que se estabelecem fazem com que os sujeitos se amoldem às qualificações contratuais definidas como fornecedor e consumidor<sup>17</sup>, fazendo incidir a Lei Federal nº 8.078/1990, que institui o Código de Defesa do Consumidor (CDC). O CDC define consumidor e fornecedor nos seguintes termos:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equiparam-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

<sup>14</sup> A regular edificação por meio de negócio jurídico qualificado como incorporação imobiliária segue diversos procedimentos formais, dentre os quais estão a formalização do próprio contrato com o adquirente com valor e prazo avençados, registro de memorial de incorporação com as características inerentes a cada fração ideal a ser vendida (art. 32), registro do contrato de alienação das unidades autônomas (art. 35, §4).

<sup>15</sup> CHALHUB, Melhim Namem. Da incorporação imobiliária. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 153.

<sup>16</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil, Art. 439. Aquele que tiver prometido fato de terceiro responderá por perdas e danos, quando este o não executar.

<sup>17</sup> BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. Incorporação imobiliária à luz do CDC. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 237.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista<sup>18</sup>

O conceito de fornecedor trazido pelo art. 3º, supramencionado, agasalha a descrição de incorporador imobiliário feita nos já mencionados arts. 28 e 29 da Lei Federal nº 4.591/1964. Senão vejamos, o incorporador é o sujeito da relação contratual, pessoa física ou jurídica (função que o art. 31 excepciona), que, de maneira não eventual, se obriga a promover a edificação de terreno dividido em frações ideais que são comercializadas no mercado imobiliário, observando todos os procedimentos dispostos na lei que regula essa atividade, executa o projeto e as atividades a ele relacionadas e, ao final, auferir lucro. As atividades desempenhadas se revestem do caráter empresarial como leciona Coelho<sup>19</sup>:

Empresário é definido na lei como o profissional exercente de “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (CC, art. 966)<sup>20</sup>. Destacam-se da definição as noções de profissionalismo<sup>21</sup>, atividade econômica organizada e produção ou circulação de bens ou serviços.

Conforme a Associação Brasileira de Incorporação Imobiliária (ABRAINCO), a comercialização de unidades autônomas tal como vem ocorrendo nas últimas décadas demonstra que empreendimentos dessa natureza destinam suas unidades mais à finalidade habitacional do que comercial. O adquirente, na maior parte dos casos, é a pessoa física ou jurídica que compra o imóvel e o utiliza para constituir moradia, de sorte que o imóvel não integra algum tipo de cadeia mercantil a fim de obter lucro.

<sup>18</sup> BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2019.

<sup>19</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial: direito de empresa. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30.

<sup>20</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil, Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

<sup>21</sup> O autor, na mesma obra, segue esclarecendo os pontos por ele destacados, os quais reforçam a caracterização de do incorporador como fornecedor da relação consumerista que se instaura: Profissionalismo – O exercício profissional de certa atividade é associada três aspectos: habitualidade, pessoalidade e monopólio das informações que o empresário detém sobre o produto ou serviço objeto de sua empresa. O autor reforça que “este é o sentido com que se costuma empregar o termo no âmbito das relações de consumo. Não se considera profissional quem realiza tarefas de modo esporádico”; Atividade econômica organizada – O empresário é o exercente profissional de uma atividade econômica organizada (aqui entendida como atividade empresarial) que visa obter lucro em favor de quem a explora; Produção de bens – “é fabricação de produtos ou mercadorias”. Toda atividade de indústria é, por definição, empresarial. COELHO, op. cit.

O CDC, a seu turno, surgiu em meio a um contexto social no qual o consumidor estava exposto aos excessos praticados pelos fornecedores, os quais muitas vezes tinham suas atividades amparadas por lei. Com a entrada em vigor do CDC, desde a década de 1990, os direitos básicos dos consumidores foram legitimados e houve um incremento nos mecanismos de proteção direcionados aos consumidores de produtos e serviços como usuários finais na relação de consumo.

Consta da exposição de motivos da lei que instituiu o CDC que a intenção maior é coibir as irregularidades praticadas nas relações comerciais, bem como equilibrar a desigualdade entre consumidor e fornecedor, que fica sujeito às penalidades determinadas pelo diploma normativo<sup>22</sup>. Da mesma forma, busca integrar seu regramento ao da Lei Federal que disciplina a incorporação Imobiliária e, ainda que a Lei Federal nº 4.591/1964 possua sua própria sistemática protetiva ao adquirente, isso não significa um afastamento da proteção dada pelo CDC<sup>23</sup>.

Nessa esteira, o STJ adota o “diálogo das fontes” a fim de dar maior proteção à parte mais frágil da relação consumerista. Assim, no CDC, os dispositivos que efetivamente salvaguardem com maior adequação os direitos do adquirente prevalecerão sobre qualquer dispositivo da lei especial, tanto em relação à cronologia (lei posterior), quanto ao critério da lei mais benéfica ao consumidor, justificando a incidência do CDC em detrimento da Lei da Incorporação. Senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO INCAPAZ DE ALTERAR O JULGADO. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. RESPONSABILIDADE PELO VÍCIO DO SERVIÇO. SOLIDARIEDADE. CADEIA DE FORNECEDORES. INOVAÇÃO RECURSAL. DESCABIMENTO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. SÚMULA Nº 83/STJ. INCIDÊNCIA. JULGADO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.

1. As razões do presente agravo são totalmente dissociadas daquelas trazidas no recurso especial, de modo que a inovação recursal impede o conhecimento do pleito.

**2. Em que pese o contrato de incorporação ser regido pela Lei nº 4.591/64, admite-se a incidência do Código de Defesa do Consumidor, devendo ser observados os princípios gerais do direito que buscam a justiça contratual, a equivalência das prestações e a boa-fé objetiva, vedando-se o locupletamento ilícito.**

**3. O incorporador, como impulsionador do empreendimento imobiliário em condomínio, atrai para si a responsabilidade pelos danos que possam resultar da inexecução ou da má execução do contrato de**

<sup>22</sup> BRASIL. Comissão Diretora. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n. 281, de 2012. 2015. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=49FF2F6E4D90B219C145049EF204D41D.proposicoesWebExterno2?codteor=1408274&filename=PL+3514/2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=49FF2F6E4D90B219C145049EF204D41D.proposicoesWebExterno2?codteor=1408274&filename=PL+3514/2015)>. Acesso em: 02 jul. 2019.

<sup>23</sup> Ibid.

**incorporação, incluindo-se aí os danos advindos de construção defeituosa.**

4. Para prevalecer a pretensão em sentido contrário à conclusão do tribunal de origem, que entendeu configurada a responsabilidade da imobiliária pelos prejuízos causados aos condôminos em virtude da inexecução das obras do edifício decorrente da alienação dos lotes em disputa, mister se faz a revisão do conjunto fático-probatório dos autos, o que, como já decidido, é inviabilizado, nesta instância superior, por Súmula nº 7/STJ.

5. Estando o acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte, tem incidência a Súmula nº 83/STJ, aplicável por ambas as alíneas autorizadas.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1006765/ES, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 12/05/2014)

Os excessos e ilegalidades cometidos na relação consumerista decorrentes de contrato de aquisição de imóvel em regime de incorporação imobiliária cingem-se à esfera da responsabilidade civil e o presente estudo corre em torno da responsabilidade contratual e extracontratual do construtor quando ocorre atraso na entrega do empreendimento e, por consequência, do imóvel adquirido.

## 2 OS LUCROS CESSANTES E A CLÁUSULA PENAL

### 2.1 ASPECTOS GERAIS RELACIONADOS

Antes de tratar dos aspectos jurídicos relacionados aos lucros cessantes e à cláusula penal, importa tratar dos aspectos gerais sobre o contrato de compra e venda e as obrigações nele encerradas.

Desta feita, este capítulo inicia tratando da latente função social do contrato, que não pode ser considerada apenas sob a ótica jurídica. Para Roppo, os contratos “refletem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações económico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental”<sup>24</sup>. Ou seja, não só apresentam expressão económica, mas vão além, possuindo função política, social e jurídica, o que se reflete na transcendência temática da qual se trata aqui.

A satisfação das vontades individuais dos contratantes é o objetivo da celebração contratual e, portanto, cabe aqui fazer uma distinção entre o objeto do negócio jurídico firmado, ou seja, do contrato, e entre o objeto do direito envolvido.

O objeto do direito é aquilo que está contido na esfera de interesse do seu titular, em sendo direito real, é aquilo do qual seu titular poderá desfrutar materialmente. Difere do direito pessoal, pois esse tem por objeto um comportamento, o comportamento daquele que deve, ainda que este seja apenas meio pelo qual seja possível usufruir da coisa.

Quanto ao objeto do contrato, Gomes entende que:

o objeto do contrato não é a prestação nem o objeto desta. A prestação é objeto da obrigação e seu objeto tanto pode ser a entrega de uma coisa como o exercício de uma atividade ou a transmissão de um direito. Objeto do contrato é o conjunto dos atos que as partes se comprometeram a praticar, singularmente considerados, não no seu entrosamento finalístico, ou, por outras palavras, as prestações das partes, não o intercâmbio entre elas, pois este é a causa.<sup>25</sup>

Daí se percebe que o objeto do contrato tanto pode ser uma prestação de dar, de fazer ou de não fazer. Assim sendo, em contratos com repercussões patrimoniais, os efeitos jurídicos desejados pelas partes e o objeto do contrato se constituem no mesmo objeto das obrigações que advierem da celebração acordada.

---

<sup>24</sup> ROPPO, Enzo. O Contrato. Traduzido por Ana Coimbra. Coimbra: Almedina, 1988. p. 7.

<sup>25</sup> GOMES, Orlando. Contratos. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 65.

As obrigações civis, por seu turno, dentre outras, abrangem as obrigações de dar, de fazer e de não fazer. Aqui, trataremos apenas das obrigações de dar e de fazer, relacionadas ao tema maior. As obrigações de dar encontram-se dispostas nos arts. 233 a 246, do Código Civil de 2002. Para Coelho<sup>26</sup>, a obrigação de dar (*obligatio ad dandum*) consiste na entrega de alguma coisa pelo sujeito passivo ao sujeito ativo<sup>27</sup>. Dentre as obrigações de dar, estão as de dar coisa certa e de dar coisa incerta. No caso de dar coisa certa, o sujeito passivo se compromete a dar coisa individualizada e especificada já desde o momento da constituição da obrigação<sup>28</sup>.

As obrigações de fazer (*obligatio ad faciendum*)<sup>29</sup> são tratadas nos arts. 247 a 249, do Código Civil de 2002, e se constituem no cumprimento de uma atividade, uma atribuição, um fazer pelo sujeito passivo ao sujeito ativo, não se confundindo com a obrigação de dar. A obrigação de fazer pode ser classificada de dois modos: fungível ou infungível, esta última é a que aqui nos interessa. Tartuce conceitua a obrigação de fazer infungível como “aquela que tem natureza personalíssima (*intuitu personae*), em decorrência de regra constante do instrumento obrigacional ou pela própria natureza da prestação”<sup>30</sup>.

Lôbo compreende o contrato de compra e venda como um contrato bilateral, por meio do qual uma parte se obriga a transferir um bem à outra mediante contraprestação pecuniária<sup>31</sup>. O contrato de compra e venda de imóveis,

---

<sup>26</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil – Vol. 2 – Obrigações e Responsabilidade Civil, 5. ed. Saraiva, 2012, p. 96.

<sup>27</sup> O autor esclarece que nas obrigações de dar, a prestação devida pelo sujeito passivo consiste em entregar alguma coisa para o sujeito ativo. A expressão técnica que identifica o ato de entrega é “tradição”. Quando o devedor se obriga a dar uma coisa ao credor, a tradição representa a execução da obrigação. Antes da tradição, a obrigação ainda não se cumpriu; após, estará cumprida”. Ainda acrescenta que “a coisa pertence ao patrimônio do devedor e, ao ser entregue ao credor, passa ao patrimônio deste. Há, neste caso, transferência do domínio sobre a coisa, do sujeito passivo para o ativo. É o caso da obrigação do vendedor, que, ao entregar a coisa vendida ao comprador, transfere-lhe a propriedade. Chama-se esta primeira hipótese de obrigação de transferir o domínio ou, mesmo, de dar estrito senso.”

<sup>28</sup> COELHO, op. cit., p. 99.

<sup>29</sup> TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil – v. 2. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 98-99.

<sup>30</sup> Ainda nessa esteira, o autor nos esclarece que “O art. 247 do CC trata da última modalidade de obrigação de fazer. Nesta, negando-se o devedor ao seu cumprimento, a obrigação de fazer converte-se em obrigação de dar, devendo o sujeito passivo arcar com as perdas e danos, incluídos os danos materiais (arts. 402 a 404 do CC) e os danos morais (art. 5.º, incs. V e X, CF/1988).” TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil – v. 2. 14. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019, p. 98-99.

<sup>31</sup> O autor ainda nos esclarece que “normalmente, a compra e venda corresponde a um contrato de execução instantânea, quando a prestação do comprador sucede à do vendedor, no mesmo instante, mas pode assumir características de contrato de execução duradoura (continuada ou diferida). A execução é continuada em contratos de fornecimento (água, luz, gás), pois a prestação de dar o preço é correspondente ao consumo realizado em cada período medido. É diferida quando o preço

especialmente distinto no caso em apreço, pressupõe unificação entre a compra e a venda empresarial e a civil, que pode diferenciar-se em relação à finalidade do bem objeto do contrato: se servir à revenda, será compra e venda comercial; se à consumo final, será compra e venda destinada a particulares, como contrato cotidiano<sup>32</sup>.

Assim sendo, no que tange aos contratos de compra e venda ou de sua promessa, as obrigações de dar coisa certa (bem imóvel) e a obrigação de pagar quantia certa (valor do bem imóvel)<sup>33</sup> se constituem em suas obrigações contratuais. Importa dizer que a celebração de contrato de compra e venda, ou de promessa de unidade imobiliária em construção, faz gerar entre as partes contratantes vínculo jurídico.

