

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP  
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – EDAP  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MARINA GRIGOL PAIM**

**INADIMPLEMENTO NOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS E A CUMULAÇÃO  
ENTRE MULTA CONTRATUAL E LUCROS CESSANTES: A PERSPECTIVA  
SOBRE A NATUREZA DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS A PARTIR DO TEMA  
970 DO STJ**

**BRASÍLIA – DF,  
NOVEMBRO, 2020**

**MARINA GRIGOL PAIM**

**INADIMPLEMENTO NOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS E A CUMULAÇÃO  
ENTRE MULTA CONTRATUAL E LUCROS CESSANTES: A PERSPECTIVA  
SOBRE A NATUREZA DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS A PARTIR DO TEMA  
970 DO STJ**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora, como requisito para a conclusão do curso de Direito e obtenção do título de bacharel em Direito pela Escola de Direito e Administração Pública – EDAP/IDP.

Orientador: Prof. Me. Ricardo Rocha Leite

**BRASÍLIA – DF,  
NOVEMBRO, 2020**

**MARINA GRIGOL PAIM**

**INADIMPLENTO NOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS E A CUMULAÇÃO  
ENTRE MULTA CONTRATUAL E LUCROS CESSANTES: A PERSPECTIVA  
SOBRE A NATUREZA DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS A PARTIR DO TEMA  
970 DO STJ**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora, como requisito para a conclusão do curso de Direito e obtenção do título de bacharel em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Orientador: Prof. Me. Ricardo Rocha Leite.

Brasília - DF, 23 de novembro de 2020.

---

**Prof. Me. Ricardo Rocha Leite**

Professor Orientador

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

---

**Prof. Titulação e Nome Completo**

Membro da Banca Examinadora

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

---

**Prof. Titulação e Nome Completo**

Membro da Banca Examinadora

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

**INADIMPLENTO NOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS E A CUMULAÇÃO  
ENTRE MULTA CONTRATUAL E LUCROS CESSANTES: A PERSPECTIVA  
SOBRE A NATUREZA DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS A PARTIR DO TEMA  
970 DO STJ**

Marina Grigol Paim

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Contratos Imobiliários; 1.1. Aspectos gerais dos contratos imobiliários; 1.2. Contratos; 1.3. Princípios Contratuais; 1.4. Contratos no Direito Imobiliário; 1.5. Obrigações; 1.6 Inadimplemento; 2. Cláusulas Penais; 2.1. Conceitos de cláusula penal; 2.2. Características Gerais das Cláusulas Penais; 2.3. Funções das Cláusulas Penais; 2.4. Modalidades de Cláusulas Penais: comparação entre Cláusula Penal Moratória e Compensatória; 3. Lucros Cessantes; 3.1. Conceito de Lucros Cessantes; 3.2. Razoabilidade e dano; 4. Cumulação de Multa Contratual com Lucros Cessantes; 4.1. Tema 970 do STJ; 5; Considerações finais.

## **RESUMO**

O Tema 970 do STJ trouxe uma das principais dúvidas que há a respeito do inadimplemento contratual, qual seja, a possibilidade de existir cumulação entre multa contratual com lucros cessantes, tendo em vista se tratar de situação bastante complexa nos contratos imobiliários. Para responder essa questão, objeto da presente pesquisa, será visto, primeiramente, o caminho lógico-sistemático que levou a necessidade de fixação do entendimento. Ao passo em que se inicia o trabalho observando as características gerais dos contratos, aplicação no direito imobiliário, obrigações e o inadimplemento. Em segundo momento, será analisada a função da cláusula penal, aplicabilidade, além de ser feito um comparativo entre cláusula penal moratória e compensatória. Após, em um terceiro momento, serão abordados os aspectos gerais dos lucros cessantes dados pela doutrina, pela legislação e pela jurisprudência. Em decorrência de todos os conceitos abordados durante a pesquisa, legislação que trata sobre o tema, bem como dos Recursos Repetitivos que trataram sobre o assunto e fixaram o Tema 970, se observará, na prática, os argumentos lançados que justificaram a fixação do entendimento quanto a impossibilidade de cumulação da multa contratual com lucros cessantes.

**Palavras-chave:** Contratos. Obrigações. Inadimplemento. Cláusula Penal. Lucros Cessantes. Cumulação. Tema 970.

## **ABSTRACT**

Theme 970 of the STJ brought one of the main doubts regarding contractual defaults, namely the possibility of cumulation between contractual fines and loss of profits, in view of the very complex situation in real estate contracts. To answer this question, which is the object of the present research, firstly the logical-systematic path that led to the need to establish such an understanding will be analysed. As the research continues, the general characteristics of the contracts, their application in real estate law, obligations and default will be explored. Secondly,

the function of the penal clause and its applicability will be analysed, in addition to making a comparison between the moratorium and compensatory penal clause. After, in a third moment, the general aspects of the lost profits will be examined as per the relevant doctrine, legislation and jurisprudence. As a result of all the concepts covered throughout the research, legislation dealing with the issue, as well as the Repetitive Appeals that dealt with the subject and fixed Theme 970, it will be observed, in practice, the arguments that justified the establishing of a precedent observing the impossibility of cumulating contractual fines with loss of profits.

**Key words:** Contracts. Obligations. Default. Penalty Clause. Lost Profits. Cumulation. Theme 970.

## INTRODUÇÃO

No atual cenário vemos que o direito contratual desempenha papel bastante relevante dentro da sociedade, mas, apesar disso, ainda existem inúmeras dificuldades quanto a responsabilização dos envolvidos, as penalidades aplicáveis em casos de descumprimento e, inclusive, das próprias disposições contratuais referentes a esses institutos.

O Tema 970 do STJ trouxe uma das principais dúvidas que há a respeito do inadimplemento contratual, qual seja, a possibilidade de existir cumulação entre multa contratual com lucros cessantes.

O presente artigo tem como objetivo justamente trazer à tona essa discussão e tentar responder a seguinte questão: é possível a cumulação da cláusula penal com os lucros cessantes? Além disso, é importante mencionar que a discussão nos Recursos afetados pelo STJ se refere à possibilidade de cumulação com lucros cessantes nos casos de inadimplemento do vendedor (Incorporadora/Construtora) em virtude do atraso na entrega de imóvel em construção objeto de contrato ou promessa de compra e venda.

A fim de delimitar o objeto da pesquisa, não será discutida a possibilidade de cumulação de cláusula penal com outros danos materiais, limitando-se aos lucros cessantes.

Com intuito de chegar a uma resposta à questão objeto da pesquisa, o presente trabalho, através do método dedutivo e por um caminho lógico-sistemático, indo do geral ao específico, irá se debruçar sobre a doutrina que trata tanto a respeito da cláusula penal, quanto ao respeito dos lucros cessantes, analisando, antes disso, conceitos gerais e abrangentes sobre contratos, obrigações e inadimplemento.

Diante disso, no intuito de organizar e facilitar a compreensão sobre o assunto, o trabalho será dividido em quatro momentos. No primeiro capítulo, serão abordados os aspectos gerais dos contratos, mencionando de forma linear e lógica o funcionamento, os princípios, as

obrigações e o seu descumprimento, incluindo as consequências da conduta inadimplente. No segundo capítulo, serão abordados os aspectos gerais que norteiam a cláusula penal, conceitos, classificações e as suas diferentes naturezas jurídicas. No terceiro capítulo, serão tratados os aspectos relativos aos lucros cessantes, a classificação do dano, a plausibilidade da cobrança, bem como a responsabilização civil da parte. Por fim, no quarto capítulo, será feita a discussão a respeito do objeto da pesquisa, qual seja, a discussão sobre a possibilidade de cumulação de cláusula penal com lucros cessantes.

Na primeira parte, será dado destaque a parte geral do contrato, tendo por observado que antes de se adentrar a discussão sobre cumulação de cláusula penal e lucros cessantes, deve-se explanar o caminho lógico do contrato, isto é, para que se chegue a origem do debate, é necessário entender em que ponto ela surgiu.

Portanto, a relevância jurídica dos contratos vem da ocorrência de ato fato que ensejou a aplicação de sanção, o inadimplemento, e, para se considerar o inadimplemento, restou necessária a existência de pacto entre as partes, sujeitos a obrigações. Em outras palavras, a existência de contrato com previsão de obrigações mútuas e a conduta antijurídica da parte que descumpriu, sujeitou a aplicação das penalidades adstritas ao contrato e, em observância a legislação, a questão controvertida sobre a possibilidade de cumulação da multa com lucros cessantes.

A partir dessa noção geral sobre os contratos, na segunda parte do trabalho será dado enfoque ao instituto das cláusulas penais, conceitos trazidos pela doutrina, aspectos característicos, tal como a análise sobre a função e as modalidades da cláusula penal, realizando, inclusive, um comparativo entre a cláusula penal moratória e a cláusula penal compensatória.

Na terceira parte, serão explicados os lucros cessantes, dividindo-se tal tema em duas etapas: em uma primeira, explicando aspectos gerais quanto ao seu conceito doutrinário e, posteriormente, a necessidade de comprovação do dano, conduta antijurídica da parte e o nexo causal, com ênfase na razoabilidade para configuração dos lucros cessantes.

Por fim, na quarta parte do trabalho, será abordada a questão da possibilidade de cumulação de cláusula penal com os lucros cessantes propriamente ditos, tendo como análise os Recursos Repetitivos que tratam sobre o tema, bem como os conceitos abordados ao longo deste trabalho.

Dessa maneira, a presente pesquisa, através do caminho acima descrito, irá debater tema de suma importância nas relações contratuais, oferecendo, na discussão, objeto da presente

pesquisa, compreensão sobre a possibilidade de cumulação de cláusula penal com lucros cessantes.

## 1 CONTRATOS IMOBILIÁRIOS

### 1.1. ASPECTOS GERAIS DOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS

Antes de se adentrar ao mérito da discussão sobre a possibilidade de cumulação da cláusula penal com os lucros cessantes, objeto da pesquisa, é necessário realizar uma breve explanação e análise sobre alguns pontos essenciais.

Dessa maneira, a primeira parte do presente trabalho tem como escopo fazer uma descrição dos contratos, perfazendo sua análise quanto a função, princípios, a incidência dentro do direito imobiliário, obrigações e as complicações no caso de inadimplemento.

### 1.2. CONTRATOS

Os contratos, em geral, fazem parte do cotidiano de todos que convivem em sociedade, seja por motivos profissionais ou pessoais. De certa forma, os contratos estão presentes em inúmeras situações, sejam comuns ou específicas, mas, muitas vezes, não são lidos como contratos, diante da sua fluidez e recorrente utilização.

É fácil observar, em alguns casos, a existência e necessidade dos contratos, podendo citar, por exemplo, contratos de adesão de plano telefônico, compra e venda de bens móveis e imóveis, locação. Mas eles vão além disso, os contratos estão presentes nos detalhes, desde as constituições de empresas, aos casamentos, divórcios, adoções e inúmeras outras situações.

Apesar da enorme familiaridade com os contratos, não é obvio e nem ultrajante relembrar e apresentar o que este representa, o que ampara e porquê tem tanta importância no mundo jurídico.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, por contrato entende-se por:

Um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos. Dizendo-o mais sucintamente, e reportando-nos à noção que demos de negócio jurídico (nº 82, supra, vol. I), podemos definir contrato como o “acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: volume 3: contratos** / Caio Mário da Silva Pereira; rev. e atual. Caitlin Mulholland. – 22. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Nesse mesmo aspecto, entenderam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que os contratos são:

Todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos pelas partes, respeitados os pressupostos I de existência, validade e eficácia impostos pelo sistema jurídico que sobre ele incide<sup>2</sup>.

Em outras palavras, contrato é um negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância e manutenção dos termos firmados quanto à satisfação dos interesses dos envolvidos, apenas se sujeitando aos limites da legislação.

### 1.3. PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Não obstante ser um termo reconhecido e aparentemente simples, os contratos são regulados com intuito de se dar segurança jurídica aos envolvidos, como uma forma de garantia de que o pactuado será cumprido e, assim não sendo, terá amparo jurídico para sua cobrança ou compensação.

Existem princípios norteadores para a elaboração dos contratos, sendo eles: autonomia da vontade, consensualismo, força obrigatória, boa-fé, e, por fim, função social. De forma bastante breve, tem-se que os três primeiros princípios são clássicos e interligados. Enquanto os demais, apesar de interligados, são uma inovação axiológica no ordenamento jurídico, trazidos, principalmente, por Miguel Reale.

Caio Mário da Silva Pereira menciona em seu livro que a autonomia da vontade está intimamente ligada a intervenção do Estado, ao passo em que as partes tem autonomia contratual para fazerem, como entenderem, as disposições contratuais, apenas devendo se atentar quanto as previsões jurídicas<sup>3</sup>. Isto é, o papel deste princípio é trazer a livre manifestação das partes para o acordo, mas com proteção legal contra eventuais abusos, incluindo no texto normativo a possibilidade de implementação de cláusulas, multas e até a revisão contratual.

Nesse mesmo aspecto, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald trazem conceitos bem próximos quanto ao princípio da autonomia da vontade. Nota-se:

A Constituição Federal não restringe a autonomia negocial, mas cria mecanismos de controle de sua legitimidade. Na ótica solidarista, a autonomia negocial se condiciona a um quadro de valores, sendo a liberdade consentida pelo sistema, de forma a que o contrato não se restrinja às “vestes da circulação

---

<sup>2</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie** / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosenvald. – 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>3</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: volume 3: contratos** / Caio Mário da Silva Pereira; rev. e atual. Caitlin Mulholland. – 22. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

econômica”, mas que, simultaneamente, atue como instrumento a serviço da defesa dos interesses existenciais do contratante e da coletividade que com ele interage<sup>4</sup>.

O princípio do consensualismo muito se aproxima da autonomia da vontade, tendo em vista que o nascimento do contrato se dá pelo simples consentimento entre os interessados, como bem mencionado por Maria Helena Diniz<sup>5</sup>. Destaca-se, inclusive, que é a regra do sistema, pois há contratos que preveem, além do consenso, a necessidade de entrega de alguma coisa. São os chamados contratos reais.

Sendo também o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira ao citar que “o contrato nasce do consenso puro dos interessados, uma vez que é a vontade a entidade geradora<sup>6</sup>”. Em outras palavras, o contrato nasce, mesmo que informalmente, do próprio consentimento.

Portanto, pode-se dizer que é inerente ao contrato a necessidade de externalização da vontade, as partes devem pactuar e concordar com as obrigações determinadas. Entretanto, a formalidade dos contratos não é inerente a todas as modalidades, como bem visto pelo princípio do consensualismo, o mero consentimento já importa na existência de um contrato.

Outro princípio, que parece um tanto quanto obvio, diz respeito a força obrigatória dos contratos. As partes são livres para pactuarem, nas condições que assim escolherem, observando a legislação, mas a partir disso, os contratos têm força obrigatória e seu cumprimento é amparado por lei.

Esse princípio, bastante conhecido como *pacta sunt servanda*, pressupõe que os contratos devem ser cumpridos, pois fazem lei entre as partes. É nesse sentido o entendimento trazido por Carlos Roberto Gonçalves, de que:

A vontade, uma vez manifestada, obriga o contratante. Esse princípio significa que o contrato faz lei entre as partes, não podendo ser modificado pelo Judiciário. Destina-se também a dar segurança aos negócios em geral<sup>7</sup>.

Caio Mário da Silva Pereira optou por conceituar este princípio como sendo “decorrência natural de sua função social é o princípio de sua obrigatoriedade<sup>8</sup>”. Mencionando, ainda, que “o princípio da força obrigatória do contrato significa, em essência, a

---

<sup>4</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie** / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosenvald. – 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>5</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extraordinárias**/ Maria Helena Diniz-27 ed.-São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>6</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: volume 3: contratos** / Caio Mário da Silva Pereira; rev. e atual. Caitlin Mulholland. – 22. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

<sup>7</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto **Direito civil, 1: esquematizado: parte geral: obrigações e contratos** / Carlos Roberto Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>8</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: volume 3: contratos** / Caio Mário da Silva Pereira; rev. e atual. Caitlin Mulholland. – 22. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

irreversibilidade da palavra empenhada<sup>9</sup>”. Nota-se a clareza trazida por ele, de que a força do contrato é justamente para assegurar o seu cumprimento.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald traduzem o princípio da seguinte forma:

Destarte, o contrato ainda possui força obrigatória, que agora significa a vinculação para o cumprimento de seu conteúdo, a ser definido ora pela lei, ora pelo juiz, ora pelas partes, pois as fontes da obrigatoriedade são plúrimas. Com esmero, pondera Daniel Sica da Cunha<sup>41</sup> que, “se o contrato é a veste jurídica das operações econômicas, cosido é por diversos alfaiates, que entre si conversam para produzir a mais fulgurante vestimenta<sup>10</sup>”.

Tem-se, de uma forma simplista, que a força obrigatória nada mais é que a vinculação do que fora livremente pactuado.

Cabe trazer ao debate, ainda, o princípio da boa-fé, este que leva discussões imensas em diversas áreas do direito. Na relação contratual, relembra-se a ideia de boa-fé objetiva, ao modo que se observa a legítima expectativa quanto ao comportamento dos envolvidos.

Segundo Cristiano Chaves de Farias:

A boa-fé é um arquétipo ou modelo de comportamento social que nos aproxima de um conceito ético de proceder de forma correta. Toda pessoa deverá ajustar o seu agir negocial a este padrão objetivo. A conduta esperada é a conduta devida, de acordo com parâmetros sociais. A boa-fé consiste em uma ideia que insere uma suavização e uma correção em uma inteligência demasiadamente estrita do princípio do pacta sunt servanda, introduzindo modulações que possam ser exigidas nas circunstâncias do caso concreto. Trata-se de uma fórmula indutora de uma certa dose de moralização na criação e no desenvolvimento das relações obrigacionais, propiciando a consideração por uma série de princípios que a consciência social demanda, mesmo que não estejam formulados pelo legislador ou pelo contrato<sup>11</sup>.

Nesta toada, refere-se ao princípio da boa-fé como a ideia que as partes têm e devem desempenhar quanto ao comportamento negocial, ou seja, a conduta esperada e devida, de acordo com os termos entabulados.

E, por fim, o princípio da função social dos contratos. Assim como em diversos ramos do direito, a existência de negócios jurídicos pressupõe a necessidade de que o objeto, bem ou pacto, devem ter uma função social, devem transmitir um interesse social que justifique sua existência ou titularidade, no caso de bem imóveis, por exemplo.

Este princípio vem expresso no artigo 421 do Código Civil de 2002.

---

<sup>9</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: volume 3: contratos** / Caio Mário da Silva Pereira; rev. e atual. Caitlin Mulholland. – 22. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

<sup>10</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie** / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosenvald. – 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>11</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie** / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosenvald. – 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

Art.421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Em mesmo sentido, por Caio Mário da Silva Pereira entende-se que:

A função social do contrato serve para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório<sup>12</sup>.

Isto é, a função social é a relevância jurídica ao se analisar o interesse individual e o interesse coletivo. Noutra giro, mas não em oposição, Cristiano Chaves de Faria traz a função do contrato como um equilíbrio em que o “ordenamento civil-constitucional não quer que o contrato seja ‘abstrato’, no sentido de servir somente à utilidade econômica proporcionada às partes, mas ‘causal’, cumpridor de uma função social”<sup>13</sup>. Em síntese, o contrato deve abranger não apenas o individual, mas o coletivo também.

#### 1.4. CONTRATOS NO DIREITO IMOBILIÁRIO

No direito imobiliário isso não é diferente. Os contratos servem para regular e dar segurança às relações imobiliárias, sejam elas de compra e venda, locação, incorporação imobiliária, financiamento e outros.

É comumente conhecido, no direito imobiliário, duas modalidades principais de contratos, (i) compra e venda de imóveis; e (ii) locações. No presente artigo o objeto de análise são os contratos de compra e venda, tendo em vista que a discussão a ser pautada se refere às cláusulas penais aplicáveis ao inadimplemento contratual dessa modalidade e a cumulação com lucros cessantes.

Portanto, para melhor firmar o surgimento desse debate, cabe, ainda, conceituar o contrato de compra e venda que, geralmente, passa por duas etapas: (i) a promessa de compra e venda; e (ii) a escritura pública. De todo modo, não há óbice quanto a realização da compra e venda apenas por escritura pública, isto é, não há necessidade de contrato prévia para sua efetivação.