Sendo o contrato de compra e venda de bem imóvel obrigação de dar e de fazer conjugadas, tem-se que o adimplemento contratual regular se dá pela entrega do imóvel ao preço e tempo acordados em troca da contraprestação de pagar quantia certa. Assim, estamos diante do que a doutrina chama de satisfação da obrigação, que nada mais é que o cumprimento das prestações devidas pelas partes, o seu adimplemento<sup>34</sup>.

---

determinado é dividido em várias prestações. O contrato de fornecimento contínuo de coisas é espécie do gênero compra e venda, no direito brasileiro, situação que não se modificou com o advento do CC/2002. O contrato de fornecimento pode ser aberto quanto ao objeto e, sobretudo, quanto à quantidade do que se vai fornecer. Considera-se devido o que seja necessário, no momento do consumo, em quantidade e qualidade. O preço é correspondente ao que efetivamente foi consumido pelo comprador e às alterações decorrentes de mudanças de qualidade, de aplicação de índices de atualização monetária ou de outras circunstâncias que tenham previsão no contrato. Não se considera compra e venda os contratos de fornecimento de serviços. Considera-se compra e venda de coisas genéricas o contrato de fornecimento de coisas fungíveis com prestações sucessivas ou periódicas.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil - volume 3: contratos. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 152-153.

<sup>32</sup> Ibid., p. 153-154.

<sup>33</sup> Na mesma obra, Orlando Gomes esclarece que: “compra e venda é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a transferir a propriedade de uma coisa à outra, recebendo, em contraprestação, determinada soma de dinheiro ou valor fiduciário equivalente. Seu fim específico é a alienação de um bem. As pessoas que o celebram têm a intenção, respectivamente, de transferir e adquirir a propriedade.” Em alguns sistemas jurídicos, o contrato de compra e venda produz, por si só, efeito translativo. Em outros, porém, não é meio hábil para transmitir a propriedade, limitando-se a gerar a obrigação de transferi-la. Naqueles, tem efeitos reais; nestes, puramente obrigacionais, servindo apenas como título de aquisição da propriedade, que se realiza mediante um dos modos previstos na lei, mas independentemente do outro negócio jurídico. Outros, no entanto, exigem a realização de novo ato para que a propriedade se transmita, abstraindo a causa translativo, de modo que a compra e venda se reduz à obrigação de prestar uma coisa, assumida por um dos contratantes, e à obrigação de contraprestar dinheiro, contraída pelo outro.”

<sup>34</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil - volume 2: obrigações. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 188.

## 2.2 O LUCRO CESSANTE

### 2.2.1 Conceito e previsão legal

Os lucros cessantes são o acréscimo patrimonial do qual o credor restou privado em consequência do inadimplemento do devedor, frustrando o enriquecimento material do credor<sup>35</sup>. Ou seja, é não auferir o ganho que razoavelmente se espera em decorrência da interrupção das atividades desenvolvidas pela pessoa lesada com finalidade produtiva ou lucrativa<sup>36</sup>.

São caracterizados como danos ao patrimônio, porquanto atingem bens que integram o patrimônio da pessoa lesada e que podem ser considerados economicamente, ainda que porvindouros<sup>37</sup>; ademais, podem se referir tanto a lucro cuja origem seja um fato quanto um direito da pessoa lesada<sup>38</sup>. É a mensuração entre o estado do patrimônio antes do dano e o estado em que estaria se o dano não houvesse ocorrido<sup>39</sup>.

O dano, a seu turno, se constitui, objetivamente, em "lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc."<sup>40</sup>

Dessa forma, os ganhos e lucros esperados do curso regular da vida patrimonial da pessoa lesada, prejudicados pelo fato ilícito, serão considerados como lucros cessantes, não sendo necessário já existirem no momento da lesão<sup>41</sup>. Aqui também se enquadram os prejuízos futuros, identificados como aqueles que são rigorosamente esperados<sup>42</sup>.

---

<sup>35</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 478.

<sup>36</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 105.

<sup>37</sup> MARTINS-COSTA, op. cit., p. 103-104.

<sup>38</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, tomo XXII, p. 214.

<sup>39</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 156.

<sup>40</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 103.

<sup>41</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, tomo XXVI, p. 47.

<sup>42</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Princípio da Reparação Integral: Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 187.



Cabe destacar que os lucros cessantes devem ser formalmente comprovados para fins de indenização, de modo que se permita quantificar o proveito econômico caso não ocorresse a conduta que deu causa ao dano<sup>43</sup>.

O STJ compreende que, “para o deferimento de lucros cessantes, é imprescindível a efetiva demonstração do prejuízo, que deve partir de previsão objetiva de lucro, frustrada em decorrência direta da obrigação inadimplida<sup>44</sup>” e, ainda, que “a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, para a concessão de indenização por perdas e danos com base em lucros cessantes, faz-se necessária a comprovação dos prejuízos sofridos pela parte<sup>45</sup>.

Eles estão inseridos dentro do estudo das obrigações (Livro I, Título IV, Capítulo III) no sistema jurídico brasileiro e estão previstos, na legislação, no art. 402 e ss. do Código Civil, integrando, juntamente como os danos emergentes, as perdas e danos de que tratam os dispositivos.

Os lucros cessantes surgem da obrigação de indenizar em razão de um inadimplemento contratual ou da prática de um ato ilícito, nos termos do art. 403 do Código Civil. Além disso, o dispositivo destaca a razoabilidade dos lucros cessantes, que diz respeito à sua probabilidade de ocorrência e adequação<sup>46</sup>. Ainda, a relação entre a lesão e o dano é direta e imediata, como leciona Lôbo:

---

<sup>43</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Direito Civil: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 170-171.

<sup>44</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1232773, Terceira Turma. Recorrente: SP. Relator: João Otávio De Noronha. Brasília, DF, 18 de março de 2014. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 03 abr. 2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1640182&num\\_registro=201602009911&data=20171010&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1640182&num_registro=201602009911&data=20171010&formato=HTML)>. Acesso em: 2 jul. 2019.

<sup>45</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1473437, Quarta Turma. Recorrente: GO. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 07 de junho de 2016. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 28 jun. 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1640182&num\\_registro=201602009911&data=20171010&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1640182&num_registro=201602009911&data=20171010&formato=HTML)>. Acesso em: 2 jul. 2019. Ver ainda: “O Superior Tribunal de Justiça tem a orientação firme de que é necessária a efetiva comprovação da ocorrência dos lucros cessantes e dos danos emergentes, não se admitindo indenização baseada em cálculos hipotéticos nem cálculos por presunção ou dissociados da realidade” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1496018, Terceira Turma. Recorrente: MA. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 17 de maio de 2016. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 06 jun. 2016) e “A configuração dos lucros cessantes exige mais do que a simples possibilidade de realização do lucro, requer probabilidade objetiva e circunstâncias concretas de que estes teriam se verificado sem a interferência do evento danoso, não podendo subsistir a condenação ao pagamento de lucros cessantes baseada em meras conjecturas e sem fundamentação concreta” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1658754, Terceira Turma. Recorrente: PE. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 14 de agosto de 2018. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 23 ago. 2018).

<sup>46</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 103.

O Código Civil brasileiro (art. 403) apenas previu como indenizável o dano direto (causalidade direta e imediata), ao estabelecer que, mesmo no caso de dolo, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito direto e imediato da inexecução da obrigação. Não há regra explícita a respeito da responsabilidade extranegocial, uma vez que o CC, art. 403, integra o conjunto de normas relativas ao "inadimplemento das obrigações" (Título IV), mas idêntica norma existente no CC de 1916 era entendida como extensiva àquela, permanecendo essa orientação.<sup>47</sup>

Por fim, também se verifica aqui que o efeito direito e imediato, que consta do mencionado art. 403, busca identificar objetivamente a causa do dano<sup>48</sup>, sendo aquela que deu causa ao dano<sup>49</sup>, sem rompimento do nexo causal por novo fato que substitua os anteriores<sup>50</sup>. Nesse sentido, o STJ se posiciona nos seguintes termos:

Somente rende ensejo à responsabilidade civil o nexo causal demonstrado segundo os parâmetros jurídicos adotados pelo ordenamento, vigorando no direito civil pátrio, sob a vertente da necessidade, a "teoria do dano direto e imediato", também conhecida como "teoria do nexo causal direto e imediato" ou "teoria da interrupção do nexo causal"<sup>51</sup>.

## 2.2.2 Ato ilícito, inadimplemento e tipos de danos

As perdas e danos devidos são entendidos como a importância (valor) proporcional aos prejuízos experimentados em decorrência de um inadimplemento ou da execução de um ato ilícito, conforme art. 927 do Código Civil, e que comporá o *quantum* indenizatório<sup>52</sup>.

Nos termos do art. 402: "salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar".

<sup>47</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil – volume 2: obrigações. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 346.

<sup>48</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Direito Civil: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 372-373.

<sup>49</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 214.

<sup>50</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 184.

<sup>51</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1154737, Quarta Turma. Recorrente: MT. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 21 de outubro de 2010. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 07 fev. 2011. Ver também: "somente rende ensejo à responsabilidade civil o nexo causal demonstrado segundo os parâmetros jurídicos adotados pelo ordenamento. Nesse passo, vigora do direito civil brasileiro (art. 403 do CC/02 e art. 1.060 do CC/16), sob a vertente da necessidade, a teoria do dano direto e imediato, também conhecida como teoria do nexo causal direto e imediato ou teoria da interrupção do nexo causal". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1113804, Quarta Turma. Recorrente: RS. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 27 de abril de 2010. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 24 jun. 2010).

<sup>52</sup> MARTINS-COSTA, op. cit., p. 470.

O ato ilícito está previsto nos arts. 186 e 187 do Código Civil e gera o dever de reparar disposto no art. 927 do mesmo diploma normativo. A responsabilidade civil provém do ilícito civil e, para os fins que se pretende neste estudo, a que nos é interessante é a responsabilidade civil surgida da relação negocial contratual, independente de culpa, na qual se inserem os contratos de compra e venda de imóvel, ou sua promessa.

A responsabilidade civil contratual ou negocial nasce de um descumprimento da obrigação, da inobservância de determinado dispositivo estabelecido em contrato. Difere da responsabilidade civil extracontratual, ou aquiliana, porquanto nesta o descumprimento é de norma que regula a vida de modo geral, não estipulada entre partes contratantes<sup>53</sup>.

Da relação contratual se espera o pleno cumprimento das obrigações ali previamente estabelecidas. Havendo o regular adimplemento, cumprem-se os débitos, contudo, quando ocorre inadimplemento contratual, surge o dever de indenizar a contraparte pelas perdas e danos experimentados<sup>54</sup>, previsto no âmbito do direito das obrigações, como dispõe o art. 398 do Código Civil<sup>55</sup>.

Cabe lembrar que a responsabilidade civil brasileira é subjetiva mas, a responsabilidade civil do incorporador, em quaisquer das duas modalidades, quando integra relação consumerista, é objetiva (independe de culpa *lato sensu*)<sup>56</sup>, e a reparação do prejuízo material tem o condão de proporcionar o resultado econômico que a parte lesada alcançaria caso houvesse o adequado adimplemento contratual<sup>57</sup>. A reparação dos danos sofridos é direito do consumidor e está prevista no art. 6, inciso VI, do CDC<sup>58</sup>.

Já o inadimplemento se refere ao descumprimento de uma obrigação firmada entre partes, contrariando o princípio *pacta sunt servanda*. O inadimplemento pode

---

<sup>53</sup> TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil – v. 2. 14. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019, p. 448.

<sup>54</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: contratos. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. (v. 4), p. 520-521.

<sup>55</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil, Art. 389: "Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogados."

<sup>56</sup> ALMEIDA, João Batista de. Manual de direito do consumidor. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 85

<sup>57</sup> FARBER, Daniel. Reassessing the economic efficiency of compensatory damages for breach of contract. Virginia Law Review, Charlottesville, v. 66, 8, p. 1443-1484, nov./dez. 1980, p. 1443.

<sup>58</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 75.

ser absoluto ou relativo e se diferenciam com base no proveito que a obrigação ainda tem para a parte lesada.

O primeiro se dá quando o cumprimento não é mais conveniente ao credor, não podendo mais ser adimplida; o segundo, ocorre quando há descumprimento parcial, mas ainda é possível cumprir com o restante do acordado entre as partes<sup>59</sup>. O inadimplemento caracterizado pela mora é o atraso temporal no cumprimento da obrigação, o retardamento da prestação, mas que ainda é útil ao credor. A mora está conceituada do art. 394 do Código Civil da seguinte forma: “considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.”

O atraso na entrega do imóvel constitui inadimplemento relativo constituído pela mora se a obrigação ainda é útil ao credor, e suas implicações estão descritas nos arts. 395 a 401 do Código Civil. Ademais, a doutrina ensina sobre o art. 397<sup>60</sup> do diploma legal que a mora em relação ao termo da obrigação é “o atraso, o retardamento ou a imperfeita satisfação obrigacional”<sup>61</sup>.

Diante disso, percebe-se que a obrigação é adimplida, mas com retardo, sendo possível quantificar a extensão das perdas e dos danos experimentados nos termos do art. 402 do Código Civil que os qualifica em danos emergentes e lucros cessantes<sup>62</sup>.

Quanto às perdas e danos provenientes, seja do ilícito civil seja do inadimplemento, estes podem ser de natureza patrimonial (material) ou extrapatrimonial (moral), que estão dispostos no arts. 944 e ss. no Capítulo II do Título IX, que trata da indenização devida após a apuração dos prejuízos e liquidação dos danos.

Já da literalidade da redação legal se extrai que os danos emergentes são o que “efetivamente perdeu”, ou seja, é o prejuízo material havido no momento do dano. Enquanto os lucros cessantes são o que a parte lesada deixou de ganhar a partir do evento. Lôbo assim leciona:

---

<sup>59</sup> TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil – v. 2. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 297.

<sup>60</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil, Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

<sup>61</sup> TARTUCE, op. cit, p. 308.

<sup>62</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil, Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Lucros cessantes são os ganhos e rendimentos que o credor deixou de razoavelmente auferir, ou redução patrimonial, em virtude do fato ilícito ou inadimplemento. Todo ganho frustrado pelo dano, ou seja, o que seria de esperar-se, constitui lucros cessantes. Não há necessidade de já existir no momento da lesão ou do não adimplemento, dada sua natureza de direito expectativa, obstado de se realizar pelo fato lesivo. **A razoabilidade prende-se às circunstâncias normais, ao curso normal das coisas.**<sup>63</sup>

Assim sendo, o lucro cessante, no caso de atraso na entrega do imóvel, não se caracteriza como o lucro que o consumidor adquirente deixou de auferir, como se se assemelhasse a um rendimento ou a atividade de cunho econômico, mas compreende, ademais, os valores relativos à não fruição do produto enquanto durar a mora do incorporador<sup>64</sup>.

### 2.2.3 Mitigação ao princípio da *restitutio in integrum*

Como já mencionado, as circunstâncias nas quais há o dever de indenizar são caracterizadas pela inobservância de norma geral ou contratual que acarrete dano a outrem.

Os arts. 927 a 943 do Código Civil tratam das hipóteses nas quais há obrigação de uma pessoa indenizar outra por causar-lhe dano (*an debeat*). Os seguintes, arts. 944 a 954 do mesmo diploma legal dispõem sobre a quantificação da indenização (*quantum debeat*).

Nesse ponto, o art. 944, instituto inaugurado pelo Código Civil de 2002, introduz no ordenamento jurídico regra clara e objetiva quanto à mensuração da indenização devida: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. Sobre o dispositivo, leciona Stocco:

Também o parágrafo único desse artigo, segundo nos parece, rompe com a teoria da *restitutio in integrum* ao facultar ao juiz reduzir, equitativamente, a indenização se houver ‘excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano’. Ao adotar e fazer retornar os critérios de graus da culpa obrou mal, pois o dano material não pode sofrer influência dessa gradação se comprovado que o agente agiu culposamente ou que há nexos de causa e efeito entre a conduta e o resultado danoso, nos casos de responsabilidade objetiva ou sem culpa.<sup>65</sup>

<sup>63</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil - volume 2: obrigações. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 275.

<sup>64</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1355554, Terceira Turma. Recorrente: RJ. Relator: Sidnei Beneti. Brasília, DF, 06 de dezembro de 2012. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 04 fev. 2013.

<sup>65</sup> STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil – Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial. 5. ed. São Paulo: RT, 2001, pág. 13.

O princípio da reparação total (*restitutio in integrum*), previsto no Código de 1916 em seu art. 1.059, é o norteador da responsabilidade civil. No Código Civil de 2002, contudo, o parágrafo único do dispositivo excepciona o *caput* e acrescenta uma mitigação ao antecipar “que se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”, haja vista que o princípio, no diploma revogado, tinha o condão de fazer repor o prejuízo material sofrido pelo credor integralmente.<sup>66</sup> Melhor esclarece Facchini Neto o princípio:

Referido capítulo segundo abre-se com uma declaração de princípio, segundo a qual a indenização mede-se pela extensão do dano (art. 944). Uma regra semelhante não existia, de forma expressa, no Código de 1916. Todavia, a novidade é apenas aparente, pois tal princípio sempre foi acatado doutrinária e jurisprudencialmente, já que corresponde à clássica função reparatória da responsabilidade civil. Como sempre se entendeu que a função primordial da responsabilidade civil seria aquela de indenizar (tornar indene, do latim indemne, ou seja, que não sofreu dano ou prejuízo; íntegro, ileso, incólume) a vítima, logicamente uma tal função seria obtida mediante aplicação do princípio da *restitutio in integrum*, ressarcindo-se a vítima de todos – e tão somente – os prejuízos sofridos.<sup>67</sup>

O princípio da reparação integral abarca não só o dano emergente, proveniente dos prejuízos causados aos bens que compunham o patrimônio da pessoa lesada, mas também os lucros cessantes, entendido como o *quantum* que a vítima razoavelmente deixa de aferir por conta do ato ilícito contratual ou extracontratual.

Entretanto, a intenção do legislador quando da redação do art. 944, do Código Civil, foi criar um parâmetro de atuação para o magistrado, de modo que a indenização devida após apuração da totalidade dos prejuízos sofridos pelo credor não se configure desarrazoada e não extrapole a capacidade econômica do devedor.<sup>68</sup>

Ou seja, o Código Civil de 2002 trouxe um mecanismo de equidade que faculta ao juiz, diante do caso concreto, a possibilidade de equiparar o *quantum* indenizatório adequado à responsabilidade objetiva do devedor no caso. Em relação à obrigação principal inadimplida, leciona Tartuce:

---

<sup>66</sup> RIOS, Arthur Edmundo Sousa. Responsabilidade Civil; os novos conceitos indenizáveis no projeto Reale. In: SEMINÁRIO SOBRE O PROJETO DO NOVO CÓDIGO CIVIL, 10 (1-2), 1985, Goiânia. Seminário sobre o projeto do novo código civil. Goiânia: UFG, 1985. p. 67-85. Disponível em: <<https://repositorio.bc.ufg.br/bitstream/ri/14044/5/Artigo%20-%20Arthur%20Edmundo%20Sousa%20Rios%20-%201986.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

<sup>67</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, v. 76, n. 1, 2010, p. 17-63.

<sup>68</sup> RIOS, Arthur Edmundo Sousa. Responsabilidade Civil; os novos conceitos indenizáveis no projeto Reale. In: SEMINÁRIO SOBRE O PROJETO DO NOVO CÓDIGO CIVIL, 10 (1-2), 1985, Goiânia. Seminário sobre o projeto do novo código civil. Goiânia: UFG, 1985. p. 67-85. Disponível em: <<https://repositorio.bc.ufg.br/bitstream/ri/14044/5/Artigo%20-%20Arthur%20Edmundo%20Sousa%20Rios%20-%201986.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

Nos termos do art. 412 da atual codificação privada, que reproduz o art. 920 do CC/1916, o limite da cláusula penal é o valor da obrigação principal. Tal valor não pode ser excedido e, se isso acontecer, o juiz pode determinar, em ação proposta pelo devedor, a sua redução. A nosso ver, pela regra contida nesse dispositivo, pode ser subentendido o princípio da função social dos contratos e da obrigação, cabendo eventual decretação *ex officio* da redução.<sup>69</sup>

Na jurisprudência do STJ, esse princípio é entendido:

À luz do princípio *restitutio in integrum*, consagrado no art. 395 do Código Civil/2002, imputa-se ao devedor a responsabilidade por todas as despesas a que ele der causa em razão da sua mora ou inadimplemento, estando o consumidor, por conseguinte, obrigado a ressarcir os custos decorrentes da cobrança de obrigação inadimplida.<sup>70</sup>

Deveras, o princípio da *restitutio in integrum*, informada pela máxima consagrada de que ninguém deve enriquecer à custa alheia (*nemo locupletari potest alterius jactura*) o que produziria o desnível ou descompensação entre dois patrimônios, um elevando-se, outro diminuindo, sem causa justificadora, impõe-se solução jurídica adequada, reconduzir o prejudicado à situação anterior ao dano.<sup>71</sup>

No caso, em relação aos prejuízos sofridos pelo comprador adquirente no caso de inadimplemento por mora, é de cautela para manutenção do equilíbrio contratual que, ao responsabilizar a incorporadora pelos prejuízos provenientes da não fruição do imóvel no termo, os quais podem ser imprevisíveis no tempo, o magistrado considere a proporcionalidade prevista no caput do art. 944 do Código Civil.

## 2.3 A CLÁUSULA PENAL

### 2.3.1 Cotejo histórico

A cláusula penal é um tipo de sanção entre particulares que data de períodos anteriores ao Direito Romano<sup>72</sup>. Em Roma, entretanto, sua utilização foi mais bem desenvolvida. A *stipulatio* romana era basicamente uma pactuação de obrigações entre partes, mas, se a intenção era estipular uma penalidade em favor do credor<sup>73</sup>

<sup>69</sup> TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil – v. 2. 14. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019, p. 364.

<sup>70</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1361699, Terceira Turma. Recorrente: MG. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 12 de setembro de 2017. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 21 set. 2017.

<sup>71</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Rescisória nº 1.438, Primeira Seção. Recorrente: PR. Relator: Luiz Fux. Brasília, DF, 14 de abril de 2004. Diário de Justiça. Brasília, 10 maio 2004. p. 158.

<sup>72</sup> ZOPPINI, Andrea. La pena contrattuale. Milão: Guiffre, 1991, p.24.

<sup>73</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil: obrigações em geral, volume II. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 188.

pelo não cumprimento da obrigação prevista na *stipulatio*, a pena recebia a nomenclatura de *stipulatio poenae*<sup>74</sup>. A *stipulatio poenae* era formalizada por meio de uma pergunta feita pelo credor ao devedor, cuja resposta era *spondeo*<sup>75</sup>, feita após assumir a obrigação principal<sup>76</sup>, muito se assemelhando à obrigação acessória como é considerada atualmente<sup>77</sup>.

Era um instrumento utilizado para coibir o descumprimento das prestações acordadas e tutelar o interesse do credor<sup>78</sup>, em que pese sua natureza pecuniária<sup>79</sup>, especialmente nas obrigações de fazer e não fazer<sup>80</sup>, porquanto: permitia seu cumprimento em valor superior ao previsto inicialmente se o descumprimento implicasse prejuízo de valor superior ao credor do que aquele inicialmente pactuado<sup>81</sup>; poderia ser exigida de forma independente ou vinculada à prestação originária, se assim convencionado<sup>82</sup>; não necessitava de prova do prejuízo mas apenas o descumprimento da obrigação avençada<sup>83</sup>.

À medida que o Direito Romano evoluía, a cláusula penal deixava de ser caracterizada como pena para assumir contornos de reparação das perdas e danos experimentados pelo descumprimento obrigacional<sup>84</sup>, contudo, sem se revestir do caráter de uma cláusula de “prefixação de perdas e danos” como se concebe atualmente<sup>85</sup>, sendo mais bem interpretada dentro desse período como uma disposição pactual de caráter sancionatório<sup>86</sup>.

Na Idade Média, entretanto, e com grande influência da Igreja Católica<sup>87</sup>, o caráter indenizatório surgia para adequar o valor da pena aos prejuízos sofridos no

---

<sup>74</sup> PINTO MONTEIRO, Antônio. Cláusula penal e indenização. Coimbra: Almedina, 1999, p. 352.

<sup>75</sup> ROSENVALD, Nelson. Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 5.

<sup>76</sup> Ibid., p. 6.

<sup>77</sup> Ibid., p. 6.

<sup>78</sup> PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 361.

<sup>79</sup> Ibid., p. 353.

<sup>80</sup> RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: Parte Geral das Obrigações. Volume 2. 30. ed. Saraiva: São Paulo, 2002, p. 266.

<sup>81</sup> PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 357.

<sup>82</sup> ZOPPINI, op. cit, p. 26.

<sup>83</sup> RODRIGUES, op. cit., p. 267.

<sup>84</sup> SERPA LOPES, op. cit., p. 189.

<sup>85</sup> PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 363.

<sup>86</sup> Ibid., p. 757.

<sup>87</sup> TAVARES, Fernanda Girardi. Redução da Cláusula Penal: uma releitura baseada no perfil funcional. 2008. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 24.



caso de mora<sup>88</sup>, como resposta à sua pretensão sancionatória<sup>89</sup>. A identificação do seu caráter indenizatório fixou, por fim, que o valor da pena fosse equivalente ao dano sofrido em razão do descumprimento da obrigação no tempo certo<sup>90</sup>, o que iniciou a disciplina desse instituto pelos Códigos Civis da modernidade<sup>91</sup>.

A natureza indenizatória da cláusula penal chegou ao Código de Napoleão, que, em seu art. 1.229<sup>92</sup>, não admite indenização suplementar, somente prefixação das perdas e danos, mas permite o cumprimento da obrigação principal cumulada com a cláusula penal quando houver previsão expressa apenas em caso de mora. O art. 1.152<sup>93</sup>, por seu turno, trata da imutabilidade da pena, o que proíbe que a pena seja fixada em valor superior ao do dano. Este, contudo, passou por revisão legislativa para adequar a disciplina material<sup>94</sup>. O mesmo entendimento adotaram o Código Civil Italiano (1865) e o Código Civil Português, admitindo a cláusula penal como indenizatória, utilizada para prefixar perdas e danos, como são capazes de ilustrar os arts. 1.382 e 1.383<sup>95</sup> da legislação italiana.

Já o Código Civil Espanhol, além de prefixar as perdas e os danos, inova e dá lugar à livre pactuação das partes no que tange a cláusula penal, como se percebe da leitura dos arts. 1.152, 1.153 e 1.154<sup>96</sup>. Ademais, se expressamente previsto, permite

<sup>88</sup> PINTO MONTEIRO, Antônio. Cláusula penal e indenização. Coimbra: Almedina, 1999, p. 376.

<sup>89</sup> ROSENVALD, Nelson. Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 7.

<sup>90</sup> PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 376 e ss.

<sup>91</sup> ROSENVALD, Nelson. Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 8

<sup>92</sup> *Artículo 1229 - La cláusula penal es la compensación por daños y perjuicios que el acreedor sufre por el incumplimiento de la obligación principal.*

*Éste no podrá reclamar al mismo tiempo el principal y la pena, a menos que ésta haya sido estipulada para el caso de simple retraso.* MESTROT, Michèle et al. Código Civil. 2006. Disponível em: <[https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code\\_41.pdf](https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf)>. Acesso em: 02 jul. 2019.