Para isso, podemos citar Luiz Antonio Scavone Junior que entende da seguinte forma:

A promessa de compra e venda nada mais é que um contrato preliminar, mediante o qual o promitente comprador do imóvel se obriga a pagar o preço

---

<sup>12</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: volume 3: contratos** / Caio Mário da Silva Pereira; rev. e atual. Caitlin Mulholland. – 22. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

<sup>13</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie** / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosendal. – 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

e o promitente vendedor, após receber o que avençou, se compromete a outorgar a escritura hábil à transferência da propriedade<sup>14</sup>.

Luiz Antonio Scavone Junior ainda menciona Pontes de Miranda, relatando que este caracteriza o contrato de compromisso de compra e venda “como o contrato pelo qual as partes se obrigam a concluir outro negócio, sendo essencial à noção do pré-contrato que se obrigue alguém a concluir contrato ou outro negócio jurídico”<sup>15</sup>.

Concluindo que, portanto, “não há venda, mas promessa de vender e comprar de tal sorte que não há transmissão da propriedade”<sup>16</sup>.

Assim dizendo, promessa de compra e venda é apenas um contrato prévio, que não transfere a propriedade do imóvel, mas já constitui negócio jurídico com garantias, que, quando concluído, enseja na possibilidade do promitente comprador exigir a celebração do contrato definitivo, consoante se observa do art. 463, do Código Civil:

Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive.

Parágrafo único. O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente.

Por se tratar de um contrato prévio, há a necessidade de um contrato definitivo, um instrumento público. Luiz Antonio Scavone Junior traz:

a escritura que, depois de registrada, atribuía o direito de propriedade, colimado pelo pré-contrato de promessa de compra e venda. Com supedâneo nesse dispositivo, o promitente vendedor utilizava a faculdade de arrependimento depois de receber todo o preço, deixando de outorgar a necessária escritura e pagando as perdas e danos que normalmente eram traduzidas contratualmente pela devolução em dobro do valor recebido<sup>17</sup>.

Melhor dizendo, a escritura pública foi o meio encontrado para efetivar a promessa de compra e venda. De todo modo, a existência da promessa pressupõe ao promitente comprador o direito de exigir a celebração do contrato definitivo.

---

<sup>14</sup> SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito Imobiliário**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 14, rev., atual., ampl. Language: Portuguese, Livro Digital.

<sup>15</sup> SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito Imobiliário**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 14, rev., atual., ampl. Language: Portuguese, Livro Digital.

<sup>16</sup> SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito Imobiliário**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 14, rev., atual., ampl. Language: Portuguese, Livro Digital.

<sup>17</sup> SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito Imobiliário**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 14, rev., atual., ampl. Language: Portuguese, Livro Digital.

Em simples palavras, o contrato de compra e venda, entabulado entre o promitente vendedor e o promitente comprador, busca atingir um interesse mútuo, livremente pactuado, em que uma das partes adquire o imóvel, enquanto outra recebe, monetariamente, o equivalente a essa transferência de propriedade. Essa relação esclarece o próprio conceito dos contratos e ela traduz a necessidade de reciprocidade das obrigações.

### 1.5. OBRIGAÇÕES

Conforme já esclarecido anteriormente, os contratos, para que sejam satisfeitos, pressupõem que as partes, que livremente assim pactuaram, devam corresponder aos princípios e as obrigações previstas. Não obstante, quanto trata-se de obrigação, apesar do próprio significado da palavra, faz-se necessário entender o que isto significa para o direito.

Para melhor conceituar, traz-se ao presente trabalho o que leciona Álvaro Villaça Azevedo de que:

Obrigação é a relação jurídica transitória, de natureza econômica, pela qual o devedor fica vinculado ao credor, devendo cumprir determinada prestação positiva ou negativa, cujo inadimplemento enseja a este executar o patrimônio daquele para a satisfação de seu interesse<sup>18</sup>.

Alguns outros doutrinadores, como Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho conceituam a obrigação, em sentido amplo, como sendo:

A relação jurídica pessoal por meio da qual uma parte (devedora) fica obrigada a cumprir, espontânea ou coativamente, uma prestação patrimonial em proveito da outra (credor)<sup>19</sup>.

Além disso, cabe ressaltar, inclusive, o entendimento de Flávio Tartuce, construído a partir das citações de grandiosos doutrinadores, mas com uma percepção bastante clara sobre seu posicionamento. Nota-se:

Se a obrigação como sendo a relação jurídica transitória, existente entre um sujeito ativo, denominado credor, e outro sujeito passivo, o devedor, e cujo objeto consiste em uma prestação situada no âmbito dos direitos pessoais, positiva ou negativa. Havendo o descumprimento ou inadimplemento obrigacional, poderá o credor satisfazer-se no patrimônio do devedor<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. 8. ed. São Paulo: RT, 2000.

<sup>19</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. III. apud Tartuce, Flávio **Direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil** / Flávio Tartuce; 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<sup>20</sup> TARTUCE, Flávio **Direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil** / Flávio Tartuce; 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Portanto, pode-se entender por obrigação como sendo uma relação jurídica em que as partes se obrigam a cumprir uma prestação, seja ela de dar, fazer, não fazer ou pagar.

Essas modalidades de obrigação mencionadas são definidas já nos termos dos contratos. No direito imobiliário, em contratos de compra e venda de imóveis, isso ocorre, de forma clara, pela entrega do imóvel, por parte da Construtora (obrigação de dar) em contraprestação a realização do pagamento pelo Adquirente (obrigação de pagar). Ainda assim, cumpre esclarecer que alguns termos atinentes aos contratos pressupõem outras obrigações acessórias como, por exemplo, no caso de baixa de hipoteca, alienação fiduciária e outros.

Noutro aspecto, mas ainda dentro das obrigações, reprisa-se que as partes convencionam os termos para satisfação do objeto do contrato e, embora os princípios surgirem em favor da força obrigatória para o cumprimento, também firmam termos sobre a penalidades em caso de descumprimento, ou seja, firmam uma garantia de que, mesmo com inadimplemento de alguma das partes, haverá compensação.

#### 1.6. INADIMPLEMENTO

A noção do inadimplemento se dá a partir de uma perspectiva de exceção, isto é, a regra dos contratos é que eles tenham seus princípios e obrigações satisfeitos, mas, caso isso não se demonstre viável, por uma ou ambas as partes, seja por (i) vontade das partes (resilição); ou (ii) descumprimento/inadimplemento (resolução ou rescisão), existem previsões contratuais e legais passíveis de amparar e resolver a situação jurídica, conforme será explanado adiante.

No presente trabalho, o foco da discussão é relativo ao inadimplemento nos contratos imobiliários, portanto, passa a expor quanto a este instituto.

Nos próprios termos acordados, são previstas penalidades com o objetivo de atingir a declaração de vontade das partes e a finalidade visada pelos contratantes. Isso nada mais é que a previsão de cláusulas penais, que eventualmente serão explicadas, com intuito de compensar o inadimplemento de alguma das partes<sup>21</sup>.

Carlos Roberto Gonçalves entende que o inadimplemento pode decorrer (i) de ato culposo ou doloso do devedor; ou (ii) de fato a ele não imputável<sup>22</sup>. Em breves palavras, entende-se que o inadimplemento ocorrerá por culpa ou dolo de alguma das partes ou em decorrência de caso fortuito e de força maior.

---

<sup>21</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto **Direito civil, 1: esquematizado: parte geral: obrigações e contratos** / Carlos Roberto Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>22</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto **Direito civil, 1: esquematizado: parte geral: obrigações e contratos** / Carlos Roberto Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

Nesse mesmo sentido é o que traz Maria Helena Diniz ao mencionar que “ter-se-á o inadimplemento da obrigação quando faltar a prestação devida, isto é, quando o devedor não a cumprir, voluntária ou involuntariamente”<sup>23</sup>.

Maria Helena Diniz exemplifica, de forma bastante sistemática, as possibilidades de ocorrência do inadimplemento, também mencionadas por Carlos Roberto Gonçalves. Nota-se:

Se o descumprimento da obrigação resultar de fato imputável ao devedor, haverá inexecução voluntária, pois o obrigado deixa de cumprir a prestação devida sem a dirimente do caso fortuito ou força maior. Pelo art. 390, o devedor que se obrigar a não praticar dado ato (obrigação negativa) será tido como inadimplente a partir da data em que veio a executar, culposamente, o ato de que devia abster-se, violando o dever de *nonfacere*. [...] A infração do dever de cumprir a obrigação poderá ser intencional, caso em que se terá dolo, ou resultar de negligência, imprudência ou imperícia do devedor, hipótese em que haverá culpa<sup>24</sup>.

A partir disso, cabe ainda a necessidade de se clarificar sobre a diferença entre o inadimplemento voluntário e a mora. A Doutrinadora cita Orlando Gomes para caracterizar esses dois institutos, em que:

A mora consiste no retardamento do pagamento, como logo mais veremos, e o inadimplemento voluntário consiste no descumprimento do dever jurídico, pois a indenização tem por escopo substituir o cumprimento, acarretando ao devedor a responsabilidade pelas perdas e danos. Se o descumprimento decorrer de evento estranho à vontade do devedor, será involuntário, por configurar-se caso fortuito ou força maior, não originando, em regra, a sua responsabilidade.<sup>25</sup>

Inadimplemento, em sentido lato, é o descumprimento, voluntário ou involuntário, da obrigação pactuada entre as partes. Tendo isto visto, deve-se retornar ao ponto da discussão que aqui se permeia, em específico, dos casos de inadimplemento decorrentes de atos culposos ou dolosos.

O inadimplemento pode se dar tanto pelo Adquirente, a pessoa física ou jurídica que adquire algo, em um contrato de compra e venda de imóvel é o comprador do imóvel, como pelo Vendedor, o que transmite a propriedade do bem comprado, geralmente, a própria empresa construtora ou incorporadora.

---

<sup>23</sup> DINIZ, Maria Helena: **Curso de direito civil brasileiro, 2- volume: teoria geral obrigações** / Maria Helena Diniz. — 22. ed. rev. e atual, de 06-7136 acordo com a Reforma do CPC — São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>24</sup> DINIZ, Maria Helena: **Curso de direito civil brasileiro, 2- volume: teoria geral obrigações** / Maria Helena Diniz. — 22. ed. rev. e atual, de 06-7136 acordo com a Reforma do CPC — São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>25</sup> DINIZ, Maria Helena: **Curso de direito civil brasileiro, 2- volume: teoria geral obrigações** / Maria Helena Diniz. — 22. ed. rev. e atual, de 06-7136 acordo com a Reforma do CPC — São Paulo: Saraiva, 2007 *apud* Orlando Gomes, *Obrigações*, cit., p. 173-4 e 183; Caio M. S. Pereira, op. cit..