<sup>93</sup> *Artículo 1152 - Cuando el acuerdo disponga que aquél que falte a su cumplimiento pagará una cierta suma a título de indemnización por daños y perjuicios, no podrá ser autorizada a la otra parte una suma ni mayor, ni menor.*

*No obstante, el juez podrá, incluso de oficio, moderar o aumentar la indemnización que hubiera sido convenida, si fuera manifiestamente excesiva o irrisoria. Toda estipulación en contrario se reputará como no escrita.* Ibid.

<sup>94</sup> ESPÍN ALBA, Isabel. La cláusula penal. Madrid: Ediciones jurídicas y sociales, 1997, p. 22.

<sup>95</sup> *Art. 1382 Effetti della clausola penale - La clausola, con cui si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento (1218), uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore (1223). La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno.*

*Art. 1383 Divieto di cumulo - Il creditore non può domandare insieme la prestazione principale e la penale, se questa non è stata stipulata per il semplice ritardo.* THE CARDOZO ELECTRONIC LAW BULLETIN. Il Codice Civile Italiano. 1947. Disponível em: <[http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter\\_dICTUM/codciv/Lib4.htm](http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_dICTUM/codciv/Lib4.htm)>. Acesso em: 02 jul. 2019.

<sup>96</sup> *Artículo 1152 - En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado.*

cumular a pena e a obrigação principal; também permite que o juiz reduza a pena quando ocorrer cumprimento irregular da obrigação. O caráter penal da cláusula se apresenta, na leitura do art. 1.153, quando se admite o pagamento da pena em lugar do cumprimento da obrigação, bem como a cumulação da prestação e da pena se assim o tiverem avençado. No sistema jurídico espanhol predomina o caráter penal da cláusula<sup>97</sup>.

O Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*), em seus art. 339, 340, 341, 342, 343<sup>98</sup>, disciplina a cláusula penal, de forma geral, como moratória e compensatória. Esclarece que, no caso de inadimplemento, o credor pode pleitear a pena compensatória cumulada com as perdas e danos que provar ter havido. Deixa

---

*Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código.*

*Artículo 1153 - El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho. Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada.*

*Artículo 1154 - El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.* L'INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU. Código Civil: Libro IV: Título I. 1889. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/4T1C3.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

<sup>97</sup> BLAS, Jesus Maria Lobato de. La cláusula penal em el derecho español. Pamplona: Ediciones Universidade de Navarra, 1974, p. 103.

<sup>98</sup> Seção 339 - Prestação de pena contratual - Quando o devedor promete ao credor, no caso de ele deixar de cumprir sua obrigação ou não o fizer corretamente, o pagamento de uma quantia em dinheiro como penalidade, a penalidade é devida se ele estiver inadimplente. Se a performance devida consistir em tolerância, a penalidade é paga em caso de violação.

Seção 340 - Promessa de pagar uma multa por falta de desempenho - (1) Se o devedor prometeu a penalidade no caso de ele deixar de cumprir sua obrigação, o credor poderá exigir a penalidade que é pagável em vez do cumprimento. Se o credor declarar ao devedor que ele está exigindo a penalidade, a reivindicação de desempenho é excluída. (2) Se o credor tem direito a um pedido de indenização por falta de cumprimento, ele pode exigir a pena a pagar como a quantia mínima do dano. A afirmação de dano adicional não é excluída.

Seção 341 - Promessa de uma penalidade por desempenho impróprio - (1) Se o devedor tiver prometido a penalidade no caso de ele deixar de cumprir sua obrigação adequadamente, incluindo, sem limitação, o desempenho no tempo especificado, o credor poderá exigir a multa a pagar além do desempenho. (2) Se o credor tiver uma reivindicação de danos pelo desempenho impróprio, as disposições da seção 340 (2) se aplicam. (3) Se o crente aceita a execução, ele pode exigir a multa somente se ele reservou o direito de fazê-lo na aceitação.

Seção 342 - Alternativas à penalidade monetária - Se, como penalidade, for prometido desempenho diferente do pagamento de uma quantia em dinheiro, aplicam-se as disposições das seções 339 a 341; o pedido de indenização é excluído se o credor exigir a penalidade.

Seção 343 - Redução da pena - (1) Se uma pena a pagar for desproporcionalmente alta, ela poderá, mediante a aplicação do devedor, ser reduzida a um valor razoável por decisão judicial. Ao julgar a adequação, todo interesse legítimo do credor, não meramente seu interesse financeiro, deve ser levado em conta. Uma vez paga a penalidade, a redução é excluída. (2) O mesmo também se aplica, exceto nos casos das seções 339 e 342, se alguém prometer uma penalidade no caso de ele empreender ou omitir uma ação. Código Civil na versão promulgada em 2 de janeiro de 2002 (Diário Oficial da União [ Bundesgesetzblatt ] I, pág. 42, 2909; 2003, p. 738), com a última redação que lhe foi dada pelo artigo 4, par. 5 da Lei de 1 de outubro de 2013 (Federal Law Gazette, página 3719). ALEMANHA. FEDERAL MINISTRY OF JUSTICE AND CONSUMER PROTECTION. German Civil Code. 2002. Disponível em: <[http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p1233](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p1233)>. Acesso em: 02 jul. 2019.

clara a possibilidade de cumulação da pena por mora com o cumprimento da obrigação principal. Admite prestação diversa e redução da multa se legítimo o interesse do devedor. No *BGB*, o legislador admite as funções indenizatória, art. 340, e a sancionatória, prevalecendo esta última<sup>99</sup>. Se previamente pactuado e desde que as partes exteriorizem que foi esta a intenção atribuída à cláusula penal, a função de sanção e a sua cumulação em hipótese de inadimplemento absoluto são claramente admitidas<sup>100</sup>.

Na segunda metade do século XX, a jurisprudência alemã firmou entendimento a respeito da existência de duas espécies de cláusula penal: *Vertragsstraffe* (sancionar), presente o *BGB*; e *Schadenpauschale* (indenizar pelas das perdas e danos), não prevista na legislação<sup>101</sup>. Esta última admite prova e não se regula pelo mencionado art. 343. Posteriormente, ambas foram positivadas pela *AGB-Gesetz* (1976). Aqui se percebe a tese dualista da cláusula penal em oposição à unitária.

### 2.3.2 A Cláusula Penal no Brasil

No Código Civil Brasileiro de 2002, como no de 1916, o legislador não conceituou o instituto da cláusula penal, o que dá à doutrina e à jurisprudência espaço para definir sua natureza conforme a função que desempenhará caso a caso, a depender do que as partes pretendiam do momento de pactuar<sup>102</sup>. Anteriormente alocada entre as obrigações acessórias no Código Civil de 1916, tratamento inadequado segundo Serpa Lopes, que afirmou que “uma de suas funções consiste, precisamente, em prover a inexecução das obrigações”<sup>103</sup>. Atualmente, o instituto compõe o título do inadimplemento das obrigações.

A descrição feita por França descreve bem o instituto e sua estrutura:

é um pacto acessório, ao contrato ou a outro ato jurídico, efetuado na mesma declaração de vontade, ou em declaração à parte, por meio do qual se estipula uma pena, em dinheiro ou outra utilidade, a ser cumprida pelo devedor, ou por terceiro, cuja finalidade precípua é garantir, alternativa ou cumulativamente, conforme o caso, em benefício do credor ou de outrem, o fiel cumprimento da obrigação principal, bem assim, ordinariamente,

<sup>99</sup> ESPÍN ALBA, Isabel. La cláusula penal. Madrid: Ediciones jurídicas y sociales, 1997, p. 25.

<sup>100</sup> THUR, A. von. Tratado de las obligaciones. Tradução do alemão por W. Roces. Granada: Editorial Comares, 2007, p. 449-453.

<sup>101</sup> ROSENVALD, Nelson. Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 23.

<sup>102</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 607.

<sup>103</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil: obrigações em geral, volume II. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 187.

constitua-se pré-avaliação das perdas e danos e punição do devedor inadimplente.<sup>104</sup>

Martins-Costa conceituada da seguinte forma:

Gerada pelo exercício da autonomia privada, a cláusula penal é uma figura complexa. Consiste na estipulação em que ambas as partes, ou apenas uma, se obriga (m) antecipadamente a efetuar certa prestação, normalmente em dinheiro, em caso de inadimplemento de determinada obrigação, para proceder a liquidação do dano ou para compelir o devedor ao cumprimento.<sup>105</sup>

Lôbo apresenta sua definição:

A cláusula penal, também denominada multa ou pena convencional, é a fixação prévia de uma prestação adicional, no negócio jurídico, quase sempre consistente em uma soma em dinheiro, como consequência pelo inadimplemento ou adimplemento insatisfatório a que se submete o devedor ou, eventualmente, terceiro. A cláusula penal apenas é cabível quando o devedor esteja constituído em mora. Pode consistir em bem móvel ou imóvel, ainda que de escasso uso. É pena civil, de caráter convencional, pois não é imposta por lei (ainda que esta estabeleça limites e restrições); de eficácia condicional, dependente da ocorrência do fato que tem por fim prevenir ou reprimir; de natureza acessória da obrigação principal, pouco importando que seja expressa em cláusula do contrato ou em instrumento próprio.<sup>106</sup>

Hodiernamente, a cláusula penal tem sido considerada como uma obrigação acessória por meio da qual as partes convencionam expressamente que o descumprimento de uma obrigação, seja inadimplemento absoluto, seja mora, submete o devedor inadimplente à uma pena<sup>107</sup>. O prejuízo nesse caso é presumido e independe de prova<sup>108</sup>.

São características da cláusula penal: deve ser ajustada entre as partes, sendo indelegável a terceiros<sup>109</sup>; não pode ser estipulada de forma unilateral, é necessário concordância expressa das partes<sup>110</sup>, mas é possível se o negócio jurídico contiver apenas um participante<sup>111</sup>; pode se referir ao descumprimento ou à parcela dele ou à

<sup>104</sup> ZULIANI, Ênio Santarelli apud FRANÇA, Rubens Limongi. Raízes e Dogmáticas da cláusula penal. São Paulo: Rumo, 1987, p. 327.

<sup>105</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 608.

<sup>106</sup> LÔBO, Paulo. Direito civil - volume 2: obrigações. 7. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 286.

<sup>107</sup> WALD, Arnoldo. Direito Civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos, 2. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 192.

<sup>108</sup> GOMES, Orlando. Obrigações. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 190.

<sup>109</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações – 2ª Parte. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 197.

<sup>110</sup> PINTO MONTEIRO, António. Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor. Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro nº 25, p. 128, 2004.

<sup>111</sup> LÔBO, Paulo. Direito civil - volume 2: obrigações. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 293.

mora<sup>112</sup>; “pode estar contida expressamente no contrato, como cláusula deste, ou em ato simultâneo ou posterior, em documento apartado”<sup>113</sup>; “Dada sua natureza de pena, deve ser declarada expressamente, não se admitindo cláusula penal tácita”<sup>114</sup>; é obrigação acessória à principal.

Ademais, acrescenta Lôbo quanto à incidência da penalidade que:

O Código Civil (art. 408) alude a duas hipóteses para a incidência da cláusula penal: a) inadimplemento culposo do devedor; b) mora do devedor. A mora é o inadimplemento objetivo, baseando que a prestação não seja cumprida no tempo previsto. A exigência de ser o inadimplemento com culpa exclui a incidência da cláusula penal nas hipóteses estranhas à conduta do devedor, como o caso fortuito e a força maior, fato da Administração Pública, fato do próprio credor ou fato de terceiro.<sup>115</sup>

### 2.3.3 Funções da cláusula penal

Ainda que em suas origens, no direito romano, o caráter punitivo da cláusula penal fosse proeminente, o direito tem atribuído ao instituto um caráter indenizatório, desde a Idade Média e do posterior Código de Napoleão. As codificações italiana e alemã que se seguiram conferiram caráter sancionatório e indenizatório à cláusula. Como dito alhures, o BGB claramente tratou de duas espécies de cláusula: a indenizatória e a punitiva. A codificação espanhola, a seu turno, abertamente permite outras espécies de cláusula penal, dentre as quais a de caráter punitivo, além da cláusula de caráter indenizatória.

A par disso, a doutrina apresenta três funções para a cláusula penal, como ilustra Lôbo: “A cláusula penal exerce tríplice função: a) de pena convencional; b) de compensação ou prefixação da indenização; c) de reforço ou garantia da obrigação”<sup>116</sup>. O autor aclara que:

A função de pena convencional pelo inadimplemento é exercida sem prejuízo da indenização por perdas e danos, porque o credor pode exigí-la sem qualquer alegação de prejuízo ou dano. Diferentemente da pena convencional, pela infração ao negócio jurídico, a cláusula penal realiza-se igualmente como estímulo ao devedor para cumprir a obrigação, ou de reforço desta, ou de garantia convencional. Em sentido contrário, serve para desestimular o devedor ao inadimplemento. Com função de garantia, a cláusula penal pode ser assumida por terceiro. Pode, ainda, ter função de prefixar o dano, no caso de inadimplemento total (função compensatória da indenização), sobretudo nas obrigações não pecuniárias, dada a dificuldade em avaliá-lo, como no caso do artista que não cumprir sua obrigação de

<sup>112</sup> LÔBO, Paulo. Direito civil - volume 2: obrigações. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 293.

<sup>113</sup> Ibid., p. 294.

<sup>114</sup> Ibid.

<sup>115</sup> Ibid.

<sup>116</sup> Ibid.

cantar em uma solenidade. As funções de pena civil e de garantia são destacadas nas hipóteses do art. 411 do Código Civil, a saber: a) no caso de mora e b) como segurança de cláusula determinada do contrato; tanto em uma quanto em outra o credor pode exigir cumulativamente o adimplemento da prestação e a pena convencionada.<sup>117</sup>

Assim, a pena convencional, nas hipóteses de inadimplemento absoluto, mormente associada ao cumprimento da prestação, demonstra sua índole de cláusula penal pura, ou seja, de punição para o devedor, o que corrobora a ideia de uma pena privada<sup>118</sup>. O caráter penal da cláusula é inerente ao instituto e característico de sua natureza<sup>119</sup>.

Quanto à função de prefixação de perdas e danos, é preciso compreender o que dispõe o Código Civil Brasileiro sobre a perdas e danos. Da leitura conjunta do art. 927, “aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, e do art. 402, “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. Pela lei, geralmente, a indenização se dará pela extensão do dano<sup>120</sup>. O Código ainda prevê a indenização em pecúnia, a fim de reestabelecer o *status quo* anterior ao dano<sup>121</sup>.

Ou seja, a cláusula penal cuja função seja indenizar terá o valor integral que se houver aferido em perdas e danos na medida de sua extensão. Se o inadimplemento for absoluto, a intenção será compensar a obrigação. Se relativo, caracterizado pela mora, a intenção será indenizar os danos decorrentes da mora.

Por fim, a função de reforçar o vínculo obrigacional pretende estimular o devedor a adimplir com a prestação acordada e garantir que o avençado seja cumprido. Para Pinto Monteiro:

ao mesmo tempo que zela pela satisfação do interesse do credor, esta relevante medida de autotutela contribui para o próprio fortalecimento do mecanismo contratual. É a própria confiança gerada pelo contrato (*die Vertragstreue*) que a cláusula penal visa, assim, tutelar<sup>122</sup>.

<sup>117</sup> LÔBO, Paulo. Direito civil - volume 2: obrigações. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 294-295.

<sup>118</sup> PINTO MONTEIRO, Antônio. Cláusula penal e indenização. Coimbra: Almedina, 1999, p. 665 e ss.

<sup>119</sup> BLAS, Jesus Maria Lobato de. La cláusula penal em el derecho español. Pamplona: Ediciones Universidade de Navarra, 1974, p. 103.

<sup>120</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil, Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

<sup>121</sup> DIEZ-PICAZO, Luís Maria. Fundamentos del derecho civil patrimonial, v. I. 2. ed. 1. Reimp. Madri: Ediciones Tecnos, 1986, p. 745.

<sup>122</sup> PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 41.

Assim, para analisar a cláusula penal por meio da funcionalidade que lhe é atribuída, é preciso buscar a vontade das partes exteriorizada quando da celebração do contrato, bem como a finalidade almejada através desse instrumento<sup>123</sup>. São duas as teses por meio das quais se pode compreender a natureza atribuída à cláusula penal quanto a suas funções: tese da natureza híbrida ou tradicional e a tese da duplicidade de espécies da cláusula penal.

A tese de natureza híbrida, tradicional, tem o condão de incentivar o devedor a cumprir a obrigação e de convencionar antecipadamente o dano<sup>124</sup>, possuindo natureza mista<sup>125</sup>. Reforça Ferreira da Silva que:

Com efeito, talvez influenciada pelo movimento histórico de extinção de penas de natureza civil, a doutrina viu e acostumou-se a ver na cláusula penal um instituto unitário, mas função dúplici ou híbrida: ela seria um misto de pena e indenização. Por um lado, ela coage psicologicamente, atuando para que o devedor, temeroso dos efeitos da cláusula penal, pague corretamente. Por outro lado, caso houvesse inadimplemento, os danos já estariam liquidados, de modo que o credor não precisaria ocupar-se com a demonstração da existência do prejuízo e do montante deste, o que lhe poupa muito trabalho e, por outro lado, torna seu crédito mais efetivo. Como dito: um instituto com função dupla ou híbrida.<sup>126</sup>

Para Pereira, são duas as funções inseridas na tese tradicional: fortalecer a relação obrigacional e indenizar, pois o inadimplemento faculta a prefixação de perdas e danos<sup>127</sup>. Ademais, impele o devedor a cumprir o avençado pois já está ciente do valor da sanção<sup>128</sup>, funcionando como medida coercitiva<sup>129</sup>, ainda que não tenha havido prejuízo<sup>130</sup>. Nesse sentido, também não pode se abster das consequências da cláusula penal por não ter havido dano, haja vista que o prejuízo presumido incentiva o cumprimento<sup>131</sup>.

---

<sup>123</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 610-611.

<sup>124</sup> Ibid., p. 611.

<sup>125</sup> Ibid., p. 611.

<sup>126</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 237

<sup>127</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, volume II. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 128.

<sup>128</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, tomo XXVI, p. 59.

<sup>129</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 237.

<sup>130</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil: obrigações em geral, volume II. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 198.

<sup>131</sup> Ibid., p. 198.

Mas, como se vê, Ferreira da Silva já antecipa uma tendência doutrinária de abandonar a visão híbrida tradicional,<sup>132</sup> rompendo com o modelo de natureza penal e antecipação de perdas e danos<sup>133</sup>. Pinto Monteiro critica a tese tradicional como se vê:

Essa construção apresenta três vícios fundamentais: o primeiro, concerne à qualificação da figura, sem atender ao diferente escopo das partes; o segundo, consiste em submeter ao mesmo regime penas com finalidades diversas; o terceiro, é o de aceitar que a finalidade compulsória possa exercer-se através da indemnização. Tudo somado, somos de opinião que a perspectiva tradicional, no mínimo, não prima pela clareza. Mas vamos mais longe: a nosso ver, qualquer daqueles três pontos é impossível de sustentar, o que, por si só, nos impele a procurar uma alternativa ao modelo tradicional.<sup>134</sup>

Na tese híbrida, a cláusula penal funcionaria, a um só tempo, como sanção compulsória e como prefixação de perdas e danos<sup>135</sup>. Essa interpretação dúplice confere ao instituto natureza ambígua e incerta.

Observa-se que é preciso diferenciar a cláusula penal quanto à sua finalidade de prefixação de perdas e danos e de sanção ao inadimplemento<sup>136</sup>. Aqui, ainda se desmembrando em puramente coercitiva e cláusula penal *strictu sensu*, respectivamente<sup>137</sup>.

Dessa forma, quanto à cláusula que fixa as perdas e os danos, a intenção é quantificar o valor da indenização em casos nos quais dar liquidez ao dano se torne difícil<sup>138</sup>. Além disso, se não houver como provar os prejuízos experimentados pelo credor, é cauteloso estipular o que, de forma razoável, o descumprimento acarretará a ele; enquanto que o devedor pode prevenir-se de obrigar-se a indenizações desarrazoadas por meio da cláusula, conveniência benéfica para ambas as partes uma fixação antecipada do *quantum* indenizatório, ainda que o valor convencionado divirja substancialmente do dano possível<sup>139</sup>.

<sup>132</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 239-240.

<sup>133</sup> Ibid., p. 240.

<sup>134</sup> PINTO MONTEIRO, António. Cláusula Penal e Indemnização. Coimbra: Almedina, 1999, p. 497.

<sup>135</sup> ROSENVALD, Nelson. Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 83.

<sup>136</sup> PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 647.

<sup>137</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 614.

<sup>138</sup> FERREIRA DA SILVA, op. cit., p. 241-242.

<sup>139</sup> PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 118.



No que se refere à cláusula penal coercitiva, sua finalidade é forçar o devedor a adimplir o acordado, independentemente, portanto, da existência de dano<sup>140</sup>. Ainda que haja estipulação da cláusula em valor superior, se não desarrazoado, aos prejuízos experimentados, não seria possível a redução porquanto é de sua própria natureza que ela represente um resultado que o devedor deseja evitar<sup>141</sup>. Por fim, a cláusula penal *stritu sensu* se reveste da característica de meio pelo qual impele ao cumprimento obrigacional, diferindo do efeito natural da obrigação de indenizar<sup>142</sup>.

Nessa esteira, de um entendimento mais específico e direcionado em relação às funções da cláusula penal, a tendência doutrinária têm sido de adotar a tese da duplicidade, como explica Tartuce:

Como exposto na presente obra, tem crescido na doutrina o entendimento favorável à concepção alemã, de visualização dualista da obrigação, concebida à luz do binômio débito (Schuld) e responsabilidade (Haftung). Cumprida totalmente a obrigação, haverá somente o primeiro conceito, não o segundo. Mas, muitas vezes, a obrigação não é satisfeita conforme pactuado, surgindo a responsabilidade (Haftung). É muito comum afirmar que o maior interesse jurídico que se tem quanto à obrigação surge justamente nesse caso. Assim sendo, há que se falar em inadimplemento da obrigação, em inexecução ou descumprimento, surgindo a responsabilidade civil contratual, baseada nos arts. 389 a 391 do CC/2002. Em complemento, nasce daí o dever de indenizar as perdas e danos, conforme ordenam os arts. 402 a 404 da mesma lei geral privada, sem prejuízo de aplicação de outros dispositivos, caso do art. 5.º, incs. V e X, da Constituição Federal, que tutelam os danos morais e outros danos extrapatrimoniais.

Assim sendo, verifica-se um movimento de adoção da teoria da duplicidade, buscando diferenciar as cláusulas penais de acordo com suas funções de liquidação de perdas e danos e coercitiva, como se observa no direito alemão<sup>143</sup>, já referido.

### 2.3.4 Multa moratória e multa compensatória

Para Monteiro, a multa é “estipulação negocial pela qual uma das partes (ou ambas) se obriga antecipadamente perante a outra a realizar uma prestação (normalmente pecuniária) em caso de inadimplemento”<sup>144</sup>. A legislação brasileira

<sup>140</sup> FERREIRA DA SILVA Jorge Cesa. Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 241.

<sup>141</sup> Ibid., p. 241.

<sup>142</sup> PINTO MONTEIRO, António. Cláusula Penal e Indemnização. Coimbra: Almedina, 1999, p. 627.

<sup>143</sup> FERREIRA DA SILVA, op. cit., p. 241.

<sup>144</sup> PINTO MONTEIRO, op. cit., p. 44. O mesmo entendimento possui Paulo Lôbo ao esclarecer que “é pena civil, de caráter convencional, pois não é imposta por lei (ainda que esta estabeleça limites e restrições); de eficácia condicional, dependente da ocorrência do fato que tem por fim prevenir ou rerimir; de natureza acessória da obrigação principal, pouco importando se seja expressa em clausula

prevê dois tipos de multas definidas com base no termo e na utilidade do cumprimento da obrigação, conforme se depreende da leitura sequencial dos dispositivos:

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

Art. 409. A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.

Art. 410. Quando se estipular a **cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.**

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.**<sup>145</sup>

Merece aqui uma análise dos cenários previstos pelo legislador para que se possa distinguir de forma técnica as espécies: inadimplemento e mora. A sistemática legal a que a cláusula penal, entretanto, se submeterá deve considerar que “as funções equivalentes devem ser apreciadas, segundo a natureza e a finalidade do negócio jurídico (art. 413)”<sup>146</sup>, dependendo de qual espécie de multa se trata, se cláusula penal moratória ou compensatória.

A distinção entre essas duas categorias de cláusula penal perpassa pela compreensão do inadimplemento contratual, que é o descumprimento das obrigações determinadas entre as partes. Se configura em dois aspectos: inadimplemento absoluto, quando a prestação não é mais útil ao credor; e inadimplemento relativo, quando ainda é útil<sup>147</sup>. Quanto à possibilidade da prestação:

Ocorre o inadimplemento absoluto quando a obrigação deixa definitivamente de ser cumprida pelo devedor, em oposição à mora, hipótese de não cumprimento da obrigação na forma, lugar ou tempo devidos (CC, art. 394). Para que haja mora, todavia, é preciso que seja possível o cumprimento, ainda que tardio, da obrigação. Deixando de sê-lo, a mora não tem lugar: o devedor torna-se absolutamente inadimplente. Daí por que Agostinho Alvim afirma, como caráter distintivo entre o inadimplemento absoluto e a mora, a

---

do contrato ou em instrumento próprio. Seu campo, por excelência é o contrato.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil – volume 2: obrigações. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 267).

<sup>145</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2019.

<sup>146</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil - volume 2: obrigações. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 296.

<sup>147</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 312-313.

possibilidade ou impossibilidade da prestação, do ponto de vista do credor e não do devedor.<sup>148</sup>

A cláusula penal compensatória, estipulada para as hipóteses de inadimplemento absoluto, se submete ao art. 412 do Código Civil de modo a ser o “valor da obrigação principal o limite para a sua fixação”<sup>149</sup>. Ademais, pode ser exigida no lugar da obrigação principal, como prefixação de perdas e danos. Nessa modalidade, a pretensão ao adimplemento da obrigação fica excluído, pois que a multa se substitui à prestação<sup>150</sup>. Além disso, o art. 410 dispõe que o seu cumprimento ocorrerá de maneira alternativa. Leciona Tartuce:

Exposta essa controvérsia, sabe-se que a multa admite uma classificação de acordo com aquilo com que mantém relação. No caso de mora ou inadimplemento parcial, é denominada multa moratória enquanto no caso de inexecução total obrigacional, é denominada multa compensatória, conforme o art. 409 do CC.

Na esteira da melhor doutrina e jurisprudência, apenas a multa compensatória tem a função de antecipar as perdas e danos. [...] Com relação à multa compensatória, prevista para os casos de inadimplemento absoluto da obrigação, aí sim merece subsunção a regra do art. 412 do CC, sendo o valor da obrigação principal o limite para a sua fixação. Tal limite vale tanto para os contratos civis quanto para os contratos de consumo [...] isso ocorre porque as consequências da mora são menores do que as do inadimplemento, do ponto de vista do credor, devendo a multa moratória ser fixada em montante menor do que a multa compensatória.<sup>151</sup>

A cláusula penal moratória, a seu turno, é aplicável em razão de mora do devedor, a fim de estimular o cumprimento da prestação<sup>152</sup>, de modo que não prejudica o adimplemento da obrigação principal<sup>153</sup>. Ou seja, se acordada para a hipótese inadimplemento relativo constituído em mora, o credor pode exigí-la de modo cumulativo<sup>154</sup>. O STJ adotava o mesmo entendimento quanto a essa distinção das modalidades de multa, como se vê a seguir:

AGRAVO INTERNO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO INTERNO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO EM RECURSO

<sup>148</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, vol. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 696-697.