Os contratos de compra e venda preveem, em regra, disposições para os casos de inadimplemento para ambas as partes. Essas disposições são atreladas ao cumprimento da obrigação específica de cada um, dessa forma, as obrigações, assim como as penalidades, são diferentes para cada uma das partes.

No caso do inadimplemento, as partes prejudicadas podem optar por dar ou não seguimento ao contrato<sup>26</sup>. Com efeito, art. 475 do Código Civil:

Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Caso o descumprimento se dê por culpa ou dolo do Adquirente, em que a obrigação principal é o pagamento das parcelas, há possibilidade de as partes rescindirem a avença e, caso assim pactuado, pugnarem pela incidência de multa contratual sobre essas parcelas, além de outras penalidades, como retenção das chaves do imóvel e prorrogação do prazo de entrega.

Quando o descumprimento se der por ato da Construtora, o Adquirente também poderá optar pela resolução, ou exigir a obrigação, isto é, a entrega do imóvel, bem como, em caso de previsão contratual, exigir o pagamento de multa contratual sobre o valor atualizado do contrato ou outra penalidade prevista em contrato.

Caso isso não ocorra, as partes seguirão amparadas pelo Código Civil. Inclusive, apenas a título de informação, não sendo prevista cláusula penal em decorrência de inadimplemento causado pela Construtora, o STJ já firmou entendimento, Tema 971, quanto a possibilidade de inversão de cláusula contratual que prevê multa por inadimplemento do adquirente.

De todo modo, insta esclarecer, novamente, que as disposições contratuais são de autonomia das partes. Estas podem optar por seguir em diversas linhas sobre penalidades, prazos, obrigações, desde que não confrontem a legislação. Entretanto, no ramo da Construção Civil é bastante comum que os contratos de compra e venda sejam de adesão, portanto, em regra, todos preveem aplicabilidade de multa contratual, tanto para o Adquirente quanto para a Construtora.

## 2 CLÁUSULAS PENAIAS

Após trazidos os conceitos norteadores do direito contratual, bem como explanação a respeito das obrigações e as questões atinentes ao inadimplemento nos contratos imobiliários,

---

<sup>26</sup> SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito Imobiliário**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 14, rev., atual., ampl. Language: Portuguese, Livro Digital.

tem-se por necessário se adentrar de forma aprofundada aos pontos principais da discussão, isto é, trazer ao debate os elementos que ensejaram no surgimento e fixação do Tema 970 pelo STJ.

Diante da questão, a dúvida sobre a possibilidade de cumulação entre multa contratual e lucros cessantes, cabe, pormenorizadamente, esclarecer quanto aos dois elementos que causam estranheza quanto às suas familiaridades e diferenças, posto que poderiam sujeitar a cobrança cumulada.

Portanto, primeiro, faz-se relevante mencionar e evidenciar as características e noções relativas às cláusulas penais em geral, dando enfoque na multa prevista nos contratos imobiliários.

## 2.1 CONCEITOS DE CLÁUSULA PENAL

No Direito Brasileiro, diferentemente de outros países, o Código Civil não definiu o conceito de cláusula penal, apesar de intrinsecamente mencioná-la, permitindo que os doutrinadores a definissem de acordo com a sua funcionalidade dentro dos contratos.

Para conceituar cláusula penal, Maria Helena Diniz ensina, com base no entendimento de diversos doutrinadores que a cláusula penal se trata de um pacto acessório, ou seja, integra o contrato, mas não é objeto principal. Veja-se:

A cláusula penal (*stipulatio poenae*) vem a ser um pacto acessório, pelo qual as próprias partes contratantes estipulam, de antemão, pena pecuniária ou não, contra a parte infringente da obrigação, como consequência de sua inexecução completa culposa ou à de alguma cláusula especial ou de seu retardamento (CC, art. 408), fixando, assim, o valor das perdas e danos, e garantindo o exato cumprimento da obrigação principal (CC, art. 409, 2ª parte). Constitui uma estipulação acessória, pela qual uma pessoa, a fim de reforçar o cumprimento da obrigação, se compromete a satisfazer certa prestação indenizatória, seja ela uma prestação em dinheiro ou de outra natureza, como a entrega de um objeto, a realização de um serviço ou a abstenção de um fato (RT, 772:138; RF, 146:254, 120:18), se não cumprir o devido ou o fizer tardia ou irregularmente, fixando o valor das perdas e danos devidos à parte inocente em caso de inexecução contratual<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extraordinárias**/ Maria Helena Diniz-27 ed.-São Paulo: Saraiva, 2011 *apud* Conceito baseado em Lacerda de Almeida, Dos efeitos, cit., p. 183; Orlando Gomes, Obrigações, cit., p. 192; Caio M. S. Pereira, op. cit., p. 128; Clóvis Beviláqua, Código Civil, cit., v. 4, p. 53; W. Barros Monteiro, op. cit., p. 196; R. Limongi França, Cláusula penal, in Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 15.

Nesse mesmo sentido entende Arnaldo Wald ao mencioná-la, em breves termos, como “um pacto acessório pelo qual as partes, por convenção expressa, submetem o devedor que descumprir a obrigação a uma pena em caso de mora ou de inadimplemento<sup>28</sup>”.

Ainda nesse sentido, destaca Christiano Cassettari:

Verifica-se, desde os tempos do Império, que a cláusula penal é fixada com o propósito de reforçar o cumprimento da obrigação principal, já que sujeita o devedor inadimplente ao pagamento de certa prestação com repercussão econômica, reforçando assim sua condição acessória<sup>29</sup>.

Portanto, como bem esclarecido, inclusive, por Flávio Tartuce:

A cláusula penal é pactuada pelas partes no caso de violação da obrigação, mantendo relação direta com o princípio da autonomia privada, motivo pelo qual é também denominada multa contratual ou pena convencional. Trata-se de uma obrigação acessória que visa a garantir o cumprimento da obrigação principal, bem como fixar, antecipadamente, o valor das perdas e danos em caso de descumprimento<sup>30</sup>.

Em razão das premissas trazidas pelos nobres Doutrinadores, tem-se que a cláusula penal se trata de um fator acessório ao contrato e tem como objeto principal coagir e forçar as partes ao cumprimento dos termos acordados e, além disso, permitir que caso ocorra o descumprimento, a parte prejudicada será devidamente compensada.

Noutro giro, ainda dentro dos conceitos de cláusula penal, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias trazem que:

A cláusula penal fortalece a posição do credor na relação obrigacional, pois constrange o devedor a cumprir, sem facultar ao credor uma livre desistência. Mesmo sendo o devedor inadimplente, o credor poderá insistir no cumprimento (art. 410, CC)<sup>31</sup>.

Isto é, o intuito de se estabelecer uma cláusula penal no contrato seria na tentativa de forçar o cumprimento da obrigação posta, caso não aconteça, permite a compensação ou desistência do pacto.

## 2.2 CARACTERÍSTICAS GERAIS DAS CLÁUSULAS PENAIAS

<sup>28</sup> WALD, Arnaldo. **Direito Civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**, 2. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>29</sup> CASSETTARI, Christiano. **Multa contratual : teoria e prática da cláusula penal** / Christiano Cassettari. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017. 1. Penalidades contratuais - Brasil 2. Direito civil - Brasil I. Título.

<sup>30</sup> TARTUCE, Flávio **Direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil** / Flávio Tartuce; 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<sup>31</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie** / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosenvald. – 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

A cláusula penal possui ao mesmo tempo função ressarcitória, de perdas e danos, e punitiva pelo descumprimento contratual<sup>32</sup>, o que se observa de acordo com o pactuado entre os envolvidos, isto é, ao se analisar a origem e a natureza contratual, as partes, que já tem capacidade para contratar, decidem e consentem, inclusive, sobre as cláusulas relativas ao descumprimento do termo. Portanto, pode-se dizer que as características gerais dos contratos também se aplicam as cláusulas penais.

Antes de se adentrar ao mérito das funções da cláusula penal, resta necessário especificar quanto a essas características gerais, sendo elas: acessoriedade, condicionalidade, compulsoriedade, subsidiariedade, ressarcibilidade, e imutabilidade relativa<sup>33</sup>. Maria Helena Diniz, citando inúmeros doutrinadores, esclareceu os referidos caracteres, isto é, as características existentes nas cláusulas contratuais.

Pontuou que a acessoriedade diz respeito ao “contrato acessório, estipulado, em regra, conjuntamente com a obrigação principal, embora nada obste que seja convencionado em apartado, em ato posterior<sup>34</sup>”, cabendo ainda repisar que, sendo declarada inválida a obrigação principal, conseqüentemente será declarada inválida a cláusula penal<sup>35</sup>.

Mencionou, ainda, que “uma vez que o dever de pagar a cláusula penal está subordinado a um evento futuro e incerto: o inadimplemento total ou parcial da prestação principal ou o cumprimento tardio da obrigação<sup>36</sup>”, em razão disso, além de acessório está condicionado a ocorrência de um fato ilícito.

---

<sup>32</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extraordinárias**/ Maria Helena Diniz-27 ed.-São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>33</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extraordinárias**/ Maria Helena Diniz-27 ed.-São Paulo: Saraiva, 2011 *apud* Aída Kemelmajer de Carlucci, op. cit., p. 59-159; Serpa Lopes, op. cit., ns. 115, 117, 118, 126 e 127; W. Barros Monteiro, op. cit., p. 196 e 204-15; Trimarchi, op. cit., ns. 3,4 e 5, p. 21 e s.; De Page, op. cit., t. 3, n. 117; Colmo, op. cit., n. 169; Giorgi, op. cit., v. 4, n. 412; Mosset Iturraspe, op. cit., p. 1228-9; Laurent, op. cit., t. 17, n. 430; Valverde y Valverde, op. cit., t. 3, p. 79; Jorge J. Llambias, Tratado de derecho civil; obligaciones, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 1, n. 321; Emilio Betti, Teoria general dei negocio jurídico, 2. ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, p. 347 e s.; James Cox, Penal clauses and liquidated damages; a comparative survey, Tulane Law Review, 53(1): 190, dez. 1958; Peirano Facio, op. cit., ns. 141, 144 e 151; Salvat, op. cit., t. 1, ns. 236 e s.; Rubén Compagnucci de Caso, Inmutabilidad de la cláusula penal y la incidencia de la desvalorización monetaria, La Plata, Ed. Lex, 1979, p. 42; Guillermo Diaz, La inmutabilidad de la cláusula penal, Buenos Aires, Ed. Ateneo, p. 89; Carlos E. Huberman, La cláusula penal; su reducción judicial, 1976; Bassil Dower, op. cit., p. 112-4; Orozimbo Nonato, op. cit., v. 2, p. 308; Caio M. S. Pereira, op. cit., p. 129-33 e 137-9; Milton Evaristo dos Santos, Da redução da cláusula penal, RT, 262:12; Orlando Gomes, Obrigações, cit., p. 194-5; Silvio Rodrigues, op. cit., p. 111-6; Clóvis Beviláqua, Código Civil comentado, cit., p. 70; Fábio Ulhoa Coelho, Curso, cit., p. 189.