<sup>149</sup> TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil – v. 2. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 365.

<sup>150</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, tomo XXVI, pp. 64-65.

<sup>151</sup> TARTUCE, op. cit., p. 363.

<sup>152</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 623.

<sup>153</sup> WALD, Arnoldo. Direito Civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos, 2. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 194.

<sup>154</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1083. Versão digital.

ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. COPARTICIPAÇÃO EM EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO.

DESCUMPRIMENTO DO INCORPORADOR EM REPASSAR AO PROPRIETÁRIO DO TERRENO 18,33% DA QUANTIA OBTIDA COM A VENDA DAS UNIDADES IMOBILIÁRIAS. INADIMPLEMENTO PARCIAL. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL COM A OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. REDUÇÃO DA MULTA.

POSSIBILIDADE. ART. 413 DO CC/2002. DEMORA NO REPASSE DOS VALORES.

JUROS DE MORA INCLUÍDOS NO LAUDO PERICIAL.

1. A cláusula penal é instituto jurídico de natureza de sanção civil, visando o ressarcimento pelo inadimplemento contratual, podendo ser de duas espécies: compensatória (relativa ao descumprimento total da obrigação) ou moratória (concernente ao descumprimento parcial). 2. A jurisprudência desta Corte Superior veda a cumulação da cláusula penal compensatória com o adimplemento da obrigação principal, uma vez que se trata de uma faculdade disjuntiva do credor. Todavia, essa cumulação é admitida nas hipóteses em que a cláusula penal ostenta natureza moratória, decorrente de descumprimento parcial.

3. Na espécie, a obrigação da parte demandada envolvia a incorporação, construção e venda das unidades imobiliárias, para, ao final, repassar ao demandante - proprietário do terreno - a quantia correspondente a 18,33% sobre o valor das vendas das unidades imobiliárias. Tendo em consideração que a incorporadora descumpriu essa última obrigação - repasse de valores ao proprietário do terreno -, está caracterizado inadimplemento parcial, circunstância que caracteriza a natureza moratória da cláusula penal, admitindo a sua cumulação com a obrigação principal.

4. A multa contratual deve ser proporcional ao dano sofrido pela parte cuja expectativa fora frustrada, não podendo traduzir valores ou penas exorbitantes ao descumprimento do contrato. Caso contrário, poder-se-ia consagrar situação incoerente, em que o inadimplemento parcial da obrigação se revelasse mais vantajoso que sua satisfação integral.

5. No caso dos autos, a redução da multa empreendida pela decisão agravada, com base no art. 413 do Código Civil de 2002, por levar em consideração o art. 412 do Código Civil de 2002 e as peculiaridades do caso concreto, se revela proporcional e equitativa. É que, na forma em que foi postulada pelo demandante e fixada pela instância ordinária, a quantia superava o montante principal corrigido monetariamente. Ademais, a redução da multa efetivada pela decisão impugnada se deu, não sobre o percentual contratado pelas partes - 20% (vinte por cento) - mas sobre a sua base de cálculo, passando a ser adotada a quantia não repassada pela parte demandada ao ora agravante, corrigida monetariamente.

6. Ademais, quanto ao argumento de que a retenção de valores por parte da agravada causou-lhe prejuízo, acentuando que ficou sem o imóvel e impossibilitado de dele auferir renda, insta consignar que a mora nesse repasse é questão a ser resolvida com a inclusão de juros moratórios, os quais foram inseridos no laudo pericial adotado pelo juízo.

7. Agravo interno não provido.

(AgInt nos EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp 1078510/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 14/06/2018)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. LUCROS CESSANTES PELO PERÍODO DE MORA. CABIMENTO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. É entendimento do STJ que, havendo descumprimento do prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é perfeitamente possível cumular a cláusula penal decorrente da mora com indenização por lucros cessantes pela não fruição do imóvel, pois apresentam

natureza diversa, uma moratória e a outra compensatória, razão pela qual não há que se falar em bis in idem.

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1610303/SE, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 16/02/2018)

### **2.3.5 Audiência pública e julgamento**

Tema há muito debatido na seara da incorporação imobiliária, do direito civil e do direito do consumidor, o atraso na entrega do imóvel gera implicações de natureza patrimonial e extrapatrimonial às partes contratantes.

As consequências decorrentes da relação contratual são aquelas tratadas objetivamente no instrumento avençado, mas nem sempre o direito brasileiro consegue sanar as lacunas existentes, como é o caso da cláusula penal estipulada em contrato de compra e venda ou de promessa.

A questão jurídica a ser enfrentada trata em definir acerca da possibilidade ou não de cumulação da indenização por lucros cessantes com a cláusula penal estipulada no contrato, nos casos de inadimplemento do vendedor em virtude do atraso na entrega de imóvel em construção objeto de contrato de compra e venda ou de promessa.

Desse modo, a recorrente divergência havida nesse cenário de precedentes conflitantes levou a Corte Superior a refinar o entendimento sobre a matéria, pois, de fato, a hermenêutica da qual o direito brasileiro dispõe para sanar lacunas interpretativas são insuficientes para tratar de questões complexas.

A afetação de recursos especiais ao rito dos repetitivos representativos de controvérsia indica a acentuada relevância social, econômica e jurídica do precedente a ser firmado, com vista a uniformizar e consolidar a jurisprudência a nível nacional acerca do tema afetado.

Com o intuito de reunir subsídios que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal, o ministro Luís Felipe Salomão, relator dos recursos especiais paradigmas da questão, considerou oportuno e conveniente designar audiência pública, nos termos do art. 185, inciso I, do RISTJ.

A audiência realizou-se no dia 08/05/2018 e a abertura dos trabalhos se deu com a exposição dos advogados das partes. A exposição daqueles que se manifestaram pela cumulação se deu com base em diversos fundamentos, alguns deles:

1 - A facilitação do acesso a financiamentos habitacionais incrementou a procura por imóveis adquiridos ainda na planta. As incorporadoras, em decorrência desse quadro de oferta e procura, passaram a iniciar obras sem haver terminado a anterior, alterando a costumeira realidade do mercado imobiliário. A previsão de entrega, que já naturalmente se posterga no tempo, deve razoavelmente cumprir com a data previamente acordada, de modo a respeitar o planejamento financeiro previsto pelo adquirente com sua moradia.

2 – Distinção entre a figura do adquirente de imóvel para uso próprio e final (consumidor) com a figura daquele que o utiliza com finalidade de auferir lucro (investidor). Este último estaria assumindo o risco da atividade empresarial em conjunto com o incorporador.

3 - Considerando que em desfavor de ambos há disposição contratual, mas que contra o adquirente há cláusulas penais moratórias e compensatórias enquanto contra o incorporador são estipuladas multas apenas contra o inadimplemento absoluto e em menor repercussão econômica. Assim, mister a necessidade de construção de um equilíbrio contratual com base nos princípios da boa-fé, da função social do contrato e da paridade entre as prestações entre as partes contratantes<sup>155</sup>.

4 – Considera a distinção entre cláusula penal moratória e compensatória, com fulcro nos art. 410 e 411 do Código Civil como meio para a cumulação entre cláusula penal moratória e lucros cessantes. A primeira com vistas a coibir o descumprimento parcial pelo atraso na prestação; a segunda, como prefixação antecipada de perdas e danos, de caráter indenizatório.

5 – A possibilidade de cumular cláusula penal moratória com perdas e danos (lucros cessantes) e a impossibilidade de cumulação da multa compensatória com lucros cessantes e outras perdas e danos, fundamentadas no art. 411 do Código Civil.

As manifestações daqueles que se pronunciaram pela não cumulação se deram com base em diversos argumentos, dentre os quais:

---

<sup>155</sup> Acrescente-se a parte da fala que traz dispositivos e doutrina a fim de reforçar o entendimento pela cumulação: “Em termos legais, temos os exemplos dos arts. 4º, 6º e 7º do Código de Defesa do Consumidor. E aqui trago uma ideia do professor Paulo Lobo, que fala sobre a possibilidade da integração do contrato para não invalidá-lo, que está no art. 51, § 2º do Código de Defesa do Consumidor. Ele diz: “Também se dá a integração quando os elementos externos são incorporados independentemente da vontade real ou presumida das partes, e até contra estas, como na hipótese dos deveres gerais de conduta (como a boa-fé, a função social, a confiança, a equidade, a cooperação e a segurança) e das normas cogentes (as impositivas e proibitivas), que a doutrina qualifica como heterointegração.”

1 – A construção de unidades habitacionais por meio de incorporação imobiliária é projeto de desenvolvimento razoavelmente longo no tempo e que sofre com as intempéries as quais qualquer tipo construção civil está submetida, passando por todos os procedimentos necessários ao regular andamento do empreendimento para que, ao final, possa ser legalmente comercializado independentemente da finalidade a qual sirva suas unidades autônomas.

2 – O atraso na entrega do imóvel adquirido na planta eventualmente pode ocorrer e deve ser indenizado, contudo, no *quantum* razoavelmente devido ao sujeito lesado. O que se pleiteia, dessa forma, é a proporcionalidade da reparação em relação ao tempo de atraso, aos prejuízos sofridos e ao valor do imóvel. Fatores que, do ponto de vista econômico, podem impactar negativamente na relação mercadológica do incorporador e no risco associado. De modo que requerer indenização de valores expressivos em relação ao valor dispensado na aquisição do imóvel caracterizaria enriquecimento ilícito.

3 – Em virtude do elevado número de processos que tratam da mesma questão, as incorporadoras têm buscado solucionar as demandas por meio de autocomposição, visando menor custo processual, menos tempo de litígio e uma solução equitativa para as partes.

4 – Entendimento jurisprudencial no sentido de serem os lucros cessantes presumidos caracterizados como a indenização suplementar da qual trata o art. 416 caput e parágrafo único do Código Civil e a necessária prova dos prejuízos experimentados.

5 – Relação de consumo com a necessária aplicação subsidiária do art. 413 do Código Civil a fim de reduzir de forma equitativa a penalidade no caso de adimplemento relativo ou se a esta for manifestamente excessiva.<sup>156</sup>

6 – O entendimento de cláusula penal compensatória no Brasil possuir função apenas indenizatória por dois fatores: 1) limitar o valor da cláusula penal ao valor do cumprimento da obrigação principal; e 2) cumprimento da obrigação de acordo com a finalidade do negócio e as conjunturas de uma igualdade indefinida. Os limites adotados pela doutrina à cláusula penal em tempos anteriores às atuais conjecturas

---

<sup>156</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil, Art. 413 - A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprido em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

tornam inviável distinguir espécies de cláusula penal no direito civil hodierno. Exceto, contudo, se as partes houverem estipulado livremente cláusula suplementar, conforme art. 413 parágrafo único do Código Civil.

7 – Entendimento de que a cláusula penal estipulada para o caso de inadimplemento absoluto da obrigação é de natureza compensatória e se converte, desse caso, em benefício do credor, conforme inteligência do art. 410 do Código Civil. Não podendo ser estipulada com finalidade coativa.

Percebe-se que há vasta argumentação acerca do tema, os poucos que foram dispostos o foram de maneira meramente ilustrativa do grande quantitativo de questões jurídicas, sociais, processuais, empresariais e econômicas que devem ser considerados na fixação de tese para fins de julgamento de recursos repetitivos cuja abrangência material seja tão ampla.

A degrevação da audiência é parte dos processos paradigmas da questão e traz todo o esboço material de que se valeram os operadores do direito em seus locais de fala. De fato, tanto na audiência quanto no julgamento, as defesas tanto a favor quanto contra a cumulação foram enriquecedoras e a formação do entendimento adotado doravante pela Corte, embora criticado neste estudo, deu-se com pertinente fundamentação doutrinária e legal e notável hermenêutica jurídica.



### **3 CUMULAÇÃO DE LUCROS CESSANTES E DE CLÁUSULA PENAL EM DECORRÊNCIA DO INADIMPLEMENTO RELATIVO EM CONTRATO DE AQUISIÇÃO DE IMÓVEL EM REGIME DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA**

Como já adiantado no início deste trabalho, a controvérsia sobre a possibilidade ou não de cumulação entre os lucros cessantes e a cláusula penal decorrente de inadimplemento do vendedor em caso de atraso na entrega do imóvel adquirido em regime de incorporação imobiliária tem como plano de fundo o REsp nº 1.498.484/SC e o REsp nº 1.635.428/DF, que foram afetados a julgamento sob o rito dos recursos especiais representativos de controvérsia, tema nº 970 da Corte.

O julgamento dos casos concretos ocorreu na sessão de julgamentos de 08/05/2019, na qual foi negado provimento a ambos recursos, por maioria, nos termos do voto do relator, Ministro Luís Felipe Salomão. Ministra Nancy Andrighi, em voto divergente, deu provimento ao recurso especial, acompanhada do Ministro Marco Buzzi. Ao final, foi fixada a tese que orientará o julgamento dos recursos repetitivos nos seguintes termos: “A cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação, e, em regra, estabelecida em valor equivalente ao locativo, afasta-se sua cumulação com lucros cessantes”.

Os acórdãos, até a data do fechamento deste trabalho, ainda não haviam sido publicados no sítio eletrônico do STJ, impossibilitando a análise de todos os argumentos que fundamentaram os deslinde da questão.

Nos dois casos em questão, o entendimento das instâncias ordinárias foi de que a cláusula penal não pode ser cumulada como os lucros cessantes por terem naturezas indenizatórias, estando inseridas no conjunto das perdas e danos sofridos, pois se entendeu que a cláusula penal pactuada quanto ao atraso na entrega do imóvel era compensatória.