<sup>34</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extraordinárias**/ Maria Helena Diniz-27 ed.-São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>35</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>36</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extraordinárias**/ Maria Helena Diniz-27 ed.-São Paulo: Saraiva, 2011.

Assim como todos os termos do contrato, a cláusula penal tem força compulsória “visto que os contraentes a pactuam prevendo, de antemão, a possibilidade de eventual inexecução da obrigação, constringendo, assim, o devedor a cumprir o contrato principal<sup>37</sup>”. Mas, diferentemente dos outros termos que fixam obrigações, ela tem natureza subsidiária “porque, salvo na hipótese da pena moratória, substitui a obrigação principal não cumprida por culpa do devedor, se o credor assim o preferir<sup>38</sup>”.

Por óbvio, o fator mais perceptível é de ressarcimento, diante das perdas e danos<sup>39</sup>, mas além disso, cabe ressaltar, a característica da imutabilidade relativa, que nada mais é que a “imutabilidade da cláusula penal por importar pré-avaliação das perdas e danos<sup>40</sup>”.

A cláusula penal, por si só, desempenha inúmeros papéis, mas, antes de se adentrar aos papéis que desempenha, ela possui características estruturais, conforme esclarecido neste capítulo.

De forma resumida, a cláusula penal tem característica acessória ao contrato, além de pressupor a ocorrência de um fato para sua incidência, tem força de constringer a parte ao cumprimento pela própria natureza do contrato, este já tem força obrigatória, portanto, a cláusula tem característica subsidiária nesse quesito. Ainda assim, tem como objetivo ressarcir o dano causado a outra parte, desde que previsto, tendo em vista que, se não pactuado, se torna imutável se não houver pré-avaliação de danos.

### 2.3 FUNÇÕES DAS CLÁUSULAS PENAIAS

No que se refere à função da cláusula penal, importante destacar que há duas visões sobre a sua natureza jurídica: a tradicional, chamada de natureza híbrida da cláusula penal e a tese da duplicidade de espécies da cláusula penal<sup>41</sup>.

Sobre a visão tradicional, tem-se a fusão entre duas funções. A primeira função, Pontes de Miranda ensina que a cláusula penal serve para estimular o devedor ao cumprimento do contrato<sup>42</sup>. Nesse sentido, o devedor, conhecendo o valor da sanção, será estimulado a cumprir

---

<sup>37</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extraordinárias**/ Maria Helena Diniz-27 ed.-São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>38</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extraordinárias**/ Maria Helena Diniz-27 ed.-São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>39</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extraordinárias**/ Maria Helena Diniz-27 ed.-São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>40</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extraordinárias**/ Maria Helena Diniz-27 ed.-São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>41</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

<sup>42</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, tomo XXVI.

o acordado<sup>43</sup>. Enquanto a segunda função, Sérgio Cavalieri Filho leciona que a cláusula prevê, antecipadamente, a estimativa das perdas e danos a serem ressarcidas por aquele que descumprir o contrato, dessa forma, evita a tarefa de liquidar o dano<sup>44</sup>.

Neste aspecto, traz Jorge Cesa como a cláusula penal desempenhando um “misto de pena e indenização<sup>45</sup>”. Em breves explicações, “coage psicologicamente, atuando para que o devedor, temeroso dos efeitos da cláusula penal, pague corretamente<sup>46</sup>” e, ainda, “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<sup>47</sup>”.

Em que pese nobres doutrinadores lecionarem sobre a visão tradicional, a doutrina passou a rejeitar o modelo híbrido, dando preferência a tese da duplicidade de cláusulas penais, tendo em vista a necessidade de diferenciar a cláusula penal com natureza coercitiva de uma com a finalidade de pré-fixar o montante da indenização, observando que uma se trata de sanção e outra liquidação do dano<sup>48</sup>.

É, inclusive o posicionamento de Nelson Rosenvald ao afirmar que “cogitar uma cláusula com uma indenização sancionatória constitui uma impossibilidade lógica, uma contradição de termos, uma vez que ou a cláusula funcionará como uma sanção compulsória ou como pré-estimativa convencional de danos<sup>49</sup>”.

Ainda sobre isso, destaca Antônio Pinto Monteiro:

O credor, temendo não conseguir provar todos os danos que eventualmente possa sofrer, o que, além disso, implicaria um moroso processo judicial, de resultado sempre incerto, prefere acautelá-lo, através de uma avaliação prévia do dano que, previsivelmente, o incumprimento lhe causará. O devedor, por seu lado, receando que o dano efetivo possa atingir proporções exageradas, fora das suas previsões, prefere, igualmente, prevenir-se contra essa eventualidade, acordando com o credor a indenização a que este terá direito. Qualquer das partes retira vantagens, pois, de uma fixação antecipada da

<sup>43</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, tomo XXVI.

<sup>44</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. Atlas: São Paulo, 2015.

<sup>45</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>46</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>47</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>48</sup> PINTO MONTEIRO, Antônio. **Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor in Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro nº 25, 2004.

<sup>49</sup> ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

indenização, ainda que ficando ambas sujeitas ao risco de o dano efetivo poder divergir sensivelmente da soma acordada<sup>50</sup>.

Em razão do explanado, esclarece-se que, apesar da teoria da tese híbrida, que trata a cláusula penal como um modelo unitário, seja, ainda, conhecida como a visão tradicional a respeito do tema, verifica-se, uma inovação axiológica e tendenciosa de utilização da tese da duplicidade da cláusula penal, porquanto a necessidade de se diferenciar as funções atinentes as cláusulas penais.

#### 2.4 MODALIDADES DE CLÁUSULAS PENAIS: COMPARAÇÃO ENTRE CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA E COMPENSATÓRIA

Ao passo em que foram expostos os conceitos e características gerais das cláusulas penais, bem como visões quanto as suas funções, resta, ainda, elucidar quanto as modalidades existentes, de acordo com a natureza jurídica delas, quais sejam, moratória e compensatória.

De pronto, esclarece-se que a principal diferença entre as modalidades é a consequência jurídica atinente a elas<sup>51</sup>.

Ante o Código Civil, traz-se ao debate a previsão do art. 409:

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.

Ou seja, estabelece que a cláusula penal poderá decorrer da inexecução completa da obrigação ou apenas quanto a mora.

Ao se tratar da inexecução completa da obrigação temos a necessidade de aplicação de cláusula compensatória. A cláusula penal de natureza compensatória nada mais é que uma alternativa em que se é dado ao credor a possibilidade de exigir o pagamento de indenização ou o adimplemento da obrigação<sup>52</sup>, conforme esclarece o art. 410, do CC/2002:

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.

<sup>50</sup> PINTO MONTEIRO, António. **Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor in Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro nº 25, 2004.

<sup>51</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

<sup>52</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extraordinárias**/ Maria Helena Diniz-27 ed.-São Paulo: Saraiva, 2011 *apud* Caio M. S. Pereira, op. cit., p. 133-5; Silvio Rodrigues, op. cit., p. 107-10; W. Barros Monteiro, op. cit., p. 201-4; Orozimbo Nonato, op. cit., p. 368; Colmo, op. cit., n. 178; Clóvis Beviláqua, *Obrigações*, cit., § 20; Tito Fulgêncio, op. cit., n. 400; Serpa Lopes, op. cit., p. 175-8; RT, 432:196, 149:681,142:624; RF, 88:U7.

Cumpra informar, pelo exposto, que na hipótese de total inadimplemento da obrigação, o credor poderá optar entre a exigência da cláusula penal e o adimplemento da obrigação, todavia, não tendo mais direito de recuar, ante a irretratabilidade de sua escolha<sup>53</sup>. Ao momento em que, por exemplo, recair sobre a pena, desaparecerá a prestação principal. A partir disso, tem-se que é vedado cumular o recebimento da multa e o cumprimento da obrigação<sup>54</sup>.

Enquanto tratamos de mora, tem-se a necessidade de aplicação de cláusula moratória. Esta é convencional para o caso de simples mora. Em breves palavras, ao credor, assistirá o direito de demandar cumulativamente a pena convencional (multa moratória) e a prestação principal, isto é, não há renunciabilidade do contrato<sup>55</sup>. É, inclusive, o que dispõe o art. 411, do CC/2002:

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.

Nesse sentido, a cláusula penal moratória supõe um cumprimento defeituoso, mas ainda assim um cumprimento, uma vez que a prestação penal foi ou será cumprida, em que pese de maneira distinta à pactuada<sup>56</sup>, enquanto a cláusula penal compensatória é uma alternativa, no lugar da obrigação individualizada não cumprida, é devida a pena particularmente indicada<sup>57</sup>.

### 3 LUCROS CESSANTES

Analisado os aspectos gerais da cláusula penal, suas características, funções, natureza jurídica e a distinção entre cláusula moratória e compensatória, antes de se realizar uma análise sobre a possibilidade de cumulação com os lucros cessantes, objeto do presente artigo, é necessário explicar as características gerais dos lucros cessantes, a necessidade de comprovação do dano, a relação com o princípio da razoabilidade e a responsabilidade civil para que haja lucros cessantes.

---

<sup>53</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extraordinárias**/ Maria Helena Diniz-27 ed.-São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>54</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extraordinárias**/ Maria Helena Diniz-27 ed.-São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>55</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extraordinárias**/ Maria Helena Diniz-27 ed.-São Paulo: Saraiva, 2011 *apud* Caio M. S. Pereira, op. cit., p. 133-5; Silvio Rodrigues, op. cit., p. 107-10; W. Barros Monteiro, op. cit., p. 201-4; Orozimbo Nonato, op. cit., p. 368; Colmo, op. cit., n. 178; Clóvis Beviláqua, *Obrigações*, cit., § 20; Tito Fulgêncio, op. cit., n. 400; Serpa Lopes, op. cit., p. 175-8; RT, 432:196, 149:681,142:624; RF, 88:U7.

<sup>56</sup> FERRIANI, Carlos Alberto. **Da Cláusula Penal**. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 55/2012, p. 133 165, Jan - Mar / 2012.

<sup>57</sup> FERRIANI, Carlos Alberto. **Da Cláusula Penal**. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 55/2012, p. 133 165, Jan - Mar / 2012.

### 3.1. CONCEITO DE LUCROS CESSANTES

Os lucros cessantes consistem na perda do ganho esperável e na frustração da expectativa de lucro<sup>58</sup>. Em casos de descumprimento, tem-se que, uma das partes foi afetada pela paralisação da atividade lucrativa, em decorrência de ato falho da outra parte e, portanto, houve a frustração daquilo que era razoavelmente esperado pela outra parte.

Em situações concretas, como, por exemplo, nos contratos de compra e venda, a não satisfação do objeto do contrato, qual seja, a entrega do imóvel, pode sujeitar as partes em indenização por perda e danos. Caso os adquirentes tenham como intuito a obtenção de lucro pela locação da unidade, configuram-se os lucros cessantes, posto que se trata de auferir lucro, não a efetiva perda de valores.

É nesse sentido que traz ao debate o posicionamento de Flávio Tartuce:

Deve-se entender que as perdas e os danos aqui mencionados incluem os danos emergentes (ou positivos), bem como os lucros cessantes (ou danos negativos), previstos especificamente no art. 402 da norma civil. Os danos emergentes constituem aquilo que a pessoa efetivamente perdeu. Já os lucros cessantes são o que a pessoa razoavelmente deixou de lucrar. Sem prejuízo desses danos patrimoniais, de acordo com a concepção civil-constitucional do Direito Privado, devem ser indenizados também os danos morais, pelo que consta do art. 5.º, V e X, da CF, além de outros danos extrapatrimoniais<sup>59</sup>.

Pontes de Miranda destaca da seguinte forma:

Tem-se de considerar lucro cessante todo ganho ou lucro frustrado pela ocorrência de fato ilícito. Frustrado é o ganho ou lucro seria de esperar-se, tomando-se por base o curso normal das coisas e as circunstâncias especiais, determináveis, do caso concreto, inclusive a organização, as medidas e previsões que se observavam. O ganho ou lucro não precisa já existir no momento da lesão. Pode ser o que, nas circunstâncias em que se achava o bem ofendido, seria de prever-se. Se A, em abril, montou a fábrica para ser inaugurada em junho, quando começaria o seu lucro, na indenização tem-se de computar esse lucro futuro, pois o dano mediato há de ser ressarcido pelo importe que se possa calcular, ainda que seja pelo estudo do mercado e pela comparação com outras empresas ou montagens semelhantes<sup>60</sup>.

O Código Civil de 2002, em seu art. 389 dispõe sobre o inadimplemento e a responsabilidade de pagamento por perdas e danos. Nota-se:

---

<sup>58</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. Atlas: São Paulo, 2015.

<sup>59</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil** / Flávio Tartuce; 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<sup>60</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1971, tomo XXVI.

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Nesse mesmo aspecto, Carlos Roberto Gonçalves reflete o entendimento exaltado pela previsão legal, ao passo em que considera, além da própria natureza do instituto, de compensar os lucros não obtidos pelo descumprimento, o valor e a base de cálculo correspondente a percepção dos lucros perdidos:

Descumprido o contrato por culpa exclusiva das rés, respondem elas pelas perdas e danos sofridos pelos autores (art. 389 do CC). A indenização por lucros cessantes corresponde à privação injusta do uso do bem e encontra fundamento na percepção dos frutos que lhe foi subtraída pela demora no cumprimento da obrigação. O uso pode ser calculado economicamente pela medida de um aluguel, que é o valor correspondente ao que deixou de receber ou teve que pagar para fazer uso de imóvel semelhante. A base de cálculo da reparação por lucros cessantes ou percepção dos frutos deve ser fixada em percentual equivalente a 0,5% sobre o valor atualizado do imóvel<sup>61</sup>.

Tem-se que a responsabilidade contratual segue as regras relativas ao inadimplemento das obrigações. Em razão disso, as perdas e danos incidirão cumulativamente aos juros, à atualização monetária e aos honorários advocatícios.

Portanto, tem-se que os lucros cessantes são os valores e as oportunidades de negócios que o prejudicado perdeu ou deixou de receber, ou seja, uma frustração ao que se deixou de lucrar. Essa frustração pode ser tratada por ganhos ou lucros já existentes no momento da lesão ou, inclusive, pela previsibilidade do lucro, considerando as condições normais do contrato.

### 3.2. RAZOABILIDADE E DANO

Ainda quanto a discussão sobre lucros cessantes, destaca-se o fato de que estes se encaixam como danos patrimoniais, perdas e danos, uma vez que atingem os bens do patrimônio da parte prejudicada, para tanto, faz-se necessário conceituar o dano.

Sérgio Cavalieri Filho conceitua o dano "como sendo 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>62</sup>.

---

<sup>61</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto **Direito civil, 1: esquematizado: parte geral: obrigações e contratos** / Carlos Roberto Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>62</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. Atlas: São Paulo, 2015.

Diante da configuração do dano, é importante destacar a existência de requisitos necessários para que se considere válida a cobrança de lucros cessantes em face ao inadimplemento. Para isso, reforça-se algumas noções basilares para a hipótese questionada.

Em síntese, as partes que tiverem dano patrimonial devem comprovar a ocorrência do dano, estar em consonância ao princípio da razoabilidade, comprovar que o dano adveio de conduta da parte e corresponder aos pressupostos de enquadramento da responsabilidade civil.

Em primeiro momento, quanto a ocorrência do dano, conforme já mencionado, o dano se trata da lesão a um bem juridicamente tutelado. Em palavras ditas por Miguel Maria Serpa Lopes<sup>63</sup>, trata-se da “diminuição ou subtração de um bem jurídico”. Em razão disso, deve se comprovar a lesão ocorrida.

No tocante ao princípio da razoabilidade, este é consagrado no art. 402 do CC e prevê:

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.

Sérgio Cavalieri Filho destaca que razoável é “tudo aquilo que seja, ao mesmo tempo, adequado, necessário e proporcional”<sup>64</sup>, ou seja, deve ser apurado pelo Juízo, com base em valores e cálculos, auferindo o dano em acordo a possibilidade de lucro que deixou de ser auferida, tendo em vista a probabilidade e um padrão de conduta de mercado.

Nesse sentido, verifica-se que não basta a mera possibilidade de uma vantagem econômica, é necessária a existência de uma grande probabilidade<sup>65</sup> de que ela viesse a ocorrer em condições normais do contrato, o que justificaria o recebimento de indenização pelo descumprimento.

Bruno Miragem traz a conduta antijurídica como sendo a contrariedade ao direito<sup>66</sup>, ou seja, no caso dos contratos aqui debatidos, o descumprimento contratual, tendo em vista que viola a disposição de lei e, mais do que isso, o próprio *pacta sunt servanda*, frustrando a legítima expectativa dos adquirentes.

A partir desse momento, é notória a necessidade das partes comprovarem, além da existência e razoabilidade da lesão, mas que o dano ocorrido foi causado por ato ou conduta da outra parte. Mas, para haver lucros cessantes, deve restar comprovada a responsabilidade civil

---

<sup>63</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil: obrigações em geral**, volume II. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

<sup>64</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. Atlas: São Paulo, 2015.

<sup>65</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. Atlas: São Paulo, 2015.

<sup>66</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

pelo dano, conduta e nexo de causalidade<sup>67</sup>. Conforme já esclarecido anteriormente, o dano e a conduta já configurados, deve-se trazer ao debate, ainda, o nexo de causalidade entre os dois fatores.

Para isso, Bruno Miragem traz como sendo o grande protagonista da responsabilidade, ao passo em que na existência de dano e conduta que se ausentem de nexo causal, não há que se falar em responsabilidade civil ao pagamento de lucros cessantes. Veja-se:

O nexo de causalidade é, atualmente, o grande protagonista da responsabilidade civil. Trata-se do vínculo lógico entre determinada conduta antijurídica do agente e o dano experimentado pela vítima, a ser investigado no plano dos fatos, para a identificação da causa apta a determinar a ocorrência do dano. A identificação do nexo causal não se admite que se dê como puro arbítrio do intérprete. É atividade de investigação, exigindo-se fundamento e método para a devida precisão.

Noutro aspecto, quanto ao objeto do presente trabalho, cumpre esclarecer que a questão aqui posta é quanto a cumulação do lucro cessante em face a previsão de multa decorrente do descumprimento e não a simples possibilidade de cobrança de indenização.

É interessante que as partes estipulem a cláusula penal compensatória (arts. 408 e 410 do CC) como forma de prefixação de perdas e danos, evitando-se a árdua demonstração de danos emergentes e lucros cessantes.

Infere-se, dessa forma, que os lucros cessantes serão passíveis de cobrança desde que comprovada a razoabilidade e a responsabilidade civil do dano auferido, incluindo dano, conduta e nexo causal.

#### **4 CUMULAÇÃO DE MULTA CONTRATUAL COM LUCROS CESSANTES**

Após a detalhada abordagem sobre o caminho lógico e sistemático dos pontos norteadores da questão, qual seja, a existência de contrato com obrigações recíprocas e o inadimplemento, este que inicia a discussão, posto que em decorrência do descumprimento, questionou-se a possibilidade de cumulação de duas penalidades.

Ao passo em que se expôs o caminho ao inadimplemento, restaram, ainda, esclarecidas as questões, quanto aos pontos essenciais da questão problemática, quais sejam, cláusulas penais e lucros cessantes.

---

<sup>67</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

Em razão disso, agora, passa a expor a questão principal, a possibilidade de cumulação de cláusula penal com os lucros cessantes, tendo como escopo a análise dos Recursos Repetitivos que trataram sobre o embate e fixaram o Tema 970.

#### 4.1. TEMA 970 DO STJ

Em 2019, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) fixou em recurso repetitivo a tese de que não é possível cumular a cláusula penal por atraso na entrega do imóvel com lucros cessantes, além de ter fixado entendimento quanto a possibilidade de inversão de cláusula penal quando estipulada exclusivamente contra o comprador de imóvel, tema este que não é objeto do presente debate.