Entretanto, o entendimento desconsidera argumentos trazidos nos julgados da Corte em diversos casos relativos a atraso na entrega de imóveis, que claramente considerou a tese da duplicidade das espécies de cláusula penal em detrimento da tese da natureza híbrida (ou tradicional) a favor da cumulação entre cláusula penal e lucros cessantes. Na primeira, como já visto, a cláusula penal assume simultaneamente a função de estimular o adimplemento do contrato e de prefixar perdas e danos. Na segunda, a cláusula penal assume em uma espécie a função coercitiva (cláusula penal moratória) e, na outra, a função de prefixar as perdas e danos (cláusula penal compensatória). Senão, vejamos:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. ENTREGA DA OBRA. ATRASO. CLÁUSULA PENAL. LUCROS CESSANTES. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. É possível cumular a cláusula penal decorrente da mora com indenização por lucros cessantes pela não fruição do imóvel, pois aquela tem natureza moratória, enquanto esta tem natureza compensatória.

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1617556/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 10/10/2017)

Em parte do voto, o relator esclarece que:

Isso porque o entendimento desta Corte acerca do tema é baseado na premissa jurídica de que a cláusula penal pode ser classificada em duas espécies: (i) multa moratória, que se destina a evitar retardamento no cumprimento da obrigação, ou o seu cumprimento de forma diversa da pactuada, e (ii) multa compensatória, que se estipula para a hipótese de inadimplemento total da obrigação, caso em que a pena previamente estabelecida serve como estimativa de perdas e danos decorrentes da inexecução do contrato.

Nesse sentido, cuidando-se de cláusula penal moratória, o credor está autorizado a exigir não apenas o cumprimento tardio da obrigação, mas também o pagamento da multa estipulada contratualmente, além das perdas e danos decorrentes do atraso do devedor, pois, ao contrário do que ocorre em relação à pena compensatória, restringe-se a punir o retardo ou a imperfeição na satisfação da obrigação, não funcionando como prefixação de perdas e danos. Por isso, a multa moratória não interfere na responsabilidade do devedor de indenizar os prejuízos a que deu causa.<sup>157</sup>

Há diversos outros julgados da Corte nos quais há clara adoção da tese da duplicidade de cláusulas, moratória e compensatória, permitindo a cumulação. Os julgados nos quais não fora deferida a cumulação, o entendimento foi no sentido de que a cláusula possui natureza indenizatória, sem distinção quanto a sua função e finalidade no contrato de aquisição de imóvel em regime de incorporação imobiliária.

A divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do instituto é o que torna problemática a questão. A compreensão da cláusula penal sob a ótica da tese híbrida inviabiliza a cumulação, pois assume duas funções em tudo distintas, mas indissociáveis entre si, já que os lucros cessantes possuem inerente natureza indenizatória, visando quantificar e recompor as perdas e os danos decorrentes do inadimplemento contratual, considerando-se aqui o sentido amplo da cláusula<sup>158</sup>.

<sup>157</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1617556. Recorrente: DF. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 26 de setembro de 2017. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 10 out. 2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1640182&num\\_registro=201602009911&data=20171010&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1640182&num_registro=201602009911&data=20171010&formato=HTML)>. Acesso em: 2 jul. 2019.

<sup>158</sup> ROSENVALD, Nelson. Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 110.

Importante destacar que segundo essa tese, a intenção das partes não repercute a distinção entre as espécies de cláusulas para os fins para os quais estão sendo estipuladas, configurando uma indenização predeterminada<sup>159</sup>.

Mas, se se entende a cláusula penal sob a tese da duplicidade das espécies, claramente a multa moratória e a multa compensatória possuem naturezas, funções e momentos de aplicação diferentes nas relações jurídicas contratuais. A multa moratória possui natureza coercitiva, cuja finalidade é coibir o inadimplemento relativo do contrato, qual seja, o atraso desarrazoado na entrega do imóvel, e a aplicação à relação contratual se dá enquanto a prestação contratual ainda pode ser adimplida, ainda é útil ao credor. A multa compensatória, a seu turno, tem natureza indenizatória, cuja finalidade é recompor a situação patrimonial do credor ao *status quo* anterior ao descumprimento obrigacional, e sua aplicabilidade contratual ocorre quando se verifica que a prestação não é mais útil ao credor, ou seja, quando objetivamente se verifica o inadimplemento absoluto.

A indenização como prefixação de perdas e danos e a cláusula penal *stricto sensu* não assumem os mesmos contornos conceituais em um mesmo instituto jurídico contratual, agregando eficácias normativas diferenciadas quando feitas as distinções entre os modelos<sup>160</sup>.

Feita a distinção, as partes, ao contratarem, já estabeleceriam o valor da indenização de maneira objetiva para o inadimplemento do vendedor se optassem pela cláusula penal indenizatória, sem possibilidade de cumulação com lucros cessantes. Se, ao firmarem o contrato, convencionassem pela possibilidade de prejuízos excedentes àqueles já antecipados na cláusula penal, estaríamos diante de uma cláusula penal moratória, cumulável com os lucros cessantes na medida em que comprovados pelo credor.

Nessa última hipótese, "a aferição do escopo concreto das partes é o ponto de partida para qualificarmos o regime jurídico adequado a cada cláusula penal e suas diversas consequências práticas"<sup>161</sup> e, assim, buscar em cada caso a intenção das partes em estipular a cláusula para determinar como se deveria interpretá-la<sup>162</sup>.

---

<sup>159</sup> PINTO MONTEIRO, António. Cláusula Penal e Indemnização. Coimbra: Almedina, 1999, p. 497.

<sup>160</sup> ROSENVALD, Nelson. Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 112.

<sup>161</sup> Ibid., p. 113.

<sup>162</sup> Ibid.

Entretanto, no ordenamento jurídico brasileiro, como se depreende do próprio posicionamento do STJ ao fixar a tese, e por parte da doutrina, tem preponderado a aplicação da tese híbrida na interpretação da cláusula penal<sup>163</sup>, ainda que o movimento doutrinário esteja se firmando em sentido contrário<sup>164</sup>. De forma que aqui reside a questão sobre a natureza compensatória ou moratória da cláusula.

Como já dito no capítulo anterior, a cláusula penal moratória visa forçar o devedor a adimplir a obrigação firmada, a qual está em mora, permitindo a cumulatividade com os lucros cessantes, cuja prestação ocorre em conjunto com a obrigação principal. Já a cláusula penal compensatória tem o condão de fixar as perdas e os danos a serem cobrados no lugar da obrigação principal inadimplida, de natureza indenizatória, não admitindo sua cumulação, e se substituiria à prestação principal<sup>165</sup>.

Se as partes pretendem que junto à obrigação principal se exija a cláusula penal, esta cláusula será moratória; mas, se a intenção for dar às partes a faculdade de cumprir a cláusula em substituição da obrigação originária, a cláusula será compensatória.

Como leciona Nery e Nery, o art. 410 do Código Civil, se refere à cláusula penal para a hipótese de inadimplemento absoluto como faculdade à obrigação principal:

Quando a cláusula penal for estipulada para o caso de inadimplemento absoluto, o credor pode escolher entre a exigência da prestação principal ou a execução da cláusula penal. Escolhida esta, desaparece a obrigação originária e com ela o direito de o credor pedir perdas e danos, que se acham pré-fixados na cláusula penal (CC 410). Instituída em benefício do credor, tem por objetivo dispensá-lo da prova do dano e permitir que ele exija como indenização o que tiver sido estipulado como pena.<sup>166</sup>

Acrescenta o autor, em relação ao art. 411 que, “quando a cláusula penal for estipulada para o caso de mora (inadimplemento relativo) ou em segurança especial de outra cláusula determinada (CC, 409), o credor pode exigir, cumulativamente, a obrigação principal e a pena cominada (CC, 411)”<sup>167</sup>, se referindo claramente à cláusula penal de natureza moratória.

<sup>163</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 238.

<sup>164</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil - volume 2: obrigações. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 295-296.

<sup>165</sup> ROSENVALD, Nelson. Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 298.

<sup>166</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1082. Versão digital.

<sup>167</sup> Ibid., p. 1083.

Entretanto, em relação ao art. 416, o autor entende que o prejuízo é presumido quando a cláusula que estiver expressa for a convencional, de natureza compensatória, admitindo cumulação quando houver sido convencionado pelas partes. O parágrafo único excepciona a regra do *caput* nesse caso, demonstrando que o legislador preferiu mitigar o princípio da restituição integral, já visto alhures, anteriormente positivado na codificação civil revogada.

Cláusula penal punitiva. Verifica-se quando estipulada a título de pena pelo descumprimento da obrigação. Permite que o credor cobre a obrigação principal, as perdas e danos (que devem ser comprovadas) e a pena estipulada na cláusula penal. É exceção. Somente se considera possível a cláusula penal meramente punitiva (ou seja, sem a função de prefixação de perdas e danos) se houver expressa menção contratual a esse fato, hipótese em que o credor em caso de adimplemento exigirá a multa, podendo ainda provar o dano que sobejou o valor da indenização realizada pelo pagamento da pena convencional. Se isto acontecer, ao credor cabe o ônus de provar o prejuízo e o seu *quantum* para haver a indenização suplementar (CC 416 par.ún.; sem correspondência no CC/1916).<sup>168</sup>

Ademais, além das especificidades apresentadas pelo sistema jurídico nacional e internacional quanto ao tratamento dos institutos, cumpre lembrar que a situação do mercado imobiliário é demasiado sensível às conjunturas econômicas e regulações legais, o que reforça a necessária apreciação dos casos de forma individualizada, com demasiada atenção às suas particularidades. Nesse sentido:

Não há dúvida de que entre os anos de 2008 e 2014, o mercado da incorporação imobiliária frutificou por conta de diversos fatores, entres eles a consolidação do marco regulatório com a instituição do patrimônio de afetação e o aperfeiçoamento da alienação fiduciária de bem imóvel, acompanhado do amadurecimento do mercado secundário de recebíveis imobiliários, abertura do capital de vários players do ramo, além de incentivos fiscais relevantes como a instituição do Regime Especial de Tributação, entre outras providencias bastante benéficas para o incentivo da construção civil. Por outro lado, em decorrência do aumento da oferta e da procura, o volume de ações imobiliárias majorou ensejando uma série de entendimentos, alguns deles, com o devido respeito, desalinhados da compreensão do funcionamento do mercado, de suas vicissitudes e das próprias vontades e expectativas das partes envolvidas<sup>169</sup>.

Os ciclos sucessivos de aquecimento e de crise provocam ondas de ações judiciais que espelham o momento econômico. Entre os anos de 2.011 e 2.014, período de ouro do mercado imobiliário, as ações tiveram por objeto indenização por atraso de obra e cobrança de taxas ou verbas abusivas. A partir de 2.015, ano que o mercado mergulhou em séria crise, as ações tem

<sup>168</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1090. Versão digital.

<sup>169</sup> AMORIM, José Roberto Neves; ELIAS FILHO, Rubens Carmo (Org). Direito e a Incorporação Imobiliária. São Paulo: Editora sine nomine, 2016. 104p. Disponível em: <<https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/2016/09/livreto-o-direito-e-a-incorporacao-imobiliaria.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2019.

por objeto a extinção do contrato por inadimplemento dos adquirentes e a restituição dos valores já pagos<sup>170</sup>.

Por todo o exposto, percebe-se que o tema é controverso na doutrina e na jurisprudência brasileiras, bem como nos sistemas jurídicos internacionais, cuja influência inevitavelmente se mostra presente entre os diversos operadores do direito. O que se pode confirmar, oportunamente, pelo julgamento dos recursos paradigmas pelo STJ, ocasião na qual a maioria dos ministros acompanhou o voto do relator, pela não cumulação entre a cláusula penal e os lucros cessantes, enquanto a minoria divergiu.

A estipulação de multa contratual para o caso de inadimplemento por mora, acordado entre particulares, não afeta a responsabilidade civil proveniente de atraso no cumprimento obrigacional, já prevista pelo sistema jurídico. É medida de cautela observar as intempéries pelas quais passa o mercado imobiliário de tempos em tempos a fim de que não fique sujeito à repercussões financeiras desarrazoadas mas, outrossim, é imperioso considerar o regular andamento da vida cotidiana e as vontades das partes no momento de contratar em atenção a princípios como função social, isonomia, boa-fé e estabilidade da relação contratual. Como leciona Reale:

O certo é que, logo no início do Livro I da Parte Especial, Lê-se no Anteprojeto que “ a liberdade de contratar somente pode ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato” e, mais, que “os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade de da boa-fé”. Assim como a propriedade é legítima e fundante, enquanto expressão de um valor social, a mesma coisa se dá com o contrato [...]. **o Direito é momento essencial na vida humana, uma dimensão existencial do homem. É necessário, então, levar-se em conta as contingências da condição humana, conferindo-se maior poder ao juiz para assegurar o equilíbrio ético-econômico dos contratos, a fim de impedir que a parte mais fraca seja a primeira vítima de seu próprio querer, ou que o decidido pela vontade individual afronte valores sociais impostergáveis.**<sup>171</sup>

<sup>170</sup> AMORIM, José Roberto Neves; ELIAS FILHO, Rubens Carmo (Org). Direito e a Incorporação Imobiliária. São Paulo: Editora sine nomine, 2016. 104p. Disponível em: <<https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/2016/09/livreto-o-direito-e-a-incorporacao-imobiliaria.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2019.

<sup>171</sup> REALE, Miguel. Anteprojeto do Código Civil. Revista de informação legislativa, v. 9, n. 35, 1972, p. 12. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180616/000346063.pdf?sequence=1>> Acesso em 01 jul. 2019.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessária regulação jurídica no que tange as relações contratuais de consumo no cenário o mercado imobiliário é latente. A demanda por imóveis adquiridos sob o regime de incorporação imobiliária sofre com as consequências de um mercado altamente sensível à economia do país.

As consideráveis implicações de natureza econômica, jurídica e social que se apresentam são relevantes para a manutenção do equilíbrio de todas as esferas de interesse envolvidas e se refletem na maneira de tratamento oferecido à matéria.