Firmou-se a seguinte tese:

Tema 970: 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.

Para fixação do entendimento foram selecionados quatro casos como representativos das controvérsias, tendo em vista que foram originados por ações movidas por credores em razão do descumprimento de obrigação prevista em contrato de compra e venda de imóvel. Os casos escolhidos foram: REsp 1635428, REsp 1498484, REsp 1614721 e REsp 1631485.

Conforme bem delimitado no relatório do acórdão referente aos autos do REsp 1635428, que, agora, se utiliza como espelho para análise da discussão, houve pleito quanto a cumulação das duas penalidades, multa contratual e lucros cessantes decorrentes de alugueres. Em sede de apelação fora afastada a condenação em lucros cessantes.

Em observância a existência de inúmeros casos similares, com a discussão entre a possibilidade ou não de cumular as penalidades, após interposição de Recurso Especial objetivando a reversão do acórdão e, conseqüentemente, condenação em lucros cessantes, o Relator, Ministro Luis Felipe Salomão, entendeu como “imperiosa a afetação do presente recurso como representativo da controvérsia, conjuntamente com o REsp n. 1.498.484/DF, nos termos do art. 1.036, § 5º do CPC/2015<sup>68</sup>”.

---

<sup>68</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.635.428 - SC (2016/0285000-5)**, Segunda Sessão. Recorrente: Silvio Rodrigues Damasceno. Recorrido: Concreto Construtora de Obras LTDA - EPP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 22 maio 2019. Diário (de) Justiça Eletrônico, Brasília 25 jun. 2019. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num\\_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF)

Intimado o Ministério Público, este se manifestou favorável a cumulação das duas penalidades, mencionando possuírem naturezas jurídicas distintas. Nota-se:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA. CLÁUSULA PENAL. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. 1. O entendimento adotado pelo juízo a quo encontra-se em desarmonia com a jurisprudência dessa Corte Superior de Justiça acerca da matéria sub examine, já restando pacificado o entendimento de que, diante do atraso na entrega de unidade imobiliária objeto de contrato/promessa de compra e venda, torna-se possível ao contratante lesado o recebimento do valor previsto em cláusula penal, cumulando-se tal sanção com indenização adicional por perdas e danos. 2. Tal entendimento, que merece ser integralmente reafirmado, agora em sede repetitiva, tem como um dos principais fundamentos o fato de que a cláusula penal tem caráter moratório, decorrente da não entrega do imóvel no prazo acordado, ao passo que as perdas e danos por lucros cessantes resultam de aspecto compensatório, o que evidencia a nítida natureza distinta das reparações. 3. Pelo provimento do recurso especial<sup>69</sup>.

Após a oitiva do Ministério Público, o Relator optou pela realização de audiência pública, nos moldes do disposto no art. 185, I, do RISTJ, com a participação de pessoas e entidades com representatividade técnica na área de conhecimento ou expertise na matéria. Alguns doutrinadores se manifestaram e tiveram, inclusive, seus posicionamentos trazidos na decisão, como, por exemplo, Otavio Luiz Rodrigues Junior e Flávio Tartuce:

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

b) por sua vez, o Professor Flávio Tartuce enfatizou a natureza jurídica de contratos de adesão própria da aquisição imobiliária. Lembrou que o Código Civil de 2002 prevê proteção ao aderente contratual (art. 423), com interpretação pró-aderente, e a nulidade de cláusulas que implicam na renúncia antecipada do aderente a direito resultante do caráter do negócio (art. 424). Firmou, também, a impossibilidade de cumulação da cláusula penal

---

<sup>69</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.635.428 - SC (2016/0285000-5)**, Segunda Sessão. Recorrente: Silvio Rodrigues Damasceno. Recorrido: Concreto Construtora de Obras LTDA - EPP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 22 maio 2019. Diário (de) Justiça Eletrônico, Brasília 25 jun. 2019. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num\\_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF)

compensatória, para os casos de inadimplemento absoluto, com os lucros cessantes. Ponderou acerca da utilização, para solução da questão, de princípios do direito contratual, tais como proporcionalidade e razoabilidade, boa-fé objetiva e função social do contrato<sup>70</sup>.

De modo geral, a participação pública, *amici curiae*, se deu em desfavor da cumulação, em parte, muitos pontuaram sobre um viés econômico, em que as partes não poderiam ser penalizadas duas vezes pelo mesmo fator, em outro aspecto, levando ao debate as próprias balizas do Código Civil, pontuando que a cláusula penal prevista nos contratos teria condão de compensação e não punição.

O Relator, em seu voto, esclareceu ser incontroverso que, consoante acórdão recorrido:

transcorrido o prazo de tolerância para a entrega do imóvel, incide multa de 0,5% sobre o valor de contrato por mês de atraso até a averbação da conclusão da obra no Registro de Imóveis, sustentando o autor caber a cumulação com o arbitramento de lucros cessantes, no valor de mercado do aluguel do imóvel, por todo o período de mora<sup>71</sup>.

Posteriormente, trouxe uma breve explanação sobre o papel do Incorporador, esse que, desempenha uma multiplicidade de funções para dar seguimento ao empreendimento por ele idealizado, desde a o projeto até a entrega<sup>72</sup>, com intuito de situar e enquadrar ao Código de Defesa do Consumidor e, assim, aplicar as disposições do Código Civil. Mencionando, ainda, as lições de Arnaldo Rizzardo:

visão de empresário, medindo e conjeturando a realidade local, de modo a não se lançar em uma aventura e não obter sucesso no seu empreendimento. Daí a necessidade de estudos a cargo de profissionais em urbanismo, sociologia urbana, política e economia, a fim de oferecerem subsídios ante um investimento geralmente elevado, de modo a visualizar expectativa de, no mínimo, relativo sucesso nas vendas. Somente assim é alcançada a percepção

---

<sup>70</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.635.428 - SC (2016/0285000-5)**, Segunda Sessão. Recorrente: Silvio Rodrigues Damasceno. Recorrido: Concreto Construtora de Obras LTDA - EPP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 22 maio 2019. Diário (de) Justiça Eletrônico, Brasília 25 jun. 2019. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num\\_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF)

<sup>71</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.635.428 - SC (2016/0285000-5)**, Segunda Sessão. Recorrente: Silvio Rodrigues Damasceno. Recorrido: Concreto Construtora de Obras LTDA - EPP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 22 maio 2019. Diário (de) Justiça Eletrônico, Brasília 25 jun. 2019. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num\\_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF)

<sup>72</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.635.428 - SC (2016/0285000-5)**, Segunda Sessão. Recorrente: Silvio Rodrigues Damasceno. Recorrido: Concreto Construtora de Obras LTDA - EPP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 22 maio 2019. Diário (de) Justiça Eletrônico, Brasília 25 jun. 2019. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num\\_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF)

das tendências do mercado, não bastando o mero tino empresarial, ou a sensibilidade do empreendedor<sup>73</sup>.

Já adentrando ao mérito da discussão, o Nobre Relator, traz, conforme mencionado no presente trabalho, a conceituação sobre a cláusula penal:

constitui pacto secundário acessório - uma condição - por meio do qual as partes determinam previamente uma multa (geralmente em pecúnia), consubstanciando indenização para o caso de inadimplemento absoluto ou de cláusula especial, hipótese em que se denomina cláusula penal compensatória. Ou ainda, como no presente caso, a cláusula penal pode ser estabelecida para prefixação de indenização por inadimplemento relativo (quando se mostrar útil o adimplemento, ainda que tardio, isto é, defeituoso), recebendo, assim, a denominação de cláusula penal moratória<sup>74</sup>.

Em síntese, refuta que a cláusula penal está condicionada ao descumprimento absoluto de uma obrigação prevista em contrato, resultando na incidência de multa contratual buscando compensar o prejuízo causado, ou ao descumprimento relativo, em que se busca indenizar pelo cumprimento tardio da obrigação.

Ainda sob o aspecto da cláusula penal, o Nobre Julgador menciona que a prefixação da multa para o devedor em mora, no próprio contrato, atende aos interesses de ambas as partes, propiciando segurança jurídica ao dispensar a prova do dano, evitando, inclusive, aumento significativo nas demandas judiciais<sup>75</sup>.

Ainda sob esse aspecto, traz à baila a interpretação dos art. 389, 394, 402 e 487 do CC, observa-se:

Com efeito, a interpretação dos arts. 389, 394 e 487 do CC deixa nítido que, não cumprida a obrigação no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer, a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir, se ainda lhe for útil, o cumprimento da obrigação principal, indenização por perdas e danos, mais juros de mora, atualização monetária e, se necessário o ajuizamento de ação, honorários advocatícios<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<sup>74</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.635.428 - SC (2016/0285000-5)**, Segunda Sessão. Recorrente: Silvio Rodrigues Damasceno. Recorrido: Concreto Construtora de Obras LTDA - EPP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 22 maio 2019. Diário (de) Justiça Eletrônico, Brasília 25 jun. 2019. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num\\_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF)

<sup>75</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.635.428 - SC (2016/0285000-5)**, Segunda Sessão. Recorrente: Silvio Rodrigues Damasceno. Recorrido: Concreto Construtora de Obras LTDA - EPP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 22 maio 2019. Diário (de) Justiça Eletrônico, Brasília 25 jun. 2019. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num\\_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF)

<sup>76</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.635.428 - SC (2016/0285000-5)**, Segunda Sessão. Recorrente: Silvio Rodrigues Damasceno. Recorrido: Concreto Construtora de Obras LTDA - EPP.

A um só tempo, consagrando o princípio da reparação integral dos danos e prevenindo o enriquecimento sem causa do lesionado pela mora, o art. 402 do CC estabelece que as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar<sup>77</sup>.

Em razão disso, resta claro, portanto, o entendimento de que o descumprimento relativo do pactuado sujeita o devedor em mora ao pagamento de indenização. Portanto, se já prevista multa moratória no contrato estabelecido, já dispensa a necessidade de dilação probatória para exigir o direito, é necessário apenas dar força aos próprios termos do contrato.

Nesta senda, o Relator destaca que “a natureza da cláusula penal não exige, para o seu estabelecimento, o emprego das expressões tradicionais (cláusula penal, pena convencional ou multa). Ela existe e produz seus efeitos, desde que os interessados se sirvam desses e de outros termos equivalentes<sup>78</sup>”.

O acórdão trouxe, ainda, julgado, EREsp n. 1.341.138/SP, proferido pela relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, em que o entendimento firmado fora sobre a plausibilidade do deferimento de lucros cessantes durante o período de mora do promitente vendedor, dispondo que “descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação da vendedora por lucros cessantes, havendo a presunção de prejuízo do adquirente, ainda que não demonstrada a finalidade negocial da transação<sup>79</sup>”.

Apesar disso, o Ministro pontuou que “a natureza de pena da cláusula moratória, na verdade, a sua natureza é eminentemente reparatória, ostentando, reflexamente, função dissuasória. Tanto a reparação civil quanto a punição ostentam função dissuasória”. Além disso, cita Eugênio Facchini Neto e Ingo Wolfgang Sarlet, de que, “no âmbito da responsabilidade

---

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 22 maio 2019. Diário (de) Justiça Eletrônico, Brasília 25 jun. 2019. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num\\_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF)

<sup>77</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.635.428 - SC (2016/0285000-5)**, Segunda Sessão. Recorrente: Silvio Rodrigues Damasceno. Recorrido: Concreto Construtora de Obras LTDA - EPP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 22 maio 2019. Diário (de) Justiça Eletrônico, Brasília 25 jun. 2019. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num\\_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF)

<sup>78</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.635.428 - SC (2016/0285000-5)**, Segunda Sessão. Recorrente: Silvio Rodrigues Damasceno. Recorrido: Concreto Construtora de Obras LTDA - EPP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 22 maio 2019. Diário (de) Justiça Eletrônico, Brasília 25 jun. 2019. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num\\_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF)

<sup>79</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **EREsp n. 1.341.138/SP**, Segunda Sessão. Embargante: CBPO Engenharia LTDA. Embargado: Flávio de Souza e outro. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallott. Brasília, DF, 09 maio 2018. Diário (de) Justiça Eletrônico, Brasília 25 maio 2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1742988&num\\_registro=201303489197&data=20180829&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1742988&num_registro=201303489197&data=20180829&formato=PDF)

civil (contratual ou extracontratual), diferencia-se da meramente punitiva por buscar dissuadir condutas futuras mediante reparação/compensação dos danos individuais<sup>80</sup>”.

Nesse sentido, o Relator invocou as disposições dos artigos 412 e 413 do Código Civil de 2002:

Tanto é assim que o art. 412 do CC/2002, em linha com as mais modernas legislações que se extraem do direito comparado e com a natureza meramente reparatória da cláusula penal moratória, estabelece, prevenindo o enriquecimento sem causa do lesionado, que o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal. Já o art. 413 do Diploma civilista, com o mesmo intento de claramente conferir caráter reparatório, e não punitivo, da cláusula penal, dispõe que a penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio<sup>81</sup>.

Isto é, tem-se que o valor da penalidade prevista em contrato não poderá ultrapassar o valor da obrigação principal e, ainda que ultrapasse, o legislador deverá reduzir proporcionalmente ao que tiver sido cumprido, posto que a cláusula deve “conferir caráter reparatório e não punitivo<sup>82</sup>”.

Diante do debate trazido, em observância ao julgado, proferiu entendimento de que “havendo a cláusula penal no sentido de prefixar em patamar razoável a indenização, não cabe posterior cumulação com lucros cessantes<sup>83</sup>”. Alegando, ainda, que, em atenção ao disposto no art. 416 do CC, as partes da relação contratual “não poderiam meramente ignorar a cláusula penal moratória convencionada prefixando os danos regulares do cumprimento imperfeito da obrigação”.

---

<sup>80</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

<sup>81</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.635.428 - SC (2016/0285000-5)**, Segunda Sessão. Recorrente: Silvio Rodrigues Damasceno. Recorrido: Concreto Construtora de Obras LTDA - EPP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 22 maio 2019. Diário (de) Justiça Eletrônico, Brasília 25 jun. 2019. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num\\_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF)

<sup>82</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.635.428 - SC (2016/0285000-5)**, Segunda Sessão. Recorrente: Silvio Rodrigues Damasceno. Recorrido: Concreto Construtora de Obras LTDA - EPP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 22 maio 2019. Diário (de) Justiça Eletrônico, Brasília 25 jun. 2019. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num\\_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF)

<sup>83</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.635.428 - SC (2016/0285000-5)**, Segunda Sessão. Recorrente: Silvio Rodrigues Damasceno. Recorrido: Concreto Construtora de Obras LTDA - EPP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 22 maio 2019. Diário (de) Justiça Eletrônico, Brasília 25 jun. 2019. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num\\_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF)

Nesse sentido, houve a fixação do Tema 970 do STJ, ao passo em que se entendeu pela impossibilidade de cumulação de multa contratual e lucros cessantes, tendo por observado que a cláusula penal moratória tem caráter reparatório, não compelindo punição ao inadimplente, mas buscando indenizar o descumprimento tardio da obrigação.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O intuito do presente trabalho era trazer à tona a discussão que ensejou na fixação do Tema 970 do STJ e tentar responder a seguinte questão: é possível a cumulação da cláusula penal com os lucros cessantes?

Buscando chegar a uma resposta à essa questão, através do método dedutivo e por um caminho lógico-sistemático, indo do geral ao específico, debruçou-se sobre a doutrina que trata tanto a respeito da cláusula penal, quanto a respeito dos lucros cessantes, analisando, antes disso, conceitos gerais e abrangentes sobre contratos, obrigações e inadimplemento.

Notou-se a relevância jurídica do tema, ao passo em que, a partir da existência de um contrato com previsão de obrigações mútuas e a conduta antijurídica da parte que descumpriu, sujeitou a aplicação das penalidades adstritas ao contrato e, em observância a legislação, que gerou dúvidas e desconforto em relação a possibilidade de cumulação da multa com lucros cessantes.

Em razão do explanado no decorrer do trabalho, esclarece-se que, apesar da teoria da tese do modelo unitário, seja conhecida como a visão tradicional a respeito da temática atinente a função das cláusulas penais, é notório o início de uma inovação axiológica e tendenciosa sobre o tema, despertando aos doutrinadores a melhor utilização da cláusula numa perspectiva dúplice, porquanto a necessidade de se diferenciar as funções atinentes as cláusulas penais.

De todo modo, ainda se aplica, em regra gerais, a visão unitária, portanto, passou-se a discussão sobre a diferenciação entre as modalidades de cláusula, quais sejam, compensatória e moratória.

Foi observado que, enquanto a cláusula compensatória estabelece a indenização facultada ao credor pelo descumprimento da obrigação (ao art. 410 do CC), a moratória objetiva apenas a reparação pelo dano decorrente da mora (art. 411 do CC). Portanto, tem-se que a estipulação contratual da modalidade de cláusula é realizada de acordo com a intenção das partes envolvidas.

Em análise aos Recursos Afetados, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão, em conjunto com os demais integrantes da sessão de julgamento, fixou o entendimento aduzido ao Tema 970, de que “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”.

Concluiu-se, portanto, a impossibilidade de cumulação, tendo por observado que a cláusula penal moratória tem caráter reparatório, não compelindo punição ao inadimplente, mas buscando indenizar o descumprimento tardio da obrigação.

## REFERÊNCIAS

AGHIARIAN, Hércules. **Curso de Direito Imobiliário**. Produção Editorial Livraria e Editora Lumen Juris Ltda. 9. Ed. 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. 8. ed. São Paulo: RT, 2000.

BRASIL, Jus – FERNANDES, Oton. **Comentários acerca da lei 13.786/2018 que disciplina a resolução de contratos imobiliários**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72432/comentarios-acerca-da-lei-13-786-2018-que-disciplina-a-resolucao-de-contratos-imobiliarios>

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **EREsp n. 1.341.138/SP**, Segunda Sessão. Embargante: CBPO Engenharia LTDA. Embargado: Flávio de Souza e outro. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallott. Brasília, DF, 09 maio 2018. Diário (de) Justiça Eletrônico, Brasília 25 maio 2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1742988&num\\_registro=201303489197&data=20180829&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1742988&num_registro=201303489197&data=20180829&formato=PDF)

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.635.428 - SC (2016/0285000-5)**. Segunda Sessão. Recorrente: Silvio Rodrigues Damasceno. Recorrido: Concreto Construtora de Obras LTDA - EPP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 22 maio 2019. Diário (de) Justiça Eletrônico, Brasília 25 jun. 2019. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1808891&num\\_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1808891&num_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF)

CASSETTARI, Christiano. **Multa contratual : teoria e prática da cláusula penal** / Christiano Cassettari. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017. 1. Penalidades contratuais - Brasil 2. Direito civil - Brasil I. Título.

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

DINIZ, Maria Helena: **Curso de direito civil brasileiro, 2- volume: teoria geral obrigações** / Maria Helena Diniz. — 22. ed. rev. e atual, de 06-7136 acordo com a Reforma do CPC — São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extraordinárias**/ Maria Helena Diniz-27 ed.-São Paulo: Saraiva, 2011.

FACCHINI NETO, Eugênio. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie** / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosenvald. – 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Inadimplemento das Obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRIANI, Carlos Alberto. **Da Cláusula Penal**. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 55/2012 , p. 133 165, Jan - Mar / 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. III. apud Tartuce, Flávio *Direito civil*, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil / Flávio Tartuce; 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto **Direito civil, 1: esquematizado: parte geral: obrigações e contratos** / Carlos Roberto Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

JURÍDICO, Âmbito – LYRA DUQUE, Bruna. **Promessa de compra e venda: inadimplemento contratual pelo atraso na entrega do imóvel**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/promessa-de-compra-e-venda-inadimplemento-contratual-pelo-atraso-na-entrega-do-imovel/>

MACHADO BURTET, Thiago. **Noções Gerais de Direito Imobiliário**. Curitiba IESDE Brasil S/A., 2007

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MIGALHAS. **STJ fixa repetitivos em casos de atraso da construtora na entrega de imóvel**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/301924/stj-fixa-repetitivos-em-casos-de-atraso-da-construtora-na-entrega-de-imovel>

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: volume 3: contratos** / Caio Mário da Silva Pereira; rev. e atual. Caitlin Mulholland. – 22. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PINTO MONTEIRO, António. **Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor in Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro nº 25, 2004.

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

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

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito Imobiliário**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 14, rev., atual., ampl. Language: Portuguese, Livro Digital.

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

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil** / Flávio Tartuce; 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.