A tese foi objeto deste estudo a fim de criticar o posicionamento adotado pelo STJ sobre questão sensível e com divergências jurisprudenciais a nível nacional. A questão se cingia à possibilidade ou não de cumulação de lucros cessantes com a cláusula penal no caso de atraso na entrega do imóvel adquirido em regime de incorporação imobiliária.

No julgamento dos recursos paradigmas, REsp 1635428/SC<sup>172</sup> e REsp 1498484/DF<sup>173</sup>, a Corte fixou a tese seguinte: “A cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação, e, em regra, estabelecida em valor equivalente ao locativo, afasta-se sua cumulação com lucros cessantes”.

Diante disso, o estudo buscou demonstrar que a cláusula penal, como já tratado, é instituto de direito civil controverso. No direito civil brasileiro, é a multa que pode ser estipulada entre os contratantes, de natureza acessória à obrigação principal e se relaciona ao inadimplemento contratual no caso em análise.

Historicamente, vem sendo adotada pela doutrina a diferenciação entre cláusula penal compensatória e cláusula penal moratória, já positivada em diplomas civis estrangeiros e cuja influência no direito civil brasileiro é clara. Esses dois tipos de cláusula penal podem ser analisados pelos operadores do direito sob a ótica de duas teses distintas: tese híbrida ou tese da duplicidade de espécies.

A primeira dá à cláusula penal natureza dúplice de impelir o devedor a cumprir a obrigação e prefixar as perdas e os danos, que restam liquidados em valor. A

---

<sup>172</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1635428, Segunda Seção. Recorrente: SC. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 22 de maio de 2019. Diário de Justiça. Brasília, 25 jun. 2019.

<sup>173</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1498484, Segunda Seção. Recorrente: DF. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 22 de maio de 2019. Diário de Justiça. Brasília, 25 jun. 2019.

segunda diferencia a cláusula penal cujo desígnio seja coercitivo da que tem finalidade compensatória. Essa diferenciação torna possível a adequada regulação jurídica, pois se percebe com clareza a finalidade e a intenção das partes ao estipular a cláusula.

A cláusula penal coercitiva busca coibir o inadimplemento relativo, compreendido pela mora na prestação de entregar no contrato de compra e venda, se caracterizando então a multa moratória. Já o inadimplemento absoluto, quando a prestação não é mais útil ao credor, é indenizado pela multa compensatória, substituindo-se à obrigação principal de entregar o imóvel.

Os lucros cessantes estão caracterizados como indenização por natureza, já que estão abarcados pelas perdas e danos indenizáveis por ilícito civil ou inadimplemento contratual.

No que se refere a cumulação dos institutos, a melhor interpretação a ser conferida é a que adota a teoria da duplicidade das espécies, pois a celebração de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por conceder ao incorporador imobiliário e ao adquirente as figuras pertinentes da relação consumerista, busca dar equidade à relação jurídica, visando evitar o inadimplemento (absoluto ou relativo).

Se fosse adotada a interpretação sob a tese híbrida, as partes, ao contratarem, expressamente disporiam sobre uma cláusula penal de qualidade indenizatória, quer fosse para o completo inadimplemento, quer fosse para a mora, que se constituem em situações jurídicas distintas, com repercussões desproporcionais.

A cláusula penal é acessória à obrigação principal, sendo então estipulada por acordo entre as partes, por vontade mútua ou, até mesmo, por ausência de tutela jurídica específica. A legislação brasileira, objetivamente, determina no art. 408 que a cláusula pode ser exigida de pleno direito mediante inadimplemento.

O art. 409, por sua vez, dispõe que a cláusula pode se referir ao descumprimento do avençado, seja no total ou em parte, ou, ainda pela mora do devedor. A redação do dispositivo deixa claro que o legislador diferenciou a finalidade da cláusula penal em relação ao inadimplemento absoluto e ao relativo, constituído em mora.

Aquela cláusula que se refere ao inadimplemento absoluto atrai a incidência da multa compensatória. Já a que trata do inadimplemento relativo (mora) atrai a incidência da multa moratória.

Como já visto, é possível entender que toda cláusula penal tem em sua origem a intenção de coibir o devedor a cumprir a obrigação pactuada e a adimplir a



prestação. Contudo, a primeira característica se expressa mais claramente na multa moratória, cuja intenção é forçar o devedor ao cumprimento, conforme o art. 411. Na multa compensatória, a indenização já resta prefixada desde a contratação das partes, como se percebe da leitura do art. 410.

Por fim, em relação aos excessos que eventualmente surjam, importante pontuar que a cláusula penal não pode exceder ao da obrigação principal (art. 412), mas, caso ocorra, a legislação permite a redução do valor, ou do cumprimento, com vistas a natureza e finalidade do contratado. Ou seja, a própria lei considera que a natureza e a finalidade do negócio jurídico são requisitos a serem considerados na análise jurídica da equidade entre as partes.

Por fim, o art. 416 é claro ao dispor que a exigência da pena convencional prescinde de alegação dos prejuízos sofridos pelo credor, mas, se pactuado, é possível que se exija indenização suplementar, referente ao que exceder à multa contratual.

O caso de atraso na entrega do imóvel é característico de inadimplemento relativo (mora), cuja pena convencional resta fixada entre as partes. Nesse contexto, a multa estipulada se reveste de natureza moratória, visto que a razão do inadimplemento foi o atraso na prestação. Por medida de justiça, os prejuízos dela decorrentes são amparados pela responsabilidade civil contratual, abarcando as perdas e danos provenientes, quais sejam, a não fruição do imóvel na data avençada.

É necessário, por tudo, aferir a vontade das partes na celebração da cláusula penal para verificar a intenção que as partes possuíam e que desejaram impor à cláusula (natureza e finalidade) ao pactuar, apenas verificado caso a caso pelo Judiciário. A fixação de uma tese nesses termos corrobora com a celeridade, a segurança jurídica, economia processual e isonomia, no entanto, retira das partes a oferta de uma prestação jurisdicional voltada para a realidade dos fatos e das vontades contratadas entre as partes.

## REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. FEDERAL MINISTRY OF JUSTICE AND CONSUMER PROTECTION. **German Civil Code**. 2002. Disponível em: <[http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p1233](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p1233)>. Acesso em: 02 jul. 2019.
- ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- AMORIM, José Roberto Neves; ELIAS FILHO, Rubens Carmo (Org). **Direito e a Incorporação Imobiliária**. São Paulo: Editora sine nomine, 2016. 104p. Disponível em: <<https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/2016/09/livreto-o-direito-e-a-incorporacao-imobiliaria.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2019.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BLAS, Jesus Maria Lobato de. **La cláusula penal em el derecho español**. Pamplona: Ediciones Universidade de Navarra, 1974.
- BRASIL. Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm)>. Acesso em: 02 jul. 2019.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2019.
- BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 01 jul. 2019.
- BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2019.
- BRASIL. Comissão Diretora. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 281, de 2012**. 2015. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=49FF2F6E4D90B219C145049EF204D41D.proposicoesWebExterno2?codteor=1408274&filenome=PL+3514/2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=49FF2F6E4D90B219C145049EF204D41D.proposicoesWebExterno2?codteor=1408274&filenome=PL+3514/2015)>. Acesso em: 02 jul. 2019.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>>. Acesso em: 02 jul. 2019.
- BRASIL. Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (nugep). Superior Tribunal de Justiça. **Sobre Recursos Repetitivos**. 2019. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Processos/Repetitivos-e-IAC/Saiba-mais/Sobre-Recursos-Repetitivos](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Processos/Repetitivos-e-IAC/Saiba-mais/Sobre-Recursos-Repetitivos)>. Acesso em: 02 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Rescisória nº 1.438, Primeira Seção. Recorrente: PR. Relator: Luiz Fux. Brasília, DF, 14 de abril de 2004. **Diário de Justiça**. Brasília, 10 maio 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1617556. Recorrente: DF. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 26 de setembro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 10 out. 2017. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1640182&num\\_registro=201602009911&data=20171010&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1640182&num_registro=201602009911&data=20171010&formato=HTML)>. Acesso em: 2 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1610303, Quarta Turma. Recorrente: SE. Relator: Lázaro Guimarães. Brasília, DF, 08 de fevereiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 16 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo Interno nos Embargos de Declaração no AREsp nº 1078510, Quarta Turma. Recorrente: SP. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 07 de junho de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 14 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1006765, Terceira Turma. Recorrente: ES. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 18 de março de 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 12 mai. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1113804, Quarta Turma. Recorrente: RS. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 27 de abril de 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 24 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1154737, Quarta Turma. Recorrente: MT. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 21 de outubro de 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 fev. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1355554, Terceira Turma. Recorrente: RJ. Relator: Sidnei Beneti. Brasília, DF, 06 de dezembro de 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 04 fev. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1232773, Terceira Turma. Recorrente: SP. Relator: João Otávio De Noronha. Brasília, DF, 18 de março de 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 03 abr. 2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1640182&num\\_registro=201602009911&data=20171010&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1640182&num_registro=201602009911&data=20171010&formato=HTML)>. Acesso em: 2 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1496018, Terceira Turma. Recorrente: MA. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 17 de maio de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 06 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1473437, Quarta Turma. Recorrente: GO. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 07 de junho de 2016.

**Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 28 jun. 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1640182&num\\_registro=201602009911&data=20171010&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1640182&num_registro=201602009911&data=20171010&formato=HTML)>. Acesso em: 2 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1361699, Terceira Turma. Recorrente: MG. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 12 de setembro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 21 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1658754, Terceira Turma. Recorrente: PE. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 14 de agosto de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 23 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1498484, Segunda Seção. Recorrente: DF. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 22 de maio de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 25 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1635428, Segunda Seção. Recorrente: SC. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 22 de maio de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 25 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sobre Controvérsias.** 2019. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Processos/Repetitivos-e-IAC/Saiba-mais/Sobre-Controv%C3%A9rsias](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Processos/Repetitivos-e-IAC/Saiba-mais/Sobre-Controv%C3%A9rsias)>. Acesso em: 02 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sobre Suspensão em IRDR.** 2019. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Processos/Repetitivos-e-IAC/Saiba-mais/Sobre-Suspens%C3%A3o-em-IRDR](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Processos/Repetitivos-e-IAC/Saiba-mais/Sobre-Suspens%C3%A3o-em-IRDR)>. Acesso em: 02 jul. 2019.

BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. **Incorporação imobiliária à luz do CDC.** São Paulo: Saraiva, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil – Vol. 2 – Obrigações e Responsabilidade Civil.** 5. ed. Saraiva, 2012. Versão digital.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIEZ-PICAZO, Luís Maria. **Fundamentos del derecho civil patrimonial, v. I.** 2. ed. 1. Reimp. Madri: Ediciones Tecnos, 1986.

ESPÍN ALBA, Isabel. **La cláusula penal.** Madrid: Ediciones jurídicas y sociales, 1997.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho,** Porto Alegre, v. 76, n. 1, 2010, p. 17-63.

- FARBER, Daniel. Reassessing the economic efficiency of compensatory damages for breach of contract. **Virginia Law Review**, Charlottesville, v. 66, 8, p. 1443-1484, nov./dez. 1980.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. (v. 4).
- FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FRANÇA, Rubens Limongi. **Raízes e Dogmáticas da cláusula penal**. São Paulo: Rumo, 1987.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- L'INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU. **Código Civil: Libro IV: Título I**. 1889. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/4T1C3.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2019.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil – volume 2: Obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Direito civil – volume 3: Contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- \_\_\_\_\_. **Direito civil – volume 2: obrigações**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MESTROT, Michèle et al. **Código Civil**. 2006. Disponível em: <[https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code\\_41.pdf](https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf)>. Acesso em: 02 jul. 2019.
- MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações – 2ª Parte**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.
- MOREIRA, Barbosa. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, vol. 61, 1991.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Versão digital.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. O Incidente de resolução de demandas repetitivas introduzido no direito brasileiro pelo novo Código de processo civil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 53, n. 210, abr./jun. 2016. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril\\_v53\\_n210\\_p63](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p63)>. Acesso em: 01 jul. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, volume II. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

PINTO MONTEIRO, Antônio. **Cláusula penal e indenização**. Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro nº 25, p. 128, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

REALE, Miguel. Anteprojeto do Código Civil. **Revista de informação legislativa**, v. 9, n. 35, 1972, p. 12. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180616/000346063.pdf?sequence=1>> Acesso em 01 jul. 2019.

RIOS, Arthur Edmundo Sousa. Responsabilidade Civil; os novos conceitos indenizáveis no projeto Reale. In: SEMINÁRIO SOBRE O PROJETO DO NOVO CÓDIGO CIVIL, 10 (1-2), 1985, Goiânia. **Seminário sobre o projeto do novo código civil**. Goiânia: UFG, 1985. p. 67-85. Disponível em: <<https://repositorio.bc.ufg.br/bitstream/ri/14044/5/Artigo%20-%20Arthur%20Edmundo%20Sousa%20Rios%20-%201986.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Parte Geral das Obrigações**. Volume 2. 30. ed. Saraiva: São Paulo, 2002.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Traduzido por Ana Coimbra. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da Reparação Integral: Indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil: obrigações em geral**, volume II. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil – Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial**. 5. Ed. São Paulo: RT, 2001.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil – v. 2**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TAVARES, Fernanda Girardi. **Redução da Cláusula Penal**: uma releitura baseada no perfil funcional. 2008. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, vol. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

THE CARDOZO ELECTRONIC LAW BULLETIN. **Il Codice Civile Italiano**. 1947. Disponível em: <[http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter\\_DICTUM/codciv/Lib4.htm](http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_DICTUM/codciv/Lib4.htm)>. Acesso em: 02 jul. 2019.

THUR, A. von. **Tratado de las obligaciones**. Tradução do alemão por W. Roces. Granada: Editorial Comares, 2007.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil**: direito das obrigações e teoria geral dos contratos, 2. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. Milão: Guiffrè, 1991